

Publicazione trimestrale
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)
ISSN 0485-2281
Anno LXX

N. 4 - Ottobre-Dicembre 2019



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI



M I L A N O

RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

*Rivista pubblicata con il patrocinio del
Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
Accreditata presso l'Accademia Italiana di Economia Aziendale*



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

COMITATO DIRETTIVO

GIUSEPPE BERNONI - MARCELLA CARADONNA - SERGIO CARAMELLA
ERNESTO FRANCO CARELLA - MICHELE CASINI - VITTORIO CODA - LINO DE
VECCHI - SERGIO GALIMBERTI - ALBERTO GIUSSANI - LUIGI GUATRI - MICHAELA
MARCARINI - MASSIMO MIANI - GIOVANNI NAPODANO - ANTONIO ORTOLANI
UGO POLLICE - ANGELO PROVASOLI - ALESSANDRO SAVORANA - GIOVANNI
SIANO - ALESSANDRO SOLIDORO - AMIR SONGHORIAN - GIANBATTISTA STOPPANI
TULLIO TURRI - ROBERTA ZORLONI

COMITATO SCIENTIFICO

PAOLO ANDREI - LUIGI BORRÈ - GIORGIO BRUNETTI - FABIO BUTTIGNON
SILVANO CORBELLA - FRANCO DALLA SEGA - MARA FACCIO - GIOVANNI MARIA
GAREGNANI - GIORGIO GOTTI - PIETRO MAZZOLA - FRANCESCO PODDIGHE
LUCIO POTITO - LORENZO POZZA - MARCO REBOA - UGO SOSTERO - MARCO
TROMBETTA - GABRIELE VILLA

REDAZIONE

DOTTRINA: GIOVANNI MARIA GAREGNANI (COORDINATORE)

ATTUALITÀ E PRATICA PROFESSIONALE: MASSIMILIANO NOVA (COORDINATORE):

- PRINCIPI CONTABILI NAZIONALI E INTERNAZIONALI: MICHELE CASÒ
- PRINCIPI DI VALUTAZIONE AZIENDALE: ANDREA AMADUZZI - GIOVANNI
LIBERATORE
- CORPORATE GOVERNANCE: ROSALBA CASIRAGHI - STEFANO FORTUNATO
- ALTRI TEMI IN MATERIA ECONOMICO-AZIENDALE: MASSIMILIANO NOVA
- GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMMERCIALE:
MARIO NOTARI - MARCO VENTORUZZO
- GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA CONCURSUALE: ALESSANDRO
SOLIDORO
- GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO PENALE D'IMPRESA:
GIANMARIA CHIARAVIGLIO - LUCA TROYER
- GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA TRIBUTARIA: FRANCESCO TUNDO
ALESSANDRO MAINARDI
- GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMUNITARIO E
INTERNAZIONALE: GIUSEPPE MARINO

ALTRI TEMI D'INTERESSE PER LA PROFESSIONE:

- ANDAMENTO CONGIUNTURALE: GREGORIO DE FELICE - LUCA MEZZOMO
- SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE: ELENA FORNARA

SEGRETERIA DI REDAZIONE

VALENTINA CORTELLAZZI - STEFANO PASETTO

DIREZIONE

MARCO REBOA (direttore responsabile) - GIOVANNI MARIA GAREGNANI (direttore scientifico) -
GIULIANO IANNOTTA (co-editor) - ANGELO RUSSO (co-editor) -
MASSIMILIANO NOVA (vicedirettore responsabile di Attualità e Pratica Professionale)

OBIETTIVI EDITORIALI

La sezione "dottrina" della Rivista ospita contributi originali, afferenti all'attività professionale del commercialista, in tema di economia aziendale, *corporate governance*, *financial e managerial accounting*, *auditing* e controllo interno, concernenti sia il settore privato che il settore pubblico.

I contributi, selezionati in base ad una procedura di doppio referaggio anonimo, devono prevedere dapprima un chiaro inquadramento del tema ed il conseguente obiettivo del lavoro, per poi esplicitare la metodologia di indagine, le ipotesi di lavoro, le conclusioni raggiunte sul punto da precedenti lavori di dottrina; a chiudere, l'esposizione dei risultati ottenuti e le conclusioni.

I contributi possono essere basati sia su ricerche empiriche, sia su indagini condotte con taglio prevalentemente deduttivo; in entrambi i casi, devono essere chiaramente esplicitati gli elementi di novità o di avanzamento delle conoscenze cui il lavoro consente di pervenire.

La sezione "attualità e pratica professionale" ospita invece contributi dal taglio operativo relativi a temi comunque di interesse professionale, riguardanti sia le aree tematiche che afferiscono alla sezione "dottrina" sia alle aree dell'attualità e della giurisprudenza in tema di diritto civile, commerciale, fallimentare, penale commerciale, tributario, comunitario e internazionale. I contributi sono selezionati dai redattori.

DIREZIONE E REDAZIONE: Corso Europa, 11 - 20122 Milano - e-mail: redazione-rdc@odcec.mi.it.

AMMINISTRAZIONE: casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.,
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432

Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it

PUBBLICITÀ: casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.,

Servizio Pubblicità - via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffre.it

RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

PUBBLICATA A CURA DELL'ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI MILANO

SOMMARIO (*)

Pag.

Attualità e pratica professionale

PRINCIPI CONTABILI NAZIONALI E INTERNAZIONALI

« *La materiality nel contesto IAS/IFRS: finalmente un punto fermo?* » (di GIOVANNI MARIA GAREGNANI) 629

« *Le valutazioni delle aziende per fini di impairment e la variabile fiscale* » (di MASSIMILIANO NOVA) 655

Attualità in tema di: Fiscalità delle imprese OIC adopter 670

PRINCIPI DI VALUTAZIONE AZIENDALE

« *Variabili critiche nella valutazione delle piccole e medie imprese* » (di RAFFAELE MARCELLO e MATTEO POZZOLI) 671

Attualità in tema di: Processo di revisione dei principi di valutazione IVSs – Problematiche valutative riguardanti il goodwill – Ingresso tra i membri IVSC di SIDREA e Università degli Studi Milano-Bicocca – Valutazione e stabilità dei mercati finanziari – Business Valuation OIV Journal 685

CORPORATE GOVERNANCE

Attualità in tema di: Nuova versione del Codice di Autodisciplina – Azione di classe e azione collettiva inibitoria ex L. 12 aprile 2019, n. 3 – Regolamento Prospetto – Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Tempo degli amministratori non esecutivi alla propria funzione – Abusi di mercato – Revisione contabile e organi di controllo interno nelle quotate – Whistle-blowing – Operazioni con parti correlate 691

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMMERCIALE

« *Nuovi contesti di responsabilità nella revisione legale dei conti* » (di FRANCESCO SALERNO) 697

(*) Nel corso del 2019 hanno collaborato alla Rivista, quali *reviewer*, il prof. Ettore Croci e il dott. Andrea Signori. A loro va il nostro ringraziamento.

<i>Massime in tema di: Risoluzione del contratto di cessione di quote di s.r.l. per mancata indicazione dell'esistenza di debiti – Non opponibilità ai terzi in buona fede delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori di società di capitali – Giurisdizione del giudice ordinario per l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali e dei dipendenti di società di capitali a partecipazione pubblica – Esclusione della simulazione assoluta dell'atto costitutivo di una società di capitali, iscritta nel Registro delle Imprese – Contratto a favore del terzo (società) in caso di assunzione in proprio da parte di un socio di una società di capitali di obbligazioni pecuniarie verso un prestatore d'opera della società – Responsabilità dei sindaci per omessa adeguata vigilanza – Inammissibilità del ricorso per cassazione da parte di alcuni soci di minoranza avverso la deliberazione di approvazione del bilancio, di ricostituzione e successivo aumento del capitale di una SRL dichiarata fallita dopo la sentenza della Corte d'appello oggetto del ricorso – Possibilità del creditore di società in nome collettivo di dotarsi di un secondo titolo esecutivo, dopo quello nei confronti della società, nei confronti del socio illimitatamente responsabile – Nullità delle deliberazioni di SRL assunte senza la convocazione di uno dei soci – Risoluzione del conflitto tra due società di capitali aventi medesima denominazione</i>	728
---	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA CONCURSALE

<i>«L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori: il confronto con il Codice della Crisi delle Imprese e dell'Insolvenza ed in particolare con la modifica dell'art. 2486 del codice civile» (di ANDREA MERLO)</i>	735
<i>«Il professionista indipendente nel CCII: i nuovi requisiti e le nuove funzioni nelle procedure di allerta e nell'esecuzione degli strumenti negoziali stragiudiziali omologati (e non) – PARTE I» (di ALESSANDRO SOLIDORO e MONICA BRUNO)</i>	753

<i>Massime in tema di: Fallimento – Tribunale territorialmente competente – Sede Sociale – Delibera di trasferimento non iscritta al Registro delle Imprese – Irrilevanza – Concordato Preventivo – Proposta di concordato – Somme indicate nella proposta – Riconoscimento di debito – Esclusione – Sovraindebitamento – Requisiti di ammissibilità – Meritevolezza – Atto in frode – Caratteristiche – Azione Revocatoria – Trasferimento immobile in adempimento di accordi di separazione – Pendenza debitoria antecedente all'impegno di trasferimento – Sussistenza requisiti art. 2901 c.c. – Revocabilità – Astensione obbligatoria Giudice Delegato – Violazione – Istanza di ricusazione – Istanza per la dichiarazione – condizioni – insolvenza prospettica</i>	771
---	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO PENALE D'IMPRESA

<i>«Crisi di liquidità e concordato preventivo: l'omesso versamento delle ritenute e dell'IVA dichiarate è destinato a rientrare nel paradigma dei nuovi istituti di regolazione della crisi d'impresa?». Nota alla sentenza della Corte</i>	
--	--

<i>di Cassazione, Sezione III Penale, del 2 aprile 2019 (dep. 22 agosto 2019), n. 36320 (di LUCA TROYER).....</i>	775
---	-----

<i>Massime in tema di: Omesso versamento dell'IVA – Tutela della privacy e attività di spamming – Indebita compensazione – Autoriciclaggio e Affitto d'azienda – Sequestro preventivo cd. "impeditivo"</i>	805
--	-----

<i>Attualità in materia di: Disposizioni urgenti in materia fiscale e modifiche alla disciplina penale e della responsabilità amministrativa degli enti</i>	809
---	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA TRIBUTARIA

<i>«Rilevanza e caratteri della "vita associativa" nella (tradizionale) fiscalità degli enti non commerciali di tipo associativo». Nota alla sentenza della Commissione Tributaria Regionale Lazio del 17 ottobre 2019, n. 5786 (di ROBERTO BABORO)</i>	814
---	-----

<i>Massime in tema di: Incertezza interpretativa – Circolare dell'Amministrazione finanziaria – Legittimo affidamento – ICI – Area edificabile – Rinvio alle Sezioni Unite – Enti non commerciali associativi – Regime fiscale – Art. 148 TUIR – Vita associativa – Requisiti – Imputazione per trasparenza di utili extracontabili – Presunzione di distribuzione – Società a ristretta compagine sociale – Abuso del diritto – Sospensione del processo – Pace fiscale – Requisiti Processo tributario – Giudizio di rinvio – Nuove prove – Inammissibilità</i>	828
---	-----

<i>Attualità in materia di: Regime forfettario e regime impatriati – Conferimento di partecipazione e nuda proprietà – Immobili collabenti e agevolazione "prima casa" – Indici rilevanti nell'analisi del rischio per il contrasto dell'evasione – Trust esteri – Fatturazione elettronica – IMPI – Reati tributari e responsabilità amministrativa da reato degli enti</i>	831
--	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

<i>«Il principio di non discriminazione nella Convenzione Australia – Regno Unito in un caso di applicazione della c.d. "backpacker tax"». Nota alla sentenza della Federal Court of Australia del 30 ottobre 2019, Addy vs Commissioner of Taxation [2019] FCA 1768 (di CATERINA PALLARO)</i>	837
--	-----

Massime della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in tema di:

Ravvicinamento delle legislazioni: Imposta sulle società – Deduzione per capitale di rischio – Riduzione dell'importo deducibile da parte delle società aventi stabili organizzazioni in un altro Stato membro e che producono redditi esenti in forza di convenzioni dirette ad evitare la doppia imposizione – Articolo 49 TFUE – Libertà di stabilimento – Trattamento sfavorevole – Insussistenza; Aiuti esistenti e aiuti nuovi – Rimborso di un'imposta sui dividendi – Regime esteso alle società stabilite al di fuori del territorio dello Stato membro interessato – Libera circolazione dei capitali – Obblighi dei giudici nazionali; Libera circolazione dei capitali – Movimenti di capitali

<i>tra gli Stati membri e i paesi terzi – Clausola di standstill – Normativa nazionale di uno Stato membro riguardante società intermedie stabilite in paesi terzi – Redditi di una società stabilita in un paese terzo provenienti dalla detenzione di crediti presso una società stabilita in uno Stato membro – Inclusione di siffatti redditi nella base imponibile di un soggetto passivo avente la propria residenza fiscale in uno Stato membro – Restrizione alla libera circolazione dei capitali</i>	840
--	-----

<i>IIVA: Direttiva 2006/112/CE – Articolo 146 – Esenzioni all'esportazione – Nozione di "cessione di beni" – Articolo 131 – Condizioni stabilite dagli Stati membri – Principio di proporzionalità – Principio della neutralità fiscale – Prassi di uno Stato membro consistente nel negare il diritto all'esenzione qualora l'acquirente dei beni esportati non sia identificato; Acquisto di alimenti – Detrazione dell'imposta assolta a monte – Diniego di detrazione – Fornitore eventualmente fittizio – Frode all'IIVA – Requisiti relativi alla conoscenza da parte dell'acquirente – Regolamento (CE) n. 178/2002 – Obblighi di rintracciabilità degli alimenti e di individuazione del fornitore – Regolamenti (CE) nn. 852/2004 e (CE) 882/2004 – Obblighi di registrazione degli operatori del settore alimentare – Incidenza sul diritto alla detrazione dell'IIVA; Detrazione dell'imposta assolta a monte – Costi di gestione di un fondo di dotazione che realizza investimenti al fine di coprire i costi dell'insieme delle operazioni effettuate a valle dal soggetto passivo – Spese generali.</i>	840
--	-----

<i>Attualità in materia di: "Unified Approach": La proposta dell'OCSE per il prossimo G20.....</i>	845
--	-----

Altri temi di interesse per la professione

ANDAMENTO CONGIUNTURALE

<i>La ripresa del dialogo fra Cina e Stati Uniti sulle politiche commerciali e il rinvio della Brexit rendono più probabile la ripresa dell'attività economica anche in Europa. Anche l'economia italiana può beneficiare di questi segnali di riduzione dei rischi, se saranno confermati</i>	847
--	-----

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

<i>Contabilità e bilanci</i>	853
<i>Corporate governance</i>	854
<i>Diritto dell'antitrust</i>	855
<i>Diritto del lavoro</i>	855
<i>Diritto tributario</i>	856

Giuffrè Francis Lefebvre ti segnala



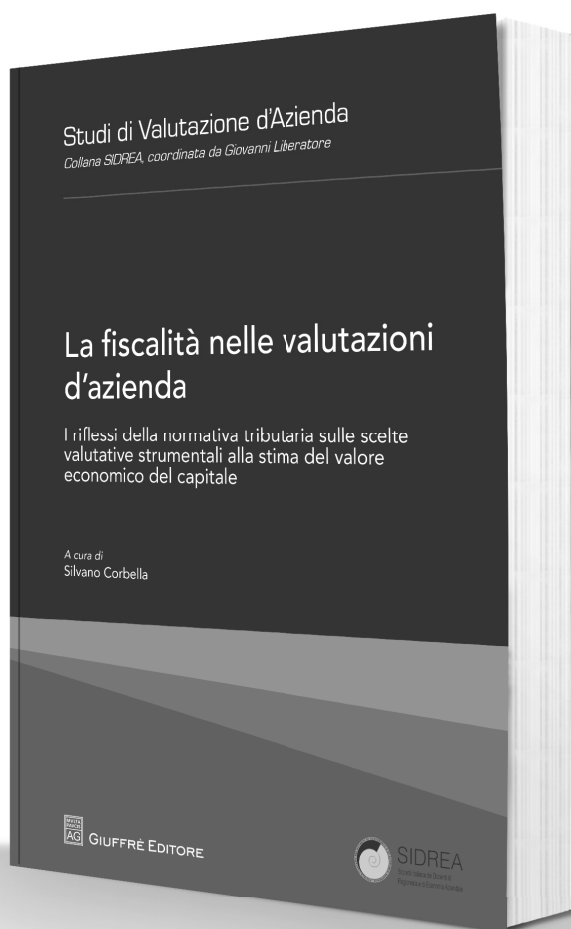
Un'attenta disamina della valutazione di aziende operanti in settori dove i metodi più comunemente utilizzati per la stima del capitale economico non trovano agevole applicazione, ovvero dove l'utilizzo di tali metodi presenta alcuni elementi caratterizzanti meritevoli di approfondimento.

Per maggiori informazioni rivolgiti al tuo Agente
Giuffrè Francis Lefebvre di fiducia, alle migliori librerie
professionali o vai su shop.giuffre.it.

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

www.giuffrefrancislefebvre.it

Giuffrè Francis Lefebvre ti segnala



Un'analisi chiara e approfondita degli effetti che la vigente normativa tributaria - in sintesi, "la fiscalità" - determina sulle stime del valore economico del capitale.

Per maggiori informazioni rivolgiti al tuo Agente
Giuffrè Francis Lefebvre di fiducia, alle migliori librerie
professionali o vai su shop.giuffre.it.

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

www.giuffrefrancislefebvre.it



Il metodo che a domanda risponde.



Risposte chiare e soluzioni concrete a tutti i problemi che possono sorgere nell'ambito dei rapporti di lavoro tra privati e nell'applicazione della relativa disciplina previdenziale. Disponibile in formato cartaceo e digitale.

Scopri i vantaggi della formula doppia edizione in abbonamento per il massimo aggiornamento.

Rivolgiti al tuo Agente Giuffrè Francis Lefebvre di zona, alle migliori librerie professionali oppure acquista online su shop.giuffre.it e memento.it

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

www.giuffrefrancislefebvre.it



TROVA IL TUO PUNTO DI RIFERIMENTO
IN MATERIA FALLIMENTARE

FALLIMENTOPIÙ.IT

FallimentoPiù è il portale punto di riferimento per professionisti e aziende che cercano risposte chiare e competenti in tutti gli ambiti specialistici della materia.

Grazie a *FallimentoPiù* hai a disposizione un servizio di newsletter quotidiano, strumenti pratici, la ricca *BancadatiPiù* e la *Bussola*, un innovativo sistema di navigazione per schede d'autore sempre aggiornate.

Prova subito quanto è semplice e intuitivo consultare *FallimentoPiù*.

Rivolgiti al tuo Agente Giuffrè Francis Lefebvre di zona o vai su www.shop.giuffre.it.



**TROVA IL TUO PUNTO DI RIFERIMENTO
IN MATERIA FISCALE**

FISCOPIU.IT

FiscoPiù è il portale punto di riferimento per professionisti e aziende che cercano risposte chiare e competenti in tutti gli ambiti specialistici della materia.

Grazie a *FiscoPiù* hai a disposizione un servizio di newsletter quotidiano, strumenti pratici, la ricca *BancadatiPiù* e la *Bussola*, un innovativo sistema di navigazione per schede d'autore sempre aggiornate.

Prova subito quanto è semplice e intuitivo consultare *FiscoPiù*.

Rivolgiti al tuo Agente Giuffrè Francis Lefebvre di zona o vai su www.shop.giuffre.it.



TROVA IL TUO PUNTO DI RIFERIMENTO
IN MATERIA SOCIETARIA

SOCIETÀPIÙ.IT

SocietàPiù è il portale punto di riferimento per professionisti e aziende che cercano risposte chiare e competenti in tutti gli ambiti specialistici della materia.

Grazie a *SocietàPiù* hai a disposizione un servizio di newsletter quotidiano, strumenti pratici, la ricca BancadatiPiù e la Bussola, un innovativo sistema di navigazione per schede d'autore sempre aggiornate.

Prova subito quanto è semplice e intuitivo consultare *SocietàPiù*.

Rivolgiti al tuo Agente Giuffrè Francis Lefebvre di zona o vai su www.shop.giuffre.it.

PRINCIPI CONTABILI NAZIONALI E INTERNAZIONALI

LA MATERIALITY NEL CONTESTO IAS/IFRS: FINALMENTE UN PUNTO FERMO?

di GIOVANNI MARIA GAREGNANI

1. *Materiality* e progetto *Disclosure Initiative* dello IASB.

La definizione e la modalità di concreta declinazione del concetto di *materiality* sono state oggetto nell'ultimo decennio di ampio dibattito in ambito IAS/IFRS. Il tema è strettamente connesso ai profili relativi alla qualità della *disclosure* nei bilanci, dove gli aspetti relativi alla *materiality*, ovvero la scelta di quali informazioni risultino rilevanti per gli utilizzatori del bilancio, sono centrali. I filoni progettuali e i documenti in tema di *materiality* sono stati pertanto molteplici e articolati.

Dalla consultazione pubblica avviata nel 2011 dallo IASB in merito agli obiettivi strategici del *Board* emergeva effettivamente un serio problema di *disclosure* dovuto a “*poor communication and a lack of relevant information*”; l'informativa pareva essere selezionata in ottica di *checklist*, nell'assunto che ciò avrebbe semplificato il rapporto con *auditor* e *regulator*. In assenza di una valutazione ragionata in termini di *materiality*, pertanto, sembravano essere fornite numerose informazioni *immaterial* e — per converso — potevano venir trascurate informazioni invece *material*. Una guida applicativa, si faceva rilevare, sarebbe stata opportuna, con particolare riferimento alla redazione delle note del bilancio ⁽¹⁾.

Tali evidenze portavano lo IASB ad avviare, nel dicembre 2012, il progetto *Disclosure Initiative*; nel maggio 2013 veniva emesso il documento *Discussion Forum - Financial Reporting Disclosure: Feedback Statement*, in cui si dava atto della decisione di avviare due progetti: l'uno indirizzato ad elaborare una guida applicativa o un materiale formativo di natura non

⁽¹⁾ Cfr. *Discussion Forum - Financial Reporting Disclosure: Feedback Statement*, pag. 36 e ss.; *Feedback Statement: Agenda Consultation*, pag. 15.

vincolante sull'applicazione concreta della *materiality*; l'altro con lo scopo di apportare modifiche alla definizione di *materiality* contenuta nello IAS 1.

Il progetto relativo alla redazione di una guida applicativa in tema di *materiality* vedeva lo IASB emettere nell'ottobre 2015 l'ED/2015/8 *IFRS Practice Statement: Application of Materiality to Financial Statements*. L'orientamento proposto era quello di fornire non soltanto chiarimenti che permettessero di individuare l'informazione *material*, ma anche esempi utili ad aiutare tanto il redattore del bilancio quanto il revisore ad applicare correttamente il concetto di *materiality* in diversi scenari ⁽²⁾. La versione definitiva della guida operativa, pubblicata il 14 settembre 2017 e denominata *IFRS Practice Statement 2: Making Materiality Judgements* (nel seguito il *Practice Statement*), è baricentrata su un *assessment* in quattro *step* dell'informazione *material*: *identify, assess, organize, review*.

L'altro progetto, come sopra accennato, era invece finalizzato a definire le modifiche da apportare alla definizione di *materiality* nel *corpus* dei principi contabili: peraltro, non più soltanto nello IAS 1, come era in origine previsto, ma anche nello IAS 8. Tali modifiche avrebbero avuto, naturalmente, natura vincolante (diversamente rispetto al *Practice Statement*).

Il progetto si concretizzava dapprima nella pubblicazione, nel settembre 2017, dell'ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8*; nel documento ci si proponeva, quali finalità di fondo ⁽³⁾, di:

— affinare la definizione di *materiality* anche in base alle riflessioni svolte in merito nel corso dei lavori, coevi, di revisione del *Conceptual Framework* (cfr. in merito quanto illustrato nel paragrafo che segue);

— allineare la definizione di *materiality* all'interno dei principi IAS/IFRS e del *Conceptual Framework*; in effetti, l'esistenza di più di una definizione di *materiality* nell'ambito dei principi IAS/IFRS era considerata potenzialmente “...confusing and could imply that the Board intended for these definitions to have different meanings and be applied differently in practice”, ancorché “...these definitions all cover the omission or misstatements of information that could influence the decisions of users of financial statements” ⁽⁴⁾;

— rafforzare la definizione di *materiality* con alcune previsioni già incluse in altri passaggi dello IAS 1;

— migliorare infine il paragrafo esplicativo della definizione di *materiality* contenuta nello IAS 1 e IAS 8 ⁽⁵⁾.

Il 31 ottobre 2018 veniva pubblicato il documento definitivo *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*; la definizione di *materiality* ivi

⁽²⁾ Cfr. *IFRS Practice Statement: Making Materiality Judgements*, par. IN7, e *Snapshot: IFRS Practice Statement: Application of Materiality to Financial Statements*, pag. 5.

⁽³⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, Introduction.

⁽⁴⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC6.

⁽⁵⁾ Il paragrafo esplicativo della definizione di *materiality* era contenuto nel par. 7 dello IAS 1 (insieme alla definizione) e nel par. 6 dello IAS 8 (dove la definizione era al par. 5).

accolta è stata estesa a tutti i documenti IAS/IFRS che ne fanno menzione nonché allo stesso *Practice Statement* precedentemente pubblicato; le modifiche entreranno in vigore il 1° gennaio 2020. Nel concreto, lo IAS 8 e gli altri principi IAS/IFRS rinviano alla definizione dello IAS 1 ⁽⁶⁾, ad eccezione del *Conceptual Framework* che riporta una definizione di *materiality* in parte autonoma, per il differente perimetro di applicazione (cfr. in merito nel seguito).

Nel seguito, dapprima sono analizzate le definizioni di *materiality* contenute nello IAS 1 (quest'ultima, come dianzi illustrato, richiamata negli altri principi IAS/IFRS) e nel *Conceptual Framework* ed i singoli concetti chiave della definizione stessa; è poi analizzato il contenuto del *Practice Statement* ⁽⁷⁾.

2. L'attuale definizione di *materiality*.

2.1. La struttura della definizione.

I lavori originati dal progetto *Disclosure Initiative* dianzi descritti intersecavano ed in parte recepivano l'evoluzione che la definizione di *materiality*

⁽⁶⁾ Ciò sulla base delle osservazioni di alcuni commentatori che avevano evidenziato il fatto che successive revisioni della definizione di *materiality*, presente in più principi contabili, potessero originare ulteriori incongruenze. Veniva quindi proposto di inserire la definizione di *materiality* all'interno di un singolo principio contabile e di effettuare dei richiami qualora tale definizione dovesse essere ripresa in altri principi (cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8. Project Summary and Feedback Statement*, pag. 7).

⁽⁷⁾ Questo lavoro ha lo scopo di approfondire il tema della *materiality* in ambito IAS/IFRS; non è quindi oggetto di disamina la parallela evoluzione del principio di rilevanza in ambito domestico. In estrema sintesi, la possibilità introdotta dall'art. 6 comma 2 lett. b) d. lgs. 18 agosto 2015 n. 139, in modifica all'art. 2423 del codice civile, di poter non "...rispettare gli obblighi in tema di rilevanza, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta" aveva portato ad osservare che "una questione di non poco conto attiene al fatto che il codice civile non prevede una definizione di rilevanza e non fornisce quindi precise indicazioni né sul piano quantitativo né su quello qualitativo. Al riguardo, pur potendosi fare riferimento, a questi fini, alla direttiva 34/2013, che definisce "rilevante" lo stato dell'informazione quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa, rimane irrisolto il problema di definire quali siano le categorie di destinatari/utilizzatori del bilancio da considerare per giudicare della rilevanza dei fenomeni oggetto di rappresentazione in bilancio" (in tal senso ASSONIME, *Il nuovo bilancio di esercizio delle imprese che adottano i principi contabili nazionali: profili civilistici e fiscali*, luglio 2017, laddove si osservava che la definizione dei destinatari/utilizzatori del bilancio trovava peraltro trattazione in ambito IAS/IFRS). Tali lacune venivano colmate dalla nuova versione dell'OIC 11 approvata il 22 marzo 2018, dove ai parr. 9 e 36-39 le definizioni dei destinatari del bilancio da un lato, e di rilevanza dall'altro lato, sono state formulate in termini del tutto simmetrici (ancorché semplificati e sintetizzati) rispetto a quelle espressive dello "stato dell'arte" in essere, in quel momento, nell'ambito dei lavori in ambito IAS/IFRS, oggetto di trattazione in questo lavoro. Talché ben si potrebbe sostenere che i documenti definitivi elaborati dallo IASB nel seguito illustrati, unitamente all'ampia base documentale sviluppata in un decennio circa di lavoro, possano fungere da significativo supporto per approfondire ed eventualmente interpretare il parallelo disposto del principio contabile domestico.

aveva visto nello stesso periodo (sostanzialmente l'ultimo decennio) nell'ambito del noto, ampio progetto volto alla revisione del *Conceptual Framework for Financial Reporting*.

Nel settembre del 2010 lo IASB in collaborazione con il FASB pubblicava il primo ed il terzo capitolo rivisti del documento; in tale sede la definizione di *materiality* veniva allineata per alcuni aspetti alla definizione coeva dello IAS 1 e IAS 8 ed in base ad essa “*Information is material if omitting it or misstating it could influence decisions that users make on the basis of financial information about a specific reporting entity*”⁽⁸⁾.

Nell'ambito dell'ED/2015/3 lo IASB manifestava l'intenzione di non apportare, sostanzialmente, “...*amendments to the concept of materiality in the Conceptual Framework*” rispetto all'edizione 2010, sviluppando peraltro la focalizzazione sui destinatari dell'informativa (*primary user of general purpose financial reports* in luogo della più ampia categoria degli *user*; cfr. in merito nel seguito)⁽⁹⁾. La definizione di *materiality* veniva pertanto a modificarsi specificando che “*Information is material if omitting it or misstating it could influence decisions that the primary users of general purpose financial reports make on the basis of financial information about a specific reporting entity*”⁽¹⁰⁾.

È a questa definizione che nell'ambito dei lavori sulla definizione di *materiality* il Board nell'ambito dell'ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8* decideva di fare sostanzialmente riferimento⁽¹¹⁾, introducendo peraltro alcuni affinamenti meglio descritti nel seguito (*could reasonably be expected to influence* invece di *could influence*, quale qualifica dell'informazione *material*, nonché la possibilità che l'informazione sia *material* qualora anche l'essere stata *obscured* possa alterare il processo decisionale dei *primary users*)⁽¹²⁾.

La versione conclusiva della definizione di *materiality*, contenuta nel documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8* differisce da quella proposta nell'ED/2017/6 solo per alcune puntualizzazioni espositive; va a modificare lo IAS 1 par. 7 (a ciò rinviava tutti gli altri principi IAS/IFRS) e il *Conceptual Framework* par. 2.11⁽¹³⁾.

⁽⁸⁾ *The Conceptual Framework for Financial Reporting* (2010), par. QC 11.

⁽⁹⁾ Cfr. ED/2015/3 *Conceptual Framework for Financial Reporting, Basis for Conclusions*, par. BC2.31.

⁽¹⁰⁾ ED/2015/3 *Conceptual Framework for Financial Reporting*, par. 2.11.

⁽¹¹⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC9(a).

⁽¹²⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC9(b).

⁽¹³⁾ Nel marzo del 2018 lo IASB, dopo più di due anni dal termine di invio delle *comment letter* relative all'ED/2015/3, emanava la versione definitiva del *Conceptual Framework for Financial Reporting* che entrerà in vigore il 1° gennaio 2020, pur essendo ammessa l'applicazione anticipata. Il documento in origine proponeva, di fatto, la medesima definizione di *materiality* già presente nell'ED/2015/3; tale definizione è stata peraltro subito dopo modificata, sostanzialmente recependo quella pubblicata nell'ottobre 2018 nel documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*.

La declinazione della definizione in parola presenta alcune differenze tra i due documenti, così come — in termini più marcati — nelle note esplicative che seguono la definizione stessa. Il tutto come segue.

<i>IAS 1, par. 7 (nella versione che recepisce le modifiche introdotte dal documento Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8)</i>	<i>Conceptual Framework for Financial Reporting, par. 2.11 (nella versione che recepisce le modifiche introdotte dal documento Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8)</i>
Information is material if omitting, misstating or obscuring it could reasonably be expected to influence decisions that the primary user of general purpose financial statements make on the basis of those financial statements, which provide financial information about a specific reporting entity.	Information is material if omitting, misstating or obscuring it could reasonably be expected to influence decisions that the primary user of general purpose financial reports (see paragraph 1.5) make on the basis of those reports, which provide financial information about a specific reporting entity.
Materiality depends on the nature or magnitude of information, or both. An entity assesses whether information, either individually or in combination with other information, is material in the context of its financial statements taken as a whole	In other words, materiality is an entity-specific aspect of relevance based on the nature or magnitude, or both, of the items to which the information relates in the context of an individual entity's financial report. Consequently, the Board cannot specify a uniform quantitative threshold for materiality or predetermine what could be material in a particular situation.
Information is obscured if it is communicated in a way that would have a similar effect for primary user of financial statements to omitting or misstating that information. The following are examples of circumstances that may result in material information being obscured: (a) information regarding a material item, transaction or other event is disclosed in the financial statements but the language used is vague or unclear; (b) information regarding a material item, transaction or other event is scattered throughout the financial statements; (c) dissimilar items, transactions or other events are inappropriately aggregated; (d) similar items, transactions or other events are inappropriately disaggregated; and (e) the understandability of the financial statements is reduced as a result of material information being hidden by immaterial information to the extent that a primary user is unable to determine what information is material.	
Assessing whether information could reasonably be expected to influence decisions made by the primary user of a specific reporting entity's general purpose financial statements requires an entity to consider the characteristics of those users while also considering the entity's own circumstances. Many existing and potential investors, lenders and other creditors cannot require reporting entities to provide information directly to them	

and must rely on general purpose financial statements for much of the financial information they need. Consequently, they are the primary user to whom general purpose financial statements are directed. Financial statements are prepared for users who have a reasonable knowledge of business and economic activities and who review and analyse the information diligently. At times, even well-informed and diligent users may need to seek the aid of an adviser to understand information about complex economic phenomena.	
---	--

In buona sostanza, nello IAS 1 i documenti sulla base dei quali sono prese le decisioni che possono essere influenzate dall'omissione, errore o *obscuring* delle informazioni *material* sono i *general purpose financial statements* mentre nel *Conceptual Framework* sono definiti *general purpose financial reports*, laddove, come illustrato nel documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, "*Financial Statements are a type of financial report*" ⁽¹⁴⁾. In particolare, per *general purpose financial statements* si intende "*A particular form of general purpose financial reports that provide information about the reporting entity's assets, liabilities, equity, income and expenses*", mentre il *general purpose financial report* è definito come "*A report that provides financial information about the reporting entity's economic resources, claims against the entity and changes in those economic resources and claims that is useful to primary users in making decisions relating to providing resources to the entity*" ⁽¹⁵⁾.

Per il *Board* dello IASB la differente terminologia utilizzata nella definizione dello IAS 1 rispetto a quella del *Conceptual Framework* è coerente "*with the scope of that Standard*" ⁽¹⁶⁾; a tal proposito nel *Conceptual Framework* è illustrato che "*Consistently with the Board's responsibilities, the Conceptual Framework establishes an objective of financial reporting and not just of financial statements. Financial statements are a central part of financial reporting, and most of the issues that the Board addresses involve financial statements... for both boards [IASB e FASB] the scope of the Conceptual Framework is broader*".

In altri termini, nello IAS 1 (e negli altri principi che regolano specifiche tematiche di bilancio), la *materiality* parrebbe considerata di fatto rispetto a valori economico-patrimoniali, mentre nel *Conceptual Framework* il concetto è definito rispetto ad un ambito di informativa più ampio, di cui i valori economico-patrimoniale sono una parte seppur rilevante.

La soluzione adottata, pur comprensibile, non appare ottimale; ancor

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC13H b) nota 3.

⁽¹⁵⁾ Per entrambe le definizioni cfr. *Conceptual Framework for Financial Reporting, Appendix Defined Terms*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC13H b).

meno lo è aver previsto declinazioni differenti — quantomeno a livello espositivo — anche nei paragrafi che contengono le note esplicative che seguono, in entrambi i documenti, alla definizione di *materiality*, e che prevedono:

- una illustrazione delle caratteristiche di fondo della *materiality*, che pur valorizzando profili simili è effettivamente articolata diversamente nei due documenti;

- esclusivamente nello IAS 1, un approfondimento sul significato di oscurare un'informazione *material*, di cui sono altresì fornite alcune esemplificazioni;

- ancora solo nello IAS 1, il concetto e le caratteristiche dei *primary user*, ossia quei soggetti le cui decisioni possono essere influenzate dalle informazioni *material* omesse, errate o *obscured*.

Nel prosieguo sono analizzati i singoli concetti che compongono definizione e note esplicative del concetto di *materiality*, illustrando, laddove necessario, anche i relativi momenti evolutivi. Le tematiche in cui l'analisi può essere articolata sono:

- le azioni che possono determinare la *materiality* di un'informazione: *omitting, misstating or obscuring*;

- la *materiality* in termini di influenza sulle decisioni economiche;

- i *primary user* quali destinatari dell'informativa potenzialmente *material*;

- le determinanti quali-quantitative e la relatività *entity-specific* della *materiality*;

- la possibilità che l'informativa sia *material* individualmente o in combinazione con altre informazioni.

2.2. Le azioni che possono determinare la *materiality* di un'informazione: *omitting, misstating or obscuring*.

Omission, misstatement or obscuring sono le azioni che — se attuate nei confronti di un'informazione avente determinate caratteristiche — portano a chiedersi se l'informazione stessa sia *material*. In altri termini, il giudizio sulla *materiality* non si pone in termini astratti, ma concretamente individuati con riferimento a specifiche situazioni ⁽¹⁷⁾.

Il concetto di *obscuring* è stato introdotto nel settembre 2017 con l'ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8*, ed è tratto da un passaggio dello IAS 1 stesso in tema di *Materiality and aggregation*: “When applying this and other IFRSs an entity shall decide, taking into consideration all relevant facts and circumstances, how it aggre-

⁽¹⁷⁾ Da notare che la definizione originaria di *materiality* dello IAS 1 era presentata avendo quale oggetto non già l'informazione (“*Information is material if ...*”) ma omissioni ed errori che assumono carattere di *materiality* in determinate circostanze (“*Omissions or misstatements of items are material if ...*”). Tale impostazione non verrà ripresa nella successiva evoluzione della definizione, baricentrata invece sulla *information*.

gates information in the financial statements, which include the notes. An entity shall not reduce the understandability of its financial statements by obscuring material information with immaterial information or by aggregating material items that have different natures or functions” ⁽¹⁸⁾.

Si voleva così rispondere alle critiche di coloro che ritenevano la definizione di *materiality* troppo baricentrata sulle informazioni che non potevano essere omesse (o la cui erroneità avrebbe assunto rilevanza), non considerando che anche oscurare un’informazione rilevante mediante molteplici informazioni irrilevanti produce di fatto gli stessi effetti della omissione (“*obscuring material information can have a similar effect to omitting it*” ⁽¹⁹⁾).

A corredo della definizione, nelle modifiche proposte allo IAS 1 nell’ED/2017/6 (ma non nel *Conceptual Framework*) era stato introdotto un paragrafo esplicativo nel quale era illustrato che “*Material information might be obscured if it is not communicated clearly — for example, if it is obscured by immaterial information*” ⁽²⁰⁾.

Alcuni commentatori avevano evidenziato che tali indicazioni non consentivano di interpretare, applicare e valutare adeguatamente le modalità in cui le informazioni *material* potessero essere *obscured*, proponendo di rimuovere il concetto fino a quando non fosse meglio chiarito ⁽²¹⁾. Il *Board* tuttavia considerava comunque opportuno valorizzare la definizione di *materiality* con il concetto di *obscuring* in quanto “*Including this concept emphasises that obscuring information can affect the decisions of primary users just as omitting or misstating that information can. In particular, including ‘obscuring’ in the definition of material addresses concerns that the former definition could be perceived by stakeholders as focusing only on information that cannot be omitted (material information) and not also on why it may be unhelpful to include immaterial information*” ⁽²²⁾.

Peraltro, in risposta ai timori dei commentatori, nel documento definitivo *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8* il paragrafo esplicativo della definizione dello IAS 1 veniva arricchito rispetto alla versione contenuta nell’ED/2017/6, illustrando che “*Information is obscured if it is communicated in a way that would have a similar effect for primary user of financial statements to omitting or misstating that information*” e proponendo alcuni esempi: informazioni *material* descritte in modalità vaga o non chiara oppure disseminate nel bilancio, informazioni di natura differente esposte in

⁽¹⁸⁾ Cfr. IAS 1 *Presentation of Financial Statements*, par. 30A.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC9 (b) ii).

⁽²⁰⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8*, [Draft] *Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽²¹⁾ Cfr. ad esempio KPMG, *Comment Letter on Exposure Draft ED/2017/6 Definition of Material (Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8)*, 15 gennaio 2018, pag. 4-5 e KPMG, *IFRS Notes. Iasb provides guidance on making materiality judgements and proposes amendments to the definition of material*, 23 ottobre 2017, pag. 5.

⁽²²⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC13K.

maniera aggregata e viceversa, informazioni *material* nascoste da informazioni *immaterial* e quindi non riconoscibili da un *primary user* ⁽²³⁾.

A margine della dialettica con i commentatori, il *Board* nelle *Basis for Conclusions* del documento *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8* ha precisato che l'introduzione del termine *obscuring* all'interno della definizione di *materiality* non aveva l'intento di limitare e condizionare il modo in cui l'entità sceglie e organizza l'informativa di bilancio né di impedire di fornire all'interno dei bilanci informazioni anche *immaterial* (quali possono essere ad esempio informazioni previste per legge o da *regulator* locali); lo scopo è invece quello di evitare di includere, all'interno del bilancio, informazioni che possano nascondere le informazioni *material*, in quanto il relativo effetto sui *primary user* sarebbe stato di fatto identico a non inserire affatto l'informazione o a inserirla in maniera errata (*omitting or misstating*) ⁽²⁴⁾.

Come accennato (*cfr.* anche la tabella che precede), il *Conceptual Framework*, al contrario dello IAS 1, non presenta il paragrafo esplicativo dedicato all'approfondimento del tema dell'*obscuring*.

2.3. La *materiality* in termini di influenza sulle decisioni economiche.

L'informazione omessa, erroneamente esposta o *obscured*, affinché possa essere considerata *material*, deve *reasonably be expected to influence* le decisioni economiche; l'attitudine di una certa informazione ad influenzare il processo decisionale non è quindi assoluta ma da vagliare in termini di ragionevolezza.

Come dianzi illustrato, la locuzione originaria contenuta nel *Conceptual Framework*, *could influence*, è stata modificata in *could reasonably be expected to influence* nell'ambito dell'ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8* ⁽²⁵⁾. In effetti, la previgente versione appariva un parametro troppo ampio per valutare se un'informazione è *material* o meno: potenzialmente l'ambito che può influenzare le decisioni degli utilizzatori del bilancio è amplissimo, se si ricomprendono anche fattispecie il cui impatto è peraltro poco probabile ⁽²⁶⁾. La locuzione *could reaso-*

⁽²³⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽²⁴⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. BC13J - BC13L.

⁽²⁵⁾ L'espressione in realtà non era nuova, in quanto già utilizzata nel paragrafo esplicativo della definizione di *materiality* dello IAS 1 (par. 7) nella versione antecedente alle modifiche apportate dal documento *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8*, laddove, nel valutare le caratteristiche degli *user* le cui decisioni possono essere influenzate da omissioni o errori *material* veniva illustrato che *"Therefore, the assessment needs to take into account how users with such attributes could reasonably be expected to be influenced in making economic decisions"*.

⁽²⁶⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8, Basis for conclusions*, par. BC5 (a).

nably be expected to influence permette di circoscrivere le informazioni che potrebbero essere considerate material a quelle più ragionevolmente suscettibili di influenzare le decisioni dei primary user.

Nel documento illustrativo *Definition of Material: Proposed Amendments to IAS 1 and IAS 8. Project Summary and Feedback Statement* si dà atto che alcuni commentatori temevano che “the term ‘reasonably’ may not be understood and applied consistently”, ma si osserva che la specificazione introdotta nel paragrafo esplicativo della definizione di *materiality* dello IAS 1 (“Assessing whether information could reasonably be expected to influence decisions made by the primary user of a specific reporting entity’s general purpose financial statements requires an entity to consider the characteristics of those users while also considering the entity’s own circumstances”⁽²⁷⁾) fosse sufficiente a contestualizzare il significato della locuzione, non ritenendo quindi necessario fornire ulteriori indicazioni interpretative⁽²⁸⁾.

Altri commentatori avevano proposto di restringere il novero delle informazioni *material* sostituendo “could” con “would” (“...reasonably be expected to influence decisions”⁽²⁹⁾). Il Board riteneva però che una modifica in tal senso avrebbe avuto un impatto sostanziale con conseguenze indesiderate. Lo scopo del Board, in effetti, era “... to make the existing definition easier to understand and ... not intended to alter the underlying concept of materiality in IFRS Standards”⁽³⁰⁾, mentre l’espressione *would influence decisions* avrebbe potuto essere interpretata nel senso che l’informazione non è *material* a meno che non sia dimostrato altrimenti; in altri termini, per considerare *material* un’informazione, nell’ipotesi considerata sarebbe necessario dimostrare che essa è in grado di influenzare le decisioni degli utilizzatori⁽³¹⁾. Ciò differisce sostanzialmente dall’espressione attuale, declinata in termini possibilisti e quindi più ampi (l’informativa *material* “potrebbe” ragionevolmente influenzare le decisioni degli utilizzatori).

2.4. I primary user quali destinatari dell’informativa potenzialmente material.

L’informazione, per essere *material*, deve poter influenzare le decisioni economiche dei *primary user* e quindi — nell’ambito della più vasta categoria degli *stakeholder* — gli *existing and potential investors, lenders and other*

⁽²⁷⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽²⁸⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8. Project Summary and Feedback Statement*, pag. 6.

⁽²⁹⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8, Basis for conclusions*, par. BC10.

⁽³⁰⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8, Basis for conclusions*, par. BC6-7.

⁽³¹⁾ Cfr. ED/2017/6 *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8, Basis for conclusions*, par. BC10.

creditors, soggetti con competenze in campo economico e dalla capacità di esaminare e analizzare le informazioni di bilancio (*“have a reasonable knowledge of business and economic activities and who review and analyse the information diligently”*), ma che non possono ottenere informazioni direttamente dall'entità (*“cannot require reporting entities to provide information directly to them and must rely on general purpose financial reports for much of the financial information they need”*)⁽³²⁾).

Altri soggetti come ad esempio il *management* e i *regulator* possono comunque essere interessati alle informazioni contenute nel bilancio; quest'ultimo tuttavia non è destinato, in prima istanza, ad essi⁽³³⁾.

Nel *Framework* del 1989 i soggetti le cui decisioni economiche potrebbero essere influenzate dalle informazioni *material* erano identificati negli *user*, che comprendono un'ampia platea di soggetti tra cui *“present and potential investors, employees, lenders, suppliers and other trade creditors, customers, governments and their agencies and the public”*⁽³⁴⁾. A partire dal *Conceptual Framework* del 2010 veniva introdotta la focalizzazione sui *primary user*, affermando che *“The objective of general purpose financial reporting is to provide financial information about the reporting entity that is useful to existing and potential investors, lenders and other creditors in making decisions about providing resources to the entity”*⁽³⁵⁾ laddove *“existing and potential investors, lenders and other creditors... are the primary user to whom general purpose financial reports are directed”*⁽³⁶⁾.

Nelle relative *Basis for Conclusions* viene altresì chiarito che i *primary user* trovano *“the most critical and immediate need for the information in financial reports”*; da qui la necessità di focalizzarsi *“on the needs of participants in capital markets, which include not only existing investors but also potential investors and existing and potential lenders and other creditors”*. Viene peraltro specificato che *“information that meets the needs of the specified primary user is likely to meet the needs of users both in jurisdictions with a corporate governance model defined in the context of shareholders and those with a corporate governance model defined in the context of all types of stakeholders”*⁽³⁷⁾, e pertanto la scelta compiuta non avrebbe di fatto penalizzato potenziali fruitori del bilancio diversi dai *primary user*.

L'evoluzione del termine *user* in *primary user*, in definitiva e per quanto

⁽³²⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽³³⁾ Cfr. *Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, par. OB9-OB10 ed edizioni successive, par. 1.9-1.10.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* 1989, par. 9 e *Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010 ed edizioni successive, par. BC 1.10.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, par. OB2; così anche nella versione attuale del *Conceptual Framework for Financial Reporting*, par. 1.2.

⁽³⁶⁾ Cfr. *Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, par. OB5; così anche nella versione attuale del *Conceptual Framework for Financial Reporting*, par. 1.5.

⁽³⁷⁾ Cfr. *Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, *Basis for Conclusions*, par. BC1.16.

qui interessa, risponde all'esigenza di precisare che sono *material* le informazioni utili ad una selezionata platea di destinatari e non ad un qualsiasi potenziale lettore del bilancio. Le altre modifiche e affinamenti operati sulla definizione di *materiality* sono da leggere alla luce di questa precisazione, che consente di vagliare la qualità del flusso informativo originato dal bilancio, nell'accezione che qui interessa, alla luce di particolari e definite caratteristiche (e livello di competenza) del destinatario del flusso medesimo.

2.5. Le determinanti quali-quantitative e la relatività *entity-specific* della *materiality*.

La *materiality* di un'informazione deve essere letta in termini anche qualitativi, non solo quantitativi. Il punto pare oggi scontato, ma originariamente, nel *Framework* del 1989, della *materiality* veniva apprezzata essenzialmente la natura quantitativa (*"Materiality depends on the size of the item or error..."*), sia pure relativizzata al contesto di riferimento (*"... judged in the particular circumstances of its omission or misstatement"*). In quest'ottica, un'informazione era considerata *material* se superava determinate soglie, a prescindere dal suo contenuto qualitativo (*"Thus, materiality provides a threshold or cut-off point rather than being a primary qualitative characteristic which information must have if it is to be useful"*) ⁽³⁸⁾.

L'impostazione era destinata ad essere superata, tant'è che già nella versione dello IAS 1 precedente le modifiche del 2018 la natura della *materiality* risultava connessa non soltanto alla dimensione delle omissioni e degli errori, ma anche alla loro natura, ben potendo un'informazione essere *material* in termini quantitativi o qualitativi, ovvero in una combinazione di entrambe le prospettive (*"The size or nature of the item, or a combination of both, could be the determining factor"*) ⁽³⁹⁾.

Nel *Conceptual Framework* del 2010 il punto veniva modificato di conseguenza, introducendo altresì il parametro della specificità (poi recepito nell'aggiornamento dello IAS 1) sia nella definizione stessa di *materiality*, sia nel paragrafo esplicativo: *"in other words, materiality is an entity-specific aspect of relevance based on the nature or magnitude, or both, of the items to which the information relates in the context of an individual entity's financial report"* ⁽⁴⁰⁾.

I profili quali-quantitativi dell'informativa di cui si vuole vagliare la *materiality* devono quindi essere contestualizzati rispetto ad una specifica *reporting entity* ed alla sua informativa economico-finanziaria (*"Assessing*

⁽³⁸⁾ Cfr. *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* 1989, par. 30.

⁽³⁹⁾ Cfr. IAS 1 *Presentation of Financial Statements* nella versione precedente alle modifiche introdotte dal documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. 7.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *The Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, par. QC11, così come anche nella versione attuale del *Conceptual Framework*, par. 2.11.

whether information could reasonably be expected to influence decisions made by the primary user of a specific reporting entity's general purpose financial statements requires an entity to consider the characteristics of those users while also considering the entity's own circumstances" ⁽⁴¹⁾): l'omissione, l'errore o l'obscuring di una certa informazione, ed i correlati profili quali-quantitativi, possono risultare *material* per una determinata entità ma non per un'altra.

Ne consegue, tra l'altro, che anche con riferimento alla stessa dimensione quantitativa i principi non possono indicare parametri di valenza generale; nel paragrafo illustrativo alla definizione di *materiality* contenuto nel *Conceptual Framework* è infatti chiarito che *"the Board cannot specify a uniform quantitative threshold for materiality or predetermine what could be material in a particular situation"* ⁽⁴²⁾.

2.6. La possibilità che l'informativa sia *material* individualmente o in combinazione con altre informazioni.

Nel paragrafo esplicativo della definizione di *materiality* dello IAS 1 è precisato che il carattere di *materiality* dei singoli *item* deve essere letto non solo individualmente ma anche nel complesso (*"An entity assesses whether information, either individually or in combination with other information, is material in the context of its financial statements taken as a whole"* ⁽⁴³⁾); ciò ad indicare che un'informazione omessa o errata potrebbe non essere *material* (qualitativamente o quantitativamente) se considerata nella sua individualità, ma divenire *material* alla luce di altre informazioni egualmente omesse o errate (o comunque alla luce di altre circostanze).

Il concetto in parola era originariamente presente nella definizione di *materiality* contenuta nello IAS 1, dove si affermava che *"Omissions or misstatements of items are material if they could, individually or collectively, influence..."* ⁽⁴⁴⁾; con il documento *Definition of Material: Proposed amendments to IAS 1 and IAS 8* il tema è stato traslato nel paragrafo esplicativo, come ulteriore approfondimento delle modalità con cui le informazioni *material* possono influenzare le decisioni dei *primary user*.

La necessità di vagliare la *materiality* di una informazione anche alla luce di altre circostanze non trova invece spazio nel *Conceptual Framework*, né nella definizione di *materiality* (in quanto sostanzialmente omogeneizzata

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽⁴²⁾ Cfr. *The Conceptual Framework for Financial Reporting* 2010, par. QC11, così come anche nella versione attuale del *Conceptual Framework*, par. 2.11.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, Amendments to IAS 1 Presentation of Financial Statements*, par. 7.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. IAS 1 *Presentation of Financial Statements* nella versione precedente alle modifiche introdotte dal documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, par. 7.

rispetto a quella contenuta nello IAS 1) né nell'ambito del paragrafo esplicativo, la cui asimmetria rispetto ai paragrafi esplicativi riportati nello IAS 1 risulta — anche con riferimento alla tematica qui in esame — di non facile lettura, pur alla luce della peculiarità del *Conceptual Framework* nell'ambito del *corpus* in senso lato dei principi IAS/IFRS.

Il concetto è stato poi approfondito, come meglio nel seguito, nell'ambito del *Practice Statement*; è ivi suggerito che, una volta completato il bilancio, il redattore rivaluti tutte le informazioni nel loro complesso “*from a wider perspective and in aggregate*” in quanto “*items of information that are individually immaterial, when considered together, could nevertheless reasonably be expected to influence primary users' decisions*” ⁽⁴⁵⁾.

3. Il *Practice Statement* ed il *four-step materiality process*.

3.1. Premessa.

Come illustrato nel paragrafo introduttivo di questo lavoro, le evidenze riepilogate nel *Discussion Forum - Financial Reporting Disclosure: Feedback Statement* pubblicato a maggio 2013 avevano evidenziato un *disclosure problem* di cui una delle cause principali era la difficoltà nel comprendere e applicare il concetto di *materiality* delle informazioni da includere nel bilancio. Era emersa tra l'altro l'esigenza di elaborare, sul punto, una guida applicativa ⁽⁴⁶⁾.

Nell'ottobre 2015 veniva pubblicato l'*ED/2015/8 IFRS Practice Statement: Application of Materiality to Financial Statements*; anche sulla base delle *comment letter* ricevute, lo IASB provvedeva ad emettere il 14 settembre 2017 la guida *IFRS Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*.

Contestualmente all'elaborazione del *Practice Statement*, lo IASB aveva avviato il progetto di armonizzazione e affinamento della definizione di *materiality* presente nello IAS 1, nello IAS 8 e nel *Conceptual Framework*, oggetto dell'analisi svolta nei paragrafi che precedono; alcuni commentatori avevano quindi suggerito di posticipare la pubblicazione del *Practice Statement* rispetto alla pubblicazione del documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*. Il *Board* — considerando comunque prioritaria la pubblicazione della guida — da un lato aveva ritenuto che le modifiche apportate alla definizione di *materiality* nello IAS 1 e nel *Conceptual Framework* non avrebbero modificato il *core* del concetto, e dall'altro lato

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 62.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Exposure Draft: Snapshot: IFRS Practice Statement Application of Materiality to Financial Statements*, ottobre 2015, pag. 3.

osservava che le principali *issue* della definizione sarebbero comunque state trattate anche nel *Practice Statement* ⁽⁴⁷⁾.

Il documento, come precisato nello *scope*, è redatto in forma di guida *non-mandatory* e non di principio ⁽⁴⁸⁾; pertanto, le entità non sono obbligate ad applicare il *Practice Statement* per essere *compliant* con i principi IAS/IFRS. Nel documento, in effetti, viene sottolineato che disciplinare la *materiality* in un principio (per sua natura *prescriptive*) non avrebbe consentito il giusto spazio e flessibilità nel *judgment* che l'oggetto richiede. Altresì, creare una guida *non-mandatory* anziché un principio avrebbe consentito di evitare possibili conflitti con le leggi e regolamentazioni locali (che influenzano a propria volta il giudizio di *materiality*). Infine, era stata privilegiata l'emanazione di una guida a sé stante e non a supporto di un principio specifico (ad esempio lo IAS 1), per sottolineare il fatto che il giudizio di *materiality* è trasversale a tutti i principi ⁽⁴⁹⁾.

Il *Practice Statement* ha come destinatari principali i redattori del bilancio ma può rivelarsi utile anche per altri soggetti interessati a comprendere il processo in base al quale un'informazione viene considerata *material*. Non rientrano invece tra i destinatari le entità che applicano gli *IFRS for SM&Es* (piccole e medie entità); queste ultime possono comunque ispirarsi al contenuto del *Practice Statement* negli stessi termini con cui ricorrono alle regole del *set* generale dei principi IAS/IFRS ⁽⁵⁰⁾.

Nel seguito è descritto come il *Practice Statement* definisce la *materiality* e le sue determinanti; è analizzato il *four-step materiality process* attraverso il quale valutare la *materiality* di un'informazione; sono illustrate le modalità con cui valutare la *materiality* in alcuni casi particolari: l'informativa dell'esercizio precedente, gli errori, i *covenant*, l'*interim reporting*.

3.2. Alcuni tratti di fondo della *materiality* nel *Practice Statement*.

Il *Practice Statement*, prima di entrare nel merito del *four-step materiality process*, tratta al paragrafo "General characteristics of materiality" ⁽⁵¹⁾

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements, Basis for conclusions*, par. BC14-BC15. Come già osservato, la definizione di *materiality* del *Practice Statement* è stata allineata, successivamente alla pubblicazione del medesimo, a quella contenuta nella *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*. Le modifiche apportate dal documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8* alla definizione di *materiality* citata nel *Practice Statement* entreranno in vigore dal 1° gennaio 2020, salvo applicazione anticipata.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements, Basis for conclusions*, par. BC4.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements, Basis for conclusions*, par. BC5-BC10.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements, Basis for conclusions*, par. BC5-BC10.

⁽⁵¹⁾ Le tematiche illustrate nella sezione relativa alle "General characteristics of materiality" sono sviluppate nei par. 5-28 del *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*.

alcune tematiche di fondo: la definizione, il carattere di pervasività dei giudizi di *materiality* nell'ambito delle varie fasi di elaborazione del bilancio, l'importanza dell'esercizio del *judgement* nell'applicazione della *materiality* (anche nelle fasi successive di *reassessment* al variare delle condizioni dell'entità), il ruolo e le esigenze informative dei *primary user* quali destinatari dell'informativa *material*, la relazione delle informazioni *material* incluse in bilancio con le informazioni pubblicamente disponibili e con le informazioni richieste dalle leggi locali.

Dopo aver richiamato il concetto di *materiality* (nella versione definitiva del *Conceptual Framework* derivata dal documento *Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8*, così come illustrato nei paragrafi che precedono), viene sottolineato il carattere pervasivo dei giudizi di *materiality*, che assumono in effetti rilievo sia nell'ambito della *presentation* e *disclosure* del bilancio (ove erano emerse le maggiori problematiche), sia nell'ambito della *recognition* e *measurement*.

A ben vedere, la necessità di vagliare la *materiality* di un'informazione è in effetti trasversale rispetto alla maggior parte delle tematiche di redazione, valutazione e rappresentazione di bilancio. Ciò significa che, in ciascuna fase di predisposizione del bilancio, le previsioni degli IAS/IFRS devono essere applicate valutandone la *materiality* sul complesso del bilancio stesso e delle note; non è corretto, tuttavia, accettare deroghe degli *standard* IAS/IFRS, in quanto considerate *immaterial*, se ciò è funzionale a perseguire una particolare *disclosure* nella rappresentazione del profilo economico, patrimoniale e finanziario dell'entità ⁽⁵²⁾.

Nelle fasi di *presentation* e *disclosure* possono non essere fornite informazioni prescritte dagli IAS/IFRS — anche nel caso in cui si tratti di “*minimum requirements*” — se ne deriva un'informativa non *material*; al contrario, devono essere incluse informazioni considerate *material* per la comprensione degli eventi e le conseguenti decisioni da parte dei *primary user* anche se non prescritte espressamente dagli IAS/IFRS ⁽⁵³⁾.

Le valutazioni circa la *materiality* di una informazione devono essere riconsiderate ad ogni scadenza del bilancio, alla luce — anche in termini evolutivi — sia delle caratteristiche specifiche dell'entità, sia delle esigenze informative dei *primary user* ⁽⁵⁴⁾.

Nel *Practice Statement*, in merito, si osserva che il bilancio deve offrire un'informativa che possa soddisfare contemporaneamente le esigenze infor-

⁽⁵²⁾ Il concetto illustrato nel *Practice Statement* al par. 8 trae origine dallo IAS 8, par. 8 ove è illustrato che “*IFRSs set out accounting policies that the IASB has concluded result in financial statements containing relevant and reliable information about the transactions, other events and conditions to which they apply. Those policies need not be applied when the effect of applying them is immaterial. However, it is inappropriate to make, or leave uncorrected, immaterial departures from IFRSs to achieve a particular presentation of an entity's financial position, financial performance or cash flows*”.

⁽⁵³⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 10.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 11-12.

mative delle tre tipologie di *primary user* (*investors, lenders and other creditors*) — sia *existing* sia *potential* — nel loro processo decisionale “*about providing resources to an entity*”. Deve essere stabilito quali sono le esigenze comuni (“*the entity aims to meet the common information needs*”), al fine di evitare che l’informativa di bilancio risulti sbilanciata nei confronti dell’una o dell’altra tipologia di *primary user*, ma devono essere valorizzate informazioni particolarmente rilevanti anche solo per alcune delle categorie dei *primary user* quando le stesse sono comunque *material* per la comprensione del bilancio (“*some of the identified information needs will be common to all of the three categories, but other may be specific to only one or two of those categories*” ⁽⁵⁵⁾).

Ciò non comporta, naturalmente, che si debbano soddisfare fabbisogni informativi specifici di alcuni *primary user*; nel *Practice Statement* è illustrato in merito il caso di un’entità partecipata da numerosi azionisti, ciascuno dei quali detiene una piccola quota dei diritti di voto, e dei quali uno necessita di informazioni supplementari circa un investimento effettuato in una particolare *location* dove egli ha altri interessi di *business*. In questa circostanza, si osserva nel *Practice Statement*, l’entità valuta che l’informazione richiesta dal singolo investitore non sia *material* ai fini delle esigenze informative dell’insieme dei *primary user* e pertanto tale informativa non viene inclusa nel bilancio ⁽⁵⁶⁾.

Nel *Practice Statement* è altresì previsto che tra le informazioni che possono avere impatto sul processo decisionale dei *primary user* devono essere comprese anche quelle di dominio pubblico quando considerate *material* per l’entità (ad esempio, come illustrato nel documento, le motivazioni e le caratteristiche di un’operazione di *business combination* che coinvolge l’entità ancorché già rese note al pubblico tramite comunicato stampa ⁽⁵⁷⁾).

Altresì, sovente il bilancio include informazioni richieste dalle leggi e dai regolamenti locali anche quando le stesse non sono richieste dai principi IAS/IFRS e potrebbero essere considerate *non material*. Ciò non è in conflitto con quanto previsto dai principi IAS/IFRS, ma l’entità deve verificare che le informazioni addizionali inserite in bilancio non abbiano l’effetto di oscurare le informazioni considerate *material* dai principi IAS/IFRS stessi. Nel documento ⁽⁵⁸⁾ viene portato quale esempio il caso di un’entità che in un determinato esercizio abbia sostenuto spese di ricerca e sviluppo per un ammontare poco elevato; l’entità valuta che l’informativa circa le medesime sia *immaterial*, tuttavia la legislazione locale impone di evidenziare l’ammontare delle spese di ricerca e sviluppo nel bilancio. Gli IAS/IFRS consentono all’entità di fornire comunque l’informativa richiesta dalle leggi locali anche

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 21.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 21, esempio “E”.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 26, esempio “F”.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 28, esempio “G”.

se *immaterial*, purché la stessa non abbia l'effetto di oscurare informazioni *material*.

3.3. Il *four-step materiality process*.

Al fine di agevolare l'applicazione delle valutazioni in tema di *materiality*, nel *Practice Statement* viene proposto un processo sistematico articolato in quattro fasi (*four-step materiality process*). In linea con la natura *non-mandatory* del *Practice Statement*, il *four-step materiality process* rappresenta un possibile approccio per vagliare la *materiality* di un'informazione ⁽⁵⁹⁾.

I quattro *step* attraverso i quali si articola il *materiality process* sono: 1) identificare (*identify*); 2) valutare (*assess*); 3) organizzare (*organise*); 4) rivedere (*review*).

Nell'ambito del primo *step* ⁽⁶⁰⁾ l'entità identifica (*identify*) le informazioni relative alle proprie transazioni e ad altri eventi potenzialmente *material* ai fini della comprensione del bilancio da parte dei *primary user*.

Sono comunque *material* in sé le informazioni richieste dai principi IAS/IFRS, questi ultimi strutturati per fornire informazioni che soddisfano i bisogni informativi di molteplici *primary user*; l'eventuale costo legato al reperimento e all'elaborazione delle informazioni richieste non deve essere considerato (nella elaborazione dei principi si tiene conto del rapporto costi/benefici).

Oltre alle informazioni richieste dai principi IAS/IFRS, l'entità deve considerare i *common information need* della collettività dei *primary user*, anche potenziali, interessati a conoscere le modalità, l'efficacia e l'efficienza con cui il *management* ha gestito e gestisce le risorse aziendali. I *primary user*, come illustrato, hanno necessità di ricevere un'informativa circa le risorse a disposizione dell'entità (*asset* aziendali), l'indebitamento nei confronti di altri soggetti (i terzi o il capitale proprio), le variazioni patrimoniali che si riflettono sulla redditività dell'entità, nonché le modalità con cui il *management* ha gestito le risorse aziendali stesse.

L'*output* di questo primo *step* è quindi un *set* di informazioni potenzialmente *material*.

Nel secondo *step* ⁽⁶¹⁾, l'entità valuta (*assess*) se le informazioni individuate nel primo *step* sono effettivamente *material* e quindi in grado di influenzare i *primary user* nel decidere se investire o meno risorse nell'entità stessa. A tal fine, è opportuno che l'entità valuti più fattori possibili, sia quantitativi, sia qualitativi.

Normalmente un'entità valuta se l'informazione è quantitativamente *material* considerando la dimensione dell'impatto che la stessa ha rispetto ad

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements, Basis for conclusions*, par. BC25.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 35-39.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 40-55.

alcune grandezze patrimoniali, economiche e finanziarie del bilancio. La scelta delle grandezze di bilancio in base alle quali stabilire la rilevanza delle informazioni deve essere operata in base alla tipologia di entità e alle esigenze conoscitive dei *primary user* (ad esempio i ricavi, la marginalità, indicatori di indebitamento ecc.); in tal senso il giudizio dell'entità è determinante.

Con il termine *qualitative factor*, invece, il *Practice Statement* intende quelle caratteristiche delle transazioni — *entity-specific* o esterne all'entità — che, se presenti, rendono le informazioni più suscettibili di influenzare le decisioni dei *primary user* del bilancio.

Sono *entity-specific*, ad esempio, le informazioni relative al coinvolgimento di una parte correlata, le caratteristiche peculiari o non convenzionali di una transazione o di un altro evento, l'inattesa variazione o modifica di un andamento aziendale (che può rendere *material* un valore economico di per sé *immaterial* a livello quantitativo).

Le informazioni qualitative esterne all'entità attengono al contesto nel quale essa opera, quale ad esempio l'area geografica, il settore o il *framework* economico di riferimento; nel *Practice Statement* è precisato che anche comunicare l'assenza di un rischio per l'entità a cui le altre entità del settore sono esposte può essere di per sé un'informazione *material* che i *primary user* debbono considerare nelle loro decisioni ⁽⁶²⁾.

Se un'informazione è *material* sulla base di fattori quantitativi, spesso non è necessario proseguire con l'*assessment* degli elementi qualitativi. Non vale il contrario, in quanto la mancanza di *materiality* in termini quantitativi non sempre è sufficiente ad escludere la *materiality* di una informazione; pertanto, l'entità deve valutare anche la presenza di fattori qualitativi. D'altro canto, la presenza di un fattore qualitativo di peso permette di ridurre il livello dei fattori quantitativi da considerare; in alcuni casi è persino possibile che le informazioni di una transazione o di un evento risultino *material* indipendentemente dalla loro dimensione quantitativa; nel documento ⁽⁶³⁾ viene portato quale esempio il caso di un'operazione con una parte correlata, la quale, anche se di poco impatto a livello quantitativo sul bilancio, può influenzare significativamente le decisioni dei *primary user* nei confronti dell'entità e per questo essere considerata *material* ai fini del bilancio.

L'*output* del secondo *step* è un primo *set* di informazioni *material*. In termini di *presentation* e *disclosure* ciò consiste nell'enucleazione delle informazioni *material* che l'entità deve fornire in bilancio e del relativo grado di dettaglio; in termini di *recognition* e *measurement*, l'*output* è l'individuazione del *set* di informazioni *material* che potrebbero ragionevolmente influenzare le decisioni dei *primary user*.

⁽⁶²⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 51.

⁽⁶³⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 55, esempio "I".

Il terzo *step* ⁽⁶⁴⁾ prevede che l'entità debba strutturare (*organize*) le informazioni considerate *material* in quanto "... *classifying, characterising and presenting information clearly and concisely makes it understandable*". La guida suggerisce, ad esempio, di evidenziare le informazioni *material*; personalizzare l'informativa sulla base della realtà specifica dell'entità; descrivere le operazioni, gli altri eventi e le condizioni dell'impresa nel modo più semplice e diretto possibile senza omettere le informazioni; evidenziare le relazioni che esistono tra diverse informazioni; fornire informazioni in maniera consona, anche attraverso l'uso di tabelle; fornire informazioni in modo da massimizzare la comparabilità tra entità e bilanci di differenti esercizi; evitare o minimizzare la duplicazione delle informazioni; garantire che le informazioni *material* non siano oscurate da informazioni poco significative (e quindi evitare di aggregare informazioni che hanno natura e scopo differenti oppure nascondere informazioni *material* nell'ambito di numerosi dettagli poco significativi).

L'*output* di questa terza fase è il progetto di bilancio.

Nel quarto *step* ⁽⁶⁵⁾ l'entità deve rivalutare (*review*) se le informazioni sono *material*, individualmente e in combinazione con le altre ("*both individually and in combination with other information*"), all'interno del progetto di bilancio nel suo complesso. Come già osservato, una singola informazione considerata *immaterial* può divenire *material* se considerata in combinazione con altre informazioni; viceversa, è anche possibile che un'informazione considerata *material* individualmente non sia tale se letta in combinazione con altre informazioni ⁽⁶⁶⁾.

In questa fase l'entità effettua una sorta di analisi retrospettiva (*step-back*) considerando le informazioni del bilancio nel loro insieme. In conseguenza di ciò, può essere necessario:

- aggiungere ulteriori informazioni da fornire in bilancio;
- effettuare una maggiore disaggregazione delle informazioni già considerate *material* nei precedenti *step*;
- rimuovere informazioni considerate *immaterial* e che potrebbero oscurare le informazioni *material*;
- riorganizzare le informazioni presenti.

L'analisi svolta in questo *step* può quindi portare l'entità a ripercorrere il processo a partire dal secondo *step*, e quindi procedere a rivalutare le informazioni *material*. L'*output* dell'ultimo *step* e, conseguentemente, dell'intero *materiality process* è il bilancio definitivo.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 56-59.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 60-65.

⁽⁶⁶⁾ Viene qui valorizzato e approfondito l'aspetto *individually or collectively* dell'informazione *material* che caratterizza la definizione di *materiality* dello IAS 1 e IAS 8 (a differenza di quella del *Conceptual Framework*).

3.4. Le fattispecie particolari analizzate nel *Practice Statement*.

Il *Practice Statement* fornisce alcune indicazioni utili per valutare la *materiality* delle informazioni di bilancio nell'ambito di alcune fattispecie particolari: l'informativa relativa al periodo precedente, alla gestione degli errori, ai *covenant* e ai bilanci intermedi.

3.4.1. *Prior-period information*.

Come noto e come previsto dallo IAS 1, par. 38, negli schemi di bilancio devono essere riportate le informazioni relative ai valori di bilancio dell'esercizio precedente; nella nota integrativa tale informativa deve essere riportata nella misura in cui risulta necessaria alla comprensione dei fatti dell'esercizio corrente ⁽⁶⁷⁾ (tenendo conto, come descritto in precedenza, anche delle leggi e regole del paese nel quale l'entità opera, se non confliggono con i principi IAS/IFRS o se non oscurano le informazioni rilevanti).

Nel *Practice Statement* si osserva che la valutazione circa la *materiality* delle informazioni dell'esercizio precedente ⁽⁶⁸⁾ (alla luce delle evoluzioni successive) possono condurre l'entità a fornire:

- maggiori informazioni relativamente a fatti dell'esercizio precedente rispetto a quanto era stato effettuato nell'esercizio precedente stesso, qualora tali informazioni siano necessarie alla comprensione dell'esercizio corrente;
- minori informazioni relativamente a fatti dell'esercizio precedente, rispetto a quanto effettuato nel periodo precedente stesso laddove non più necessario o comunque non più *material*.

Pertanto, è possibile che un'entità debba fornire informazioni relative all'esercizio precedente che non erano state fornite nell'esercizio precedente stesso ("*prior-period information not previously provided*" ⁽⁶⁹⁾), quando tali informazioni aiutano a comprendere il bilancio dell'esercizio corrente. Nel documento ⁽⁷⁰⁾ viene portato quale esempio il caso di un'entità che nell'esercizio precedente aveva un esiguo indebitamento la cui informativa di dettaglio (in particolare la *maturity analysis*) era stata reputata *immaterial* ai fini del bilancio; tuttavia, nell'esercizio corrente, l'entità ha contratto un elevato indebitamento la cui informativa di dettaglio è considerata *material* e pertanto viene illustrata anche la *maturity analysis* relativamente al debito dell'esercizio precedente, in quanto ciò potrebbe essere utile per i *primary user* alla comprensione del bilancio dell'esercizio corrente.

Infine, nel *Practice Statement* viene osservato che, ad eccezione dei casi in

⁽⁶⁷⁾ Nello IAS 1 *Presentation of Financial Statements*, al par. 38 si legge che "An entity shall include comparative information for narrative and descriptive information if it is relevant to understanding the current period's financial statements".

⁽⁶⁸⁾ La tematica del *Prior-period information* è sviluppata in *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, parr. 66-71.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 70.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 70, esempio "L".

cui un determinato dettaglio di informativa sia prescritto da leggi locali o altri regolamenti, le informazioni del periodo precedente potrebbero utilmente essere esposte in forma riassuntiva, privilegiando gli aspetti che possono influire sulle decisioni dei *primary user* nell'esercizio corrente; ad esempio ⁽⁷¹⁾, le informazioni relative ad una causa legale descritta nel dettaglio nell'esercizio precedente sono riepilogate riassumendo sinteticamente gli aspetti superati e risolti ed evidenziando nel dettaglio solo i punti ancora aperti.

3.4.2. *Errors.*

Il *Practice Statement* analizza ⁽⁷²⁾, poi, la *materiality* degli errori ⁽⁷³⁾ (errori materiali e/o omissioni) con riferimento all'impatto che ogni errore ha sul contenuto informativo del bilancio sia singolarmente, sia sommato ad altri errori. L'entità deve correggere tutti gli errori *material*, compresi gli errori irrilevanti ma commessi intenzionalmente al fine di mostrare un particolare livello di *performance* o risultare *compliant* con gli IAS/IFRS; lo IAS 8 fornisce le indicazioni in merito necessarie. Naturalmente il giudizio circa la *materiality* di un errore ai fini di bilancio deve essere effettuata seguendo i quattro *step* del *materiality process* in precedenza descritti, incluso la considerazione dei fattori qualitativi e quantitativi; errori *immaterial* non commessi intenzionalmente non devono essere necessariamente corretti, anche se è bene considerare che correggerli può evitare che un accumulo di errori *immaterial* possa, nel tempo, divenire *material*.

Come già osservato, un errore può non essere *material* singolarmente ma diventarlo se letto in combinazione con altre informazioni; il caso — se vogliamo opposto — è quello dell'errore *material*, che deve essere corretto anche se esistono altri errori che influenzano il bilancio in maniera opposta annullandone o rendendone *immaterial* l'effetto (ad esempio ⁽⁷⁴⁾ errori nei costi in aumento e diminuzione che su base netta hanno un impatto minimo o nullo sul bilancio).

Il *Practice Statement* fornisce infine alcune indicazioni circa l'analisi della rilevanza di errori cumulati durante gli esercizi precedenti (nei quali erano considerati *immaterial*) che possano avere un'incidenza sul bilancio corrente (*cumulative error*); l'entità nel valutare se un errore cumulativo possa esser diventato, nel corso del tempo, *material* ai fini del bilancio corrente, deve verificare:

⁽⁷¹⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 70, esempio "M".

⁽⁷²⁾ La tematica degli *Errors* è sviluppata in *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, parr. 72-80.

⁽⁷³⁾ *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 72: "Errors are omissions from and/or misstatements in an entity's financial statements arising from a failure to use, or misuse of, reliable information that is available, or could reasonably be expected to be obtained".

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, par. 70, esempio "N".

— se le circostanze che hanno portato ad una certa valutazione della *materiality* dell'errore negli esercizi precedenti siano cambiate nell'esercizio corrente;

— se si è, eventualmente, verificato un ulteriore accumulo di errori che si somma ai *cumulative error* degli esercizi precedenti nell'ambito dell'esercizio corrente.

È poi specificato che gli errori cumulativi (giudicati *immaterial* in passato) divenuti *material* nel bilancio corrente devono essere immediatamente corretti nell'ambito di quest'ultimo.

3.4.3. *Covenants.*

Il *Practice Statement* esamina ⁽⁷⁵⁾ anche l'impatto delle informazioni relative all'esistenza di condizioni presenti in contratto di finanziamento (*covenant*) così come le informazioni relative alla violazione delle medesime. Nel valutare la rilevanza delle informazioni riguardanti un *covenant* o la violazione di un *covenant* l'entità deve prendere in considerazione:

— le conseguenze della violazione del *covenant* in termini di impatto che tale violazione avrebbe sulla situazione finanziaria dell'entità, sulle *performance* e sui flussi di cassa. Se tali conseguenze sono *material*, ovvero hanno la capacità di modificare la situazione finanziaria, le *performance* e i flussi di cassa in modo tale da influenzare ragionevolmente le decisioni dei *primary user*, allora le informazioni circa l'esistenza del *covenant* e delle sue condizioni è sicuramente *material*. Al contrario, qualora le conseguenze derivanti dalla violazione di un *covenant* non incidano significativamente sulla posizione finanziaria, sulle *performance* e sui flussi di cassa, allora le informazioni riguardanti il *covenant* potrebbero non essere necessarie;

— la probabilità che si verifichi la violazione del *covenant*; maggiore è la probabilità che si verifichi la violazione di un *covenant*, maggiore è la probabilità che le informazioni relative al *covenant* siano rilevanti.

3.4.4. *Interim reporting.*

Il *Practice Statement*, infine ⁽⁷⁶⁾, si concentra sul trattamento della *materiality* nell'ambito dell'*interim reporting* ai sensi dello IAS 34, specificando che il *four-step materiality process* si applica anche a tale informativa, pur tenendone in considerazione le specificità in ragione del diverso arco temporale di riferimento e del diverso scopo rispetto al bilancio annuale. In tal senso, un'entità deve valutare:

⁽⁷⁵⁾ La tematica dei *Covenant* è sviluppata in *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, parr. 81-83.

⁽⁷⁶⁾ La tematica degli *Interim reporting* è sviluppata in *Practice Statement 2: Making Materiality Judgements*, parr. 84-88.

— se una certa informativa è *material* ai fini dell'*interim report* e non in relazione al bilancio annuale;

— se la *materiality* di determinate informazioni sia tale con riferimento non solo al singolo periodo intermedio ma anche eventualmente agli altri periodi intermedi precedenti (ad esempio nel caso di informativa trimestrale) e/o al complessivo periodo trascorso fino alla data dell'*interim period* medesimo (*current financial year to date*);

— se occorra o meno illustrare nell'*interim report* informazioni che ci si attende siano *material* nell'ambito del bilancio annuale.

Nel valutare la *materiality* dell'informazione occorre considerare che lo scopo degli *interim report* consiste nel fornire un'informativa aggiornata dell'ultimo bilancio annuale; pertanto potrebbe non essere necessario riproporre informazioni *material* per il bilancio intermedio, già divulgate tramite l'ultimo bilancio annuale, salvo che non sia avvenuto, tra la data di pubblicazione del bilancio annuale e del bilancio intermedio, un evento che abbia potuto incidere sull'informazione *material* e di cui occorre, pertanto, dare notizia.

Altresì, è precisato che l'informazione che è *material* ai fini dell'*interim report* non deve essere inclusa nel successivo bilancio annuale se non riveste più carattere di *materiality* ai fini di quest'ultimo.

Infine, nel *Practice Statement* viene osservato che spesso le valutazioni effettuate nell'ambito dell'*interim report* presentano maggiori incertezze rispetto a quelle effettuate nell'ambito del bilancio annuale; benché ciò non abbia necessariamente un impatto sulla *materiality*, potrebbe essere utile (e quindi *material*) includere nell'*interim report* un'informativa anche su tali incertezze valutative.

4. Considerazioni conclusive.

L'analisi del percorso che ha portato lo IASB da un lato a convergere sulla definizione di *materiality*, dall'altro lato a emettere il *Practice Statement*, consente — come illustrato in questo lavoro — di enucleare i tratti essenziali dell'informativa *material*.

Rileva l'ottica del destinatario: l'informativa è *material* se la sua omissione, distorsione o occultamento (*obscuring*) potrebbe ragionevolmente influenzare il processo decisionale dei *primary user*. In merito, il lavoro svolto dallo IASB ha portato:

— a considerare anche l'occultamento dell'informazione *material* (non solo l'omissione e la distorsione) tra le situazioni potenzialmente lesive rispetto al processo decisionale dei *primary user*;

— a definire in termini "ragionevolmente estesi" il novero delle informazioni potenzialmente *material*, non limitandole a quelle che certamente impattano sui processi decisionali in parola;

— a circoscrivere — d'altro canto — il destinatario dell'informativa, che non è l'universo degli *stakeholder* ma chi eroga risorse, e quindi investitori, finanziatori ed altri creditori;

— a definire il destinatario stesso dotato di capacità di analisi della documentazione economico-finanziaria e disponibile ad una lettura diligente della stessa.

Altresì, il lavoro ha affinato l'individuazione delle caratteristiche intrinseche dell'informativa *material*:

— tale se interessa anche solo ad alcune delle categorie dei *primary user* (ancorché non possa essere considerata *material* l'informazione di interesse di singoli);

— non necessariamente tale sotto il mero profilo quantitativo, rilevando anche la dimensione qualitativa;

— da apprezzare nel contesto ampio del corredo informativo potenzialmente erogabile ai destinatari, talché il carattere di *materiality* può essere assunto da un insieme di informazioni, singolarmente — in ipotesi — *immaterial*.

Emerge poi evidente il carattere di specificità che la *materiality* presenta non solo rispetto alla singola entità, ma anche al contesto di riferimento ed alle sue linee evolutive.

I due documenti qui commentati, giova rammentarlo, trovano origine da una problematica — sovraordinata — evidenziatasi in tema di qualità della *disclosure*, e devono essere inquadrati nell'ambito delle iniziative poste in essere, in merito, in ottica di miglioramento e di superamento. I singoli profili tecnici, illustrati nei documenti citati e analizzati in questo lavoro, non devono pertanto essere considerati partitamente, ma in una più vasta ottica; significativo, ad esempio, è il suggerimento di riconsiderare il corredo informativo di bilancio nel suo complesso al termine del lavoro di selezione delle singole informazioni, al fine di vagliare non solo possibili carenze nel processo e di *output*, ma anche l'impatto dell'insieme delle informazioni stesse in termini di comunicazione. In tal senso, assumono significato e rilievo anche i suggerimenti in termine di personalizzazione dell'informativa ed i richiami a completezza e, nel contempo, a chiarezza e semplicità, anche tramite l'utilizzo di strumenti appropriati, tali da evidenziare le relazioni e favorire il confronto tra singole informazioni.

L'impatto delle modifiche apportate ai principi in essere e del nuovo *Practice Statement*, infine, potrebbe essere rilevante non solo in sé, ma in termini di spunto per l'aggiornamento di altri documenti; ad esempio, è di inizio agosto 2019 la pubblicazione dell'ED/2019/6 in tema di *Disclosure of Accounting Policies*, che — proponendo un nuovo approccio alla relativa tematica trattata nello IAS 1 — ruota proprio attorno alla *materiality* della *disclosure* in parola: tale se relativa alle transazioni *material* (nel senso illustrato nei paragrafi che precedono) caratterizzate da profili di *accounting* che non vedono l'applicazione lineare dei principi. Ciò accade ad esempio nei

casi in cui il singolo principio consente la scelta tra più alternative, oppure nei casi in cui sono richiesti *significant judgment or assumptions*; oppure ancora nei casi di cambiamento delle politiche contabili.

In tal senso è possibile affermare che, se il *Practice Statement* e le modifiche apportate sia allo IAS 1, sia al *Conceptual Framework* segnano effettivamente il “punto fermo” richiamato nel titolo di questo lavoro in tema di definizione ed *assessment* della *materiality*, d’altro canto il lavoro svolto dallo IASB è, forse, anche un “punto d’inizio”; non solo in termini applicativi (si pensi ad esempio alle possibili ricadute in termini di vaglio sulla correttezza delle comunicazioni sociali), ma anche in senso evolutivo su altri dei concetti e principi che compongono il *corpus* dei principi contabili internazionali.

LE VALUTAZIONI DELLE AZIENDE PER FINI DI *IMPAIRMENT* E LA VARIABILE FISCALE

di MASSIMILIANO NOVA

1. Introduzione.

Le valutazioni del capitale economico hanno assunto da qualche tempo un ruolo rilevante per la redazione del bilancio d'esercizio e consolidato delle imprese, soprattutto — ma non solo — nell'ambito del cosiddetto *impairment test*. Infatti, per un verso, secondo i principi contabili internazionali ("principi IFRS") l'avviamento e i beni immateriali a vita indefinita non sono sottoposti a ammortamento sistematico ma a un processo di verifica periodica della "tenuta" del relativo valore di carico contabile; il divieto di ammortamento sistematico rende quindi obbligatorio, annualmente, l'esecuzione del test di impairment che è divenuto un momento importante nella redazione del bilancio. Per altro verso, anche i principi contabili nazionali hanno fissato, nel principio OIC 9, criteri e metodi per la svalutazione delle immobilizzazioni che si ispirano alle migliori prassi internazionali.

Pertanto, non solo le imprese quotate di dimensioni rilevanti (tenute all'applicazione dei principi internazionali) ma anche le imprese non quotate di minore dimensione debbono sottoporre a valutazione periodica le immobilizzazioni (ed in special modo l'avviamento e i beni intangibili), applicando correttamente le tecniche valutative a ciò preposte.

In tale ambito, un aspetto meritevole di attenzione è quello della variabile fiscale, che determina una problematica applicativa nelle stime finalizzate alla determinazione del "valore recuperabile".

La problematica sorge in ragione della contraddizione (almeno apparente) tra le disposizioni dei principi IFRS in materia fiscale e l'approccio empirico che è solitamente seguito dagli esperti valutatori nella prassi. Invero, il principio IAS 36 — che tratta della svalutazione degli asset immobilizzati — prevede, in sintesi, che le valutazioni per impairment debbano prescindere dalla variabile fiscale, sicché il "valore recuperabile" dovrebbe essere calcolato considerando i flussi finanziari lordi d'imposta ed attualizzando i medesimi a tassi lordi d'imposta. Peraltro, la determinazione del "valore recuperabile", nella prassi, è sovente eseguita considerando flussi e tassi al netto d'imposta, come solitamente avviene nelle stime ordinarie del capitale economico.

Ciò premesso, è lecito domandarsi quali siano le ragioni a fondamento sia dell'impostazione dello IAS 36 — che peraltro è sottoposta in seno allo IASB ad uno studio che potrebbe portare ad una sua revisione nel breve termine — sia dell'approccio empirico. Inoltre, è rilevante comprendere se i due approcci, che paiono divergenti a livello metodologico, siano tra loro compatibili o non lo siano e, nel caso di risposta affermativa, a quali condizioni e con quali limiti siano tra loro coerenti.

L'articolo vuole approfondire, con taglio tecnico, la modalità di trattamento della variabile fiscale nelle valutazioni finalizzate all'impairment test, assumendo quale benchmark applicativo i principi IFRS e dunque lo IAS 36. Nello specifico, il lavoro è articolato nel seguente modo:

- illustrazione della ratio di fondo dell'approccio metodologico previsto dallo IAS 36 in tema di trattamento della variabile fiscale;
- analisi e commento della soluzione tipicamente seguita nella prassi;
- analisi comparativa e commento sulle problematiche operative sottostanti all'applicazione corretta dell'approccio previsto dallo IAS 36.

2. L'impostazione teorica dello IAS 36.

Il test di impairment è la verifica periodica, da eseguire in sede di redazione del bilancio, sulla “tenuta” del valore di carico contabile di attività immobilizzate, singole o configurate in “gruppi di attività” tipicamente denominati “*cash generating unit*” (o CGU) ⁽¹⁾. Invero, i principi contabili (nazionali ed internazionali) impongono di accertare, per le attività immobilizzate, se il “valore recuperabile” sia inferiore al valore di carico contabile, nel qual caso è necessario iscrivere una svalutazione nel conto economico.

Il riferimento metodologico ed operativo principale, sul tema, è costituito dal principio IAS 36 *Impairment of Assets* usualmente considerato il *benchmark* applicativo sul tema in oggetto. Per tal ragione, la trattazione che segue fa riferimento esclusivo alle previsioni dello IAS 36 ⁽²⁾.

Ciò premesso, secondo lo IAS 36 il “valore recuperabile” è determinato come il maggiore tra il “fair value al netto dei costi di vendita” e il “valore in uso”. Si tratta di due nozioni alternative di valore. Da un lato, il “fair value” assume una prospettiva di valutazione “esterna”, cioè quella del generico investitore terzo per il quale l'attività vale nella misura in cui essa può essere scambiata sul mercato ad un determinato prezzo. D'altro lato, il “valore in

⁽¹⁾ Per un approfondimento di dottrina sul tema dell'impairment test, si rinvia, tra gli altri, a Amaduzzi 2005, Lionzo 2011, Momentè 2003, Nova 2006 e Romano 2004.

⁽²⁾ Si osserva peraltro che i principi contabili nazionali (cfr. principio OIC 9) prevedono regole generali non dissimili da quelle tipiche della prassi internazionale, pur se, sul tema specifico della fiscalità, con indicazioni di estrema sintesi. Nella prassi nazionale, si osserva inoltre che, nel caso di carenza di indicazioni nei principi interni, il riferimento applicativo è quello dello IAS 36, considerato quale *best practise* sul tema.

uso” presuppone un’ottica di valutazione “interna”, cioè quella del soggetto titolare dell’attività per il quale l’attività vale in funzione delle sue capacità di produzione di flussi di risultato in una condizione di continuità operativa.

Il tema della fiscalità — rilevante in questa sede — si pone in particolare nel calcolo del “valore in uso” (nel seguito anche “VIU”) ⁽³⁾. Invero, il “valore in uso” è tipicamente determinato sulla base dei flussi finanziari attesi associabili all’immobilizzazione o alla CGU in un dato periodo temporale, ai quali si somma il valore terminale. Il criterio di stima tipicamente utilizzato è quindi il criterio finanziario noto anche come “*unlevered discounted cash flow method*” (nel seguito anche “criterio DCF”) ⁽⁴⁾. Tale criterio postula la determinazione di due parametri fondamentali: i flussi di cassa attesi connessi al bene/CGU oggetto di analisi ed il “costo del capitale”.

Pertanto, i parametri valutativi basilari delle stime di impairment sono i flussi finanziari attesi e il tasso di sconto.

In tale ambito, lo IAS 36 fornisce indicazioni direttive, apparentemente semplici, sul trattamento della variabile fiscale nella determinazione dei flussi e del tasso:

— al par. 50, il Principio statuisce che i flussi finanziari attesi non devono includere i flussi da attività finanziarie e quelli relativi alle imposte (“*shall not include ... income tax receipts or payments*”);

— al par. 55, il Principio prevede che il tasso di sconto deve esprimere un tasso al lordo delle imposte (“*the discount rate shall be a pre-tax rate ...*”).

In sostanza, lo IAS 36 suggerisce di applicare una logica di determinazione del “valore in uso” prima delle imposte, cosiddetta “pre-tax”. Infatti, il VIU deve essere stimato partendo da flussi lordi d’imposta (nel seguito “flussi pre-tax”) e scontando gli stessi con un tasso lordo d’imposta (nel seguito “tasso pre-tax”). Taluni chiarimenti applicativi sono forniti poi nelle *Basis for Conclusions* ai par. BCZ81-BCZ 89, unitamente ad un esempio applicativo.

Orbene, l’approccio teorico suggerito dallo IAS 36 è diametralmente divergente da quello della prassi nelle stime del capitale economico. È infatti usuale, nella prassi, stimare il valore economico considerando il contenuto fiscale, cioè come valore netto d’imposta. Ciò vale per la generalità delle stime di capitale economico, quali quelle associate a decisioni di convenienza di investimenti alternativi o quelle funzionali alle valutazioni nell’ambito di operazioni straordinarie (aggregazioni, fusioni, conferimenti, quotazioni, recessi e così via). L’approccio tipico della prassi è quindi quello post-tax, considerato che la variabile fiscale è un parametro di giudizio rilevante per l’investitore.

Per tal ragione, vale la pena di chiedersi anzitutto quale è la ragione di

⁽³⁾ In questa sede, non si trattano i problemi fiscali eventualmente rilevanti nella stima del “fair value”.

⁽⁴⁾ Nella prassi sono considerati accettabili anche altri criteri di stima, purché basati sui flussi futuri attesi, quali il criterio reddituale (puro o analitico) o il criterio misto del “reddito residuale”.

fondo dell'approccio pre-tax tipico dello IAS 36 e, una volta chiarito tale profilo, verificare la possibilità di "riconciliare" i risultati dei due approcci.

Quanto alla ratio di fondo, è ragionevole ritenere che l'impostazione dello IAS 36 discenda dalla specificità delle stime per impairment, il cui obiettivo è la verifica della congruità del valore di carico contabile iscritto a bilancio di una attività o CGU (e non già una base per una decisione di convenienza economica). Pertanto, il VIU deve essere costruito in modo omogeneo e confrontabile rispetto al valore di carico contabile, al fine di evitare erroneità nella comparazione tra le due basi di valore. In altri termini, il perimetro e la modalità di costruzione del valore di carico contabile dell'attività o CGU costituiscono i driver dei criteri di calcolo del VIU.

Come noto, il valore di carico contabile è formato, nel caso più complesso di CGU, dal gruppo di immobilizzazioni afferenti alla CGU e dalle voci del capitale circolante operativo strettamente connesse alla CGU medesima ⁽⁵⁾. Viceversa, il valore di carico contabile della CGU esclude sia le poste di natura finanziaria (ad esempio attività e passività finanziarie) sia le voci di natura fiscale (quali i debiti tributari e le imposte differite attive o passive). Ciò in quanto le voci finanziarie e fiscali sono iscritte in classi di valori specifiche e sono valutate, nella redazione del bilancio, sulla base di principi contabili diversi dallo IAS 36. In particolare, le imposte differite attive e passive (cosiddette DTA e DTL) sono rilevate ai sensi dello IAS 12 in classi specifiche dello stato patrimoniale ⁽⁶⁾; tali voci emergono in relazione alle differenze temporanee di tassazione, cioè alle differenze che possono esistere tra i criteri di tassazione o deduzione fiscale e i criteri di rilevazione contabile dei componenti positivi e negativi di reddito ⁽⁷⁾.

Ne deriva quindi che il valore di carico contabile sottoposto a impairment è un valore al lordo della posizione finanziaria (cosiddetto valore *asset side*) e non influenzato dalle imposte.

Di conseguenza, lo IAS 36 richiede una determinazione del VIU che prescindere dal profilo fiscale, cioè basata su flussi e tassi prima delle imposte. Tale approccio, nelle intenzioni del Principio, dovrebbe consentire di scorporare dal VIU gli effetti fiscali differiti ed evitare rischi di "doppio conteggio" (*double-counting*). Invero, ove il VIU fosse basato su flussi post-tax, tali flussi potrebbero includere le entrate o uscite monetarie connesse a imposte diffe-

⁽⁵⁾ Si segnala che, sulla base di una lettura rigida del Principio, le voci del capitale circolante operativo dovrebbero essere escluse dal valore di carico, in quanto sottoposte a criteri di valutazione specifici per ciascuna attività. Peraltro, soprattutto quando il test è svolto per CGU, tali voci sono incluse nel valore di carico per ragioni di omogeneità con la determinazione del VIU.

⁽⁶⁾ Cfr. IAS 36, BCZ 82 *"For most assets, an enterprise recognizes the tax consequences of temporary differences as a deferred tax liability or deferred tax asset in accordance with IAS 12"*.

⁽⁷⁾ Nel caso di costi non immediatamente deducibili fiscalmente nell'esercizio di competenza emergono "differenze temporanee deducibili" e quindi attività fiscali differite (DTA); nel caso opposto di costi deducibili fiscalmente in anticipo rispetto alla competenza economica emergono "differenze temporanee tassabili" e quindi passività fiscali differite (DTL).

rite, emergenti per la diversità tra regole civilistiche e fiscali di calcolo del reddito imponibile; e ciò potrebbe inficiare il risultato del test di impairment⁽⁸⁾.

Orbene, l'indicazione di usare flussi e tassi pre-tax deriva da un'esigenza di omogeneità tra le grandezze oggetto del confronto nel test di impairment. Inoltre, la scelta di entrambi i parametri del criterio finanziario — flussi e tassi — prima delle imposte assicura il rispetto dell'esigenza di omogeneità — tra flussi finanziari e tassi — all'interno del modello applicativo del criterio DCF.

Si segnala peraltro che il tema della variabile fiscale è oggetto di riflessioni all'interno del Board dell'IFRS. Infatti, nel processo di aggiornamento costante dei principi, un punto all'attenzione del Board è proprio l'uso di dati prima delle imposte nel calcolo del VIU. Tale tema è rubricato "*Value in use — use of post-tax inputs*" sub 18F dell'agenda del Board.

Orbene, l'orientamento preliminare del Board è quello di rimuovere dallo IAS 36 la richiesta esplicita ed obbligatoria di utilizzare pre-tax inputs (tassi e flussi) e di sostituire tale previsione con l'indicazione di utilizzare assumptions valutative relative ai flussi ed ai tassi che siano internamente consistenti⁽⁹⁾. Tale view innovativa è stata oggetto di una raccomandazione preliminare nel corso dello IASB Meeting di giugno 2019 e dovrebbe tradursi in tempi brevi in un Discussion Paper.

3. L'impostazione pratica prevalente.

Come sopra anticipato, l'esperienza empirica delle stime del capitale economico in ambito di impairment è orientata in modo differente. Infatti, sovente (per non dire quasi sempre) le stime di impairment sono condotte basandosi, nel solco della tradizione usuale, su flussi e tassi post-tax.

È lecito quindi domandarsi le ragioni di tale approccio prevalente, che pare in contrasto con le previsioni dello IAS 36. Al riguardo, si ritiene che le ragioni prevalenti siano essenzialmente tre.

La prima ragione è la coerenza dell'approccio post-tax con le regole tipiche della finanza aziendale che basa tradizionalmente le stime di aziende/business sull'utilizzo di tassi post-tax applicati a flussi netti d'imposta. In

⁽⁸⁾ Le BC illustrano ai par. BCZ 86-89 i problemi di interazione tra calcolo del VIU e IAS 12. Il Principio chiarisce altresì che il problema della disomogeneità tra VIU e valore di carico contabile potrebbe essere evitato se il calcolo del VIU fosse svolto sui flussi e tassi post-tax a condizione che: i) gli effetti fiscali differiti siano calcolati in termini attualizzati e ii) gli stessi effetti siano inclusi nel valore di carico contabile. Tale approccio peraltro non è considerato ammissibile in quanto contrario allo IAS 12 che prevede l'iscrizione a bilancio delle DTA e DTL a valori nominali. Si osserva, a margine, che — nel caso in cui il VIU fosse basato su flussi e tassi post-tax — l'omogeneità tra le due basi di valore potrebbe anche essere ottenuta scorporando gli effetti fiscali differiti inclusi nel VIU, pur se ciò non è operativamente agevole in molti casi.

⁽⁹⁾ Cfr. Staff Paper, june 2019, p. 1.

sostanza, la semplicità applicativa porta ad usare, solitamente, dati netti d'imposta, perché questo è quanto si fa nelle ordinarie stime per altri fini (operazioni M&A, recessi o conferimenti, stime interne per la verifica della dinamica del valore, ecc.) ⁽¹⁰⁾.

La seconda ragione è la semplicità applicativa dell'approccio post-tax. Infatti, il tasso di sconto — che coincide con il “costo medio ponderato del capitale” o wacc nel caso di stime *asset side* — è tipicamente determinato, *ab origine*, quale saggio post-tax. Ciò in quanto il modello usuale di calcolo del wacc è ancorato all'osservazione di parametri elementari di mercato che sono tipicamente espressi in logica post-tax ⁽¹¹⁾. In particolare, il “costo del capitale proprio” (cosiddetto *ke*) è quantificato, in genere, applicando il modello CAPM (“*Capital Asset Pricing Model*”); come noto, i parametri del modello — ovvero il tasso privo di rischio, il coefficiente *beta*, il premio al rischio di mercato (o *equity risk premium*), il premio per il rischio specifico — sono basati su dati di mercato e sono espressi al netto delle imposte, in quanto riflettono gli apprezzamenti del mercato sul rischio dell'asset considerato, includendo anche la variabile fiscale. In sostanza, il tasso di sconto esprime il rendimento soddisfacente richiesto da un investitore, secondo ordinarie condizioni di mercato, per scontare flussi aventi pari livello di rischio a quelli dell'azienda considerata ⁽¹²⁾; e tale rendimento è sempre stimato al netto d'imposta. Ciò implica che, per applicare l'approccio pre-tax, si dovrebbe in ogni caso passare dal tasso post-tax e procedere a depurare dallo stesso la componente fiscale in esso implicita.

L'ultima (e forse assorbente) ragione è legata al fatto che lo IAS 36, pur orientando verso l'approccio pre-tax, pare consentire una soluzione alternativa. Infatti, il Principio indica che, in linea teorica, l'attualizzazione di flussi post-tax a tassi post-tax deve fornire risultati uguali all'attualizzazione di flussi pre-tax a tassi pre-tax, nella misura in cui la variabile fiscale è trattata correttamente nell'uno e nell'altro dei due approcci. Pertanto, il Principio non sembra vietare in modo assoluto l'uso dell'approccio post-tax bensì richiedere che, nel caso di uso dell'approccio post-tax, le determinazioni dei flussi e dei tassi netti d'imposta siano condotte in modo corretto.

In sostanza, la flessibilità concessa dallo IAS 36 deriva dal fatto che, in linea teorica, l'utilizzo di flussi e tassi post-tax dovrebbe condurre allo stesso risultato che si ottiene scontando flussi pre-tax a tassi pre-tax, sempreché i flussi fiscali siano considerati in modo appropriato. Tale concetto di fondo è anche statuito nel par. BCZ85 delle Basis for Conclusions ⁽¹³⁾. Se l'equiva-

⁽¹⁰⁾ Lo Staff Paper (June 2019) afferma che “*the pre-tax discount rate ...is generally not used for valuation purposes*”.

⁽¹¹⁾ Lo Staff Paper (June 2019) afferma che “*the pre-tax discount rate is hard to understand and does not provide useful information because the rate is not observable*”.

⁽¹²⁾ È lo stesso IAS 36 che suggerisce, al par. 56, di stimare il tasso “*from the rate implicit in current market transactions for similar asset...*”.

⁽¹³⁾ Il par. BCZ 85 dice: “*In theory, discounting post-tax cash flows at a post-tax discount rate and discounting pre-tax cash flows at a pre-tax discount rate should give the same result,*

lenza fosse (sempre) valida, il problema di scelta di una base valutativa prima o dopo le imposte sarebbe solo teorico e non avrebbe impatto quantitativo. Ma (come vedremo) tale situazione non si presenta di frequente.

Al fine di comprendere tale profilo, si propone un semplice esempio nella Tabella 1, che dimostra l'assunto generale dell'equivalenza degli approcci, pur con ipotesi semplificate. Nell'esempio si ipotizza una CGU che genera un cash-flow operativo pre-tax di 150, sottoposta a tassazione del 30%; il wacc è stimato pari al 10%; non vi sono differenze temporanee di tassazione.

Con tali ipotesi, il VIU risulta coincidente nei due approcci: infatti, se si scontano i flussi netti (105) al wacc netto (10%), il valore risulta pari a 1050 e lo stesso risultato si ottiene applicando ai flussi lordi (150) il tasso wacc prima delle imposte (14,3%). Il saggio pre-tax è determinato, come si usa fare nella prassi, in modo "derivato", cioè partendo dal wacc di mercato e "lordizzando" lo stesso per depurare l'effetto fiscale: si tratta del meccanismo noto con il nome di *gross up* o *grossing up* ⁽¹⁴⁾.

TABELLA 1 - Il confronto teorico tra logica pre e post-tax

	Logica pre-tax	Tax (30%)	Logica post tax
Cash-flow operativo (*)	150	45	105
Wacc	14,3%		10%
VALORE (*)	1050		1050

(*) Il cash-flow operativo pre-tax è inteso quale differenza tra i) "margine operativo lordo" (cosiddetto ebitda) ii) investimenti (cosiddetti capex), ipotizzando che le capex coincidano con gli ammortamenti a regime.

(**) Il valore è calcolato, per semplicità, con la formula della rendita perpetua.

Pertanto, la prassi, atteso che il risultato finale dovrebbe essere invariante, si è orientata a mantenere, anche nel caso di stime di impairment, l'approccio tradizionale basato su flussi netti scontati a tassi post-tax. Per tal modo, il wacc, determinato in funzione dei parametri di mercato, non è modificato mentre i flussi sono rettificati per il carico fiscale atteso.

Pertanto, la realtà non è sempre così lineare. Infatti, nella realtà il carico fiscale sul reddito lordo potrebbe risentire della normativa fiscale che determina, in date situazioni, anticipazioni o posticipazioni del pagamento delle imposte rispetto al periodo di competenza economica. Si tratta delle "differenze temporanee di tassazione" da cui consegue che i flussi finanziari connessi alle imposte potrebbero avere sfasamenti temporali rispetto alla produzione dei flussi operativi lordi.

Ancora, le normative fiscali possono prevedere differenti imposte sul

as long as the pre-tax discount rate is the post-tax discount rate adjusted to reflect the specific amount and timing of the future tax cash flows".

⁽¹⁴⁾ Il tasso pre-tax si ottiene attraverso la seguente formula: $wacc / (1 - tax\%)$, dove "tax%" è l'aliquota teorica di tassazione.

reddito delle imprese e tali imposte potrebbero avere meccanismi di calcolo e basi imponibili diverse. Ad esempio, in Italia le imprese scontano l'Ires e l'Irap e le due imposte presentano regole di determinazione e basi di calcolo differenti; di conseguenza, il tasso d'imposizione complessivo (tax rate) non può essere determinato attraverso la semplice somma delle due aliquote teoriche.

Inoltre, nella realtà può capitare che il valore di carico contabile dell'attività o CGU sottoposta ad impairment non sia, in tutto o in parte, rilevante nel profilo fiscale, in relazione alle regole di deduzione dei componenti negativi; di nuovo, la conseguenza è che il carico fiscale sui flussi operativi dell'asset/CGU può essere applicato ad una base imponibile diversa rispetto al flusso operativo lordo, con distorsioni nell'incidenza dei flussi d'imposta. Quindi, in relazione a tali problemi, non è sempre immediato statuire l'equivalenza tra i metodi post-tax e pre-tax, come dimostrato da quanto esposto nella Tabella 2.

In tabella, si riprendono i dati di base dell'esempio precedente; peraltro, si ipotizza che la CGU contenga immobilizzazioni che generano ammortamenti in parte non deducibili per 20 ⁽¹⁵⁾; di conseguenza, le imposte sono calcolate su un reddito imponibile di 170 (= 150 + 20) e risultano pari a 51.

TABELLA 2 - Il confronto tra logica pre e post-tax: l'impatto delle differenze di tassazione

	Logica pre-tax	Tax (30%)	Logica post tax
Cash-flow operativo (*)	150	51	99
Wacc	14,3%		10%
VALORE (**)	1050		990

(*) Il carico fiscale è calcolato applicando l'aliquota fiscale (30%) a 170 (pari a 150 di flusso operativo pre-tax maggiorato degli ammortamenti indeducibili).

(**) Il valore è calcolato, per semplicità, con la formula della rendita perpetua.

In tal caso, il cash-flow post-tax risulta pari a 99 e, utilizzando il wacc netto del 10%, si ottiene un valore di 990. Per contro, il risultato ottenuto con l'approccio pre-tax è pari a 1050, se si sconta il flusso lordo (150) con il wacc lordizzato sulla base dell'aliquota fiscale teorica (30%).

Orbene, le differenze di tassazione creano problemi applicativi e non rendono immediata l'equivalenza tra i due approcci. Infatti, il par. BCZ85 del Principio afferma che *"the pre-tax discount rate is not always the post-tax discount rate grossed up by a standard rate of tax"* ⁽¹⁶⁾.

Ciò dimostra — per altro verso — che il problema della variabile fiscale non si risolve *tout cours* utilizzando dati pre-tax e che errori di calcolo possono

⁽¹⁵⁾ Si ipotizza, per semplicità, che l'indeducibilità degli ammortamenti sia strutturale e non limitata ad un periodo di tempo.

⁽¹⁶⁾ Il Principio propone altresì, al par. BCZ85, un esempio illustrativo.

essere commessi sia con l'approccio pre-tax sia con quello post-tax. L'elemento critico per affrontare il problema è invece la consistenza tra flussi e tassi.

4. La riconciliazione richiesta dallo IAS 36.

Le discordanze tra gli approcci pre-tax (suggerito dallo IAS 36) e post-tax (adottato nella prassi) discendono quindi, in buona sostanza, dalle cosiddette "differenze di tassazione" legate alla diversità tra le regole di tassazione e deduzione tributaria rispetto a quelle contabili.

Pertanto, l'analisi comparativa tra i due approcci può portare alle seguenti osservazioni preliminari:

- l'approccio post-tax adottato nella prassi, pur apparentemente contraddittorio rispetto allo IAS 36, è accettabile, posto che è lo stesso Principio che indica che i due approcci dovrebbero condurre allo stesso risultato;

- l'equivalenza tra i risultati dei due approcci non è peraltro scontata e dipende dal fatto che il tasso pre-tax sia correttamente determinato, considerando la misura e la distribuzione temporale degli oneri fiscali;

- la determinazione corretta del tasso pre-tax non si ottiene attraverso la semplice "lordizzazione" del tasso post-tax effettuata con l'utilizzo dell'aliquota fiscale teorica sul reddito imponibile. Infatti, il processo di grossing up, se attuato sulla base dell'aliquota teorica, non è in grado di apprezzare l'esistenza eventuale di "differenze fiscali" nella tassazione e/o deduzione dei ricavi e costi, e quindi potrebbe condurre a risultati non corretti.

Le circostanze di "differenze di tassazione", soprattutto nella normativa italiana, non sono rare. Nel concreto, le situazioni da cui emergono "differenze di tassazione", nel caso di attività i cui flussi sono attesi per un arco di tempo definito (per esempio, una licenza, un brevetto, un'immobilizzazione materiale destinata ad uno specifico progetto e così via), sono tipicamente le seguenti ⁽¹⁷⁾.

a) Il valore di carico contabile dell'attività non è pienamente deducibile ai fini fiscali. Ciò si verifica se una o più voci di costo non sono deducibili nel calcolo del reddito imponibile; si pensi al caso di immobilizzazioni (materiali o immateriali) derivanti da aggregazioni che, pur iscritte a bilancio, possono generare costi per ammortamenti e/o svalutazioni in tutto o in parte non deducibili, in relazione ai vincoli fiscali. In tale circostanza, le imposte debbono essere calcolate su "redditi operativi" superiori a quelli previsti nel piano economico, sicché il livello di tassazione effettivo è superiore a quello teorico ⁽¹⁸⁾.

b) I componenti reddituali stimati nel piano economico utilizzato per

⁽¹⁷⁾ Si assume che, secondo le indicazioni del Principio, il VIU sia determinato con il criterio finanziario unlevered.

⁽¹⁸⁾ Le imposte sono tipicamente calcolate sui "margini operativi lordi" (cosiddetto "Mol" o "Ebitda"), ai quali sono dedotti gli ammortamenti.

l'impairment presentano regole di tassazione e/o deduzione differenti dai principi della competenza economica che presiedono all'iscrizione nel conto economico civilistico. Ad esempio, sono frequenti i casi di costi non immediatamente deducibili, quali gli ammortamenti sulle immobilizzazioni materiali (se superiori a date soglie) o le svalutazioni/perdite sui crediti, che danno origine a "differenze fiscali" deducibili negli esercizi successivi (cioè ad attività fiscali differite o DTA). In tal caso, la distribuzione temporale degli effetti fiscali sui "margini operativi lordi" (nel seguito anche "Ebitda") previsti nel piano economico che sta alla base della stima potrebbe essere differente, anche in modo significativo, rispetto alla generazione attesa dei flussi operativi lordi. Da ciò potrebbero derivare conseguenze nel calcolo del VIU. Infatti, il VIU deriva da un processo di attualizzazione di flussi attesi; se i flussi d'imposta sono anticipati rispetto alla generazione dei flussi operativi lordi (per effetto di mancata deduzione immediata di costi), tali flussi negativi incidono in misura più rilevante sul "valore attuale", posto che essi sono quelli più vicini alla data di riferimento della stima; per contro, se i flussi d'imposta sono posticipati rispetto alla generazione dei flussi operativi lordi (per effetto della deduzione anticipata di costi o della tassazione differita di ricavi), tali flussi negativi incidono in misura meno rilevante sul "valore attuale", in quanto essi si collocano più lontani dalla data di riferimento della stima e quindi sono maggiormente "scontati" nel processo di attualizzazione.

I casi problematici possono essere anche maggiori nel caso di attività a vita indefinita (quali un marchio o l'avviamento), cioè nei casi (frequenti) in cui il test di impairment è condotto per aree di business costituenti "going concern" (cosiddette CGU). In tali casi, infatti, si pone il problema di determinazione del flusso finanziario rilevante per il calcolo del "valore terminale", cioè del valore del business al termine del periodo analitico di stima dei flussi coperto dal piano economico: i problemi più frequenti sono connessi alla determinazione del carico fiscale medio normale sul flusso operativo lordo nell'esercizio terminale. Si tratta, in realtà, di un aspetto critico non solo (e non tanto) per la determinazione del tasso pre-tax, bensì di un problema generale che è immanente alla stima del VIU o del valore economico. Invero, anche nel caso di adozione della logica post-tax (quella usuale delle stime di capitale economico), è necessario determinare l'onere fiscale normale gravante sui redditi lordi, al fine di calcolare il flusso finanziario "terminale" che è tipicamente considerato producibile in perpetuità; tale onere fiscale deve essere stimato attraverso un'analisi attenta delle regole di tassazione e deduzione dei componenti di reddito che possono generare sfasamenti (temporanei o strutturali) tra il carico fiscale e il reddito operativo lordo.

Premesso quanto sopra — e tenuto conto che la prassi predilige l'approccio post-tax — è utile chiedersi quale sia il procedimento razionale e corretto per determinare il tasso pre-tax, partendo da quello post-tax. Giova analizzare tale aspetto in quanto, seppur la prassi è aderente, solitamente, ad una logica post-tax (quella usuale delle stime di capitale economico), il Principio

orienta in ogni caso all'utilizzo dell'approccio pre-tax. Pertanto, appare necessario quantomeno "riconciliare" i due approcci, al fine di rendere più robusta la stima del VIU nell'ottica dell'aderenza allo IAS 36. In sostanza, lo IAS 36, pur lasciando la flessibilità di adozione di un approccio diverso da quello pre-tax, richiede un processo di "riconciliazione" dei risultati dei due metodi per dimostrare la loro equivalenza.

La soluzione tecnica preferibile — ed aderente allo IAS 36 — per calcolare il tasso pre-tax, partendo da quello post-tax, è illustrato nel seguito.

Il presupposto è la determinazione di un tasso post-tax, quale ad esempio un tasso wacc calcolato secondo l'approccio CAPM sulla base di parametri di mercato, che deve poi essere aggiustato per ottenere un tasso pre-tax ⁽¹⁹⁾.

L'impostazione teorica per il calcolo del tasso pre-tax si basa su un processo iterativo a due stadi, che consente di derivare implicitamente il tasso pre-tax, una volta determinato il VIU secondo l'approccio tradizionale basato su tassi e flussi netti d'imposta.

In primo luogo, occorre determinare il VIU in logica post-tax, cioè scondando i flussi operativi attesi netti d'imposta sulla base del tasso post-tax derivato dai parametri di mercato. In tale fase, bisogna porre attenzione a calcolare correttamente il VIU, in aderenza con le regole applicative previste dal Principio. In particolare, è necessario escludere, nel calcolo dei flussi, i benefici fiscali derivanti dagli oneri finanziari, in quanto l'ottica delle stime di impairment è "asset side" ⁽²⁰⁾. Inoltre, è necessario considerare in modo corretto la distribuzione degli oneri fiscali nella costruzione dei flussi attesi, tipicamente inclusi in un piano economico predisposto dal management della società oggetto di stima; ciò significa, ad esempio, stimare gli effetti fiscali non solo sulla base dell'aliquota teorica vigente, bensì tenendo conto opportunamente delle differenze temporanee di tassazione.

In secondo luogo, si procede a determinare il tasso pre-tax implicito che, applicato ai flussi finanziari lordi d'imposta, consente di ottenere un VIU pari a quello già determinato con la logica post-tax. In sostanza, tale seconda fase può essere scomposta internamente nei seguenti passaggi consecutivi:

- si deve identificare la sequenza dei flussi lordi d'imposta, lungo il periodo di stima analitica e per il flusso terminale. Tali flussi lordi sono generalmente ricompresi nel documento di pianificazione predisposto dal management;

- si deve fissare il risultato finale della stima, coincidente con il VIU già calcolato con l'approccio post-tax;

- si deve impostare un calcolo iterativo del tasso di sconto che, applicato ai flussi lordi di cui sopra, consenta di ottenere il VIU. In pratica, si tratta di determinare una sorta di "tasso interno di rendimento" (*internal rate of*

⁽¹⁹⁾ Cfr. anche par. A20 dell'Appendice A allo IAS 36.

⁽²⁰⁾ Si ricorda che nel calcolo del costo del debito (kd) si considera il beneficio fiscale (*tax shield*) sui componenti negativi finanziari.

return”). Al riguardo, è opportuno impostare il calcolo attraverso un modello di calcolo, che tipicamente è risolto attraverso l’uso di fogli elettronici di lavoro.

Il procedimento di riconciliazione sopra esposto è quello che, secondo quanto previsto nell’Appendice allo IAS 36 e descritto nei manuali applicativi più noti in tema di interpretazione dei principi IFRS, dovrebbe essere seguito per il calcolo del tasso pre-tax, e quindi per la stima del VIU in stretta aderenza con lo IAS 36 ⁽²¹⁾. In sostanza, si tratta di un processo di derivazione implicita del tasso pre-tax o di “reverse engineering”, che impone una maggiore complessità all’esercizio di impairment, senza peraltro fornire informazioni differenziali utili per gli utilizzatori. Tale aspetto è quello che sta facendo riflettere il Board nell’ottica di superare la previsione esplicita di utilizzo dei tassi lordi: peraltro, al momento l’orientamento volto a revisionare l’approccio attuale è tracciato, ma non è ancora definitivo.

5. Sintesi conclusiva: una possibile soluzione operativa.

Il processo di “derivazione” del saggio pre-tax da quello post-tax — previsto dallo IAS 36 — non è né agevole né lineare. Esso infatti determina una sorta di duplicazione di calcolo, posto che dopo aver determinato un valore (sulla base dei flussi netti) si deve sostanzialmente rideterminare un nuovo valore con variabili elementari diverse (i flussi e i tassi lordi).

Anzitutto, il metodo del calcolo iterativo di cui sopra è considerato un esercizio non agevole. Le complessità si presentano, soprattutto, quando gli effetti delle differenze temporanee di tassazione, che danno origine a imposte differite, sono marcati e discontinui lungo il periodo di previsione. Tali problematiche si complicano, inoltre, se il calcolo del VIU segnala l’esigenza di una riduzione del valore di carico. Infatti, nel caso di emersione di una svalutazione, l’iscrizione nel conto economico della stessa dà origine, in genere, a nuove imposte differite attive, in quanto la deduzione della svalutazione è solitamente differita. Tale effetto deve essere considerato nel calcolo iterativo del tasso pre-tax, secondo le indicazioni applicative prevalenti previste dai manuali in tema di IFRS ⁽²²⁾.

In secondo luogo, come osservato da varia dottrina, l’approccio teorico suindicato previsto dallo IAS 36 è considerato oneroso, in quanto presuppone la conoscenza del risultato finale della stima, nonché scarsamente utile nel

⁽²¹⁾ Tra gli altri, si segnalano i seguenti manuali operativi: Deloitte 2011, EY 2016, KPMG 2016 e PWC 2016.

⁽²²⁾ Al riguardo, si potrebbe discutere, in punto teorico, posto che l’applicazione prevista dai manuali in tema di impairment, nel considerare la svalutazione eventualmente emergente dal calcolo del VIU nella determinazione del tasso pre-tax, fa sì che il VIU medesimo sia influenzato dall’entità della svalutazione. In altri termini, si cade in un “loop”, nel quale la stima del VIU serve per determinare una svalutazione, ma la stessa svalutazione può incidere, attraverso la determinazione del tasso di sconto pre-tax, sul calcolo del VIU.

profilo informativo ⁽²³⁾. Invero, la stima di tale saggio lordo postula la determinazione precedente del VIU (che è quello rilevante per le determinazioni di bilancio). Quindi, la dottrina si chiede quale senso abbia la determinazione “postuma” di un tasso lordo quando si ha già il risultato finale della stima. In realtà, a tale quesito è difficile trovare una risposta convincente in quanto il tasso di sconto pre-tax non appare in grado di fornire agli investitori informazioni maggiormente utili di quelle segnalate dal tasso netto.

In sintesi, dottrina e prassi concordano nel considerare il calcolo del VIU sulla base di dati lordi un esercizio complesso, dispendioso e relativamente sterile nel profilo informativo. Peraltro, come dianzi riferito, appare comunque opportuno fornire una *disclosure* del tasso pre-tax, se non altro per rispettare la finalità informativa generale implicita nel Principio ⁽²⁴⁾.

Per tal ragione, è lecito chiedersi se sia possibile identificare un metodo semplificato di calcolo del tasso pre-tax, capace di fornire una misura ragionevolmente corretta dello stesso, basata su un approccio razionale, ma tale da evitare le complessità e finezze applicative del criterio di calcolo iterativo dianzi descritto.

L'obiettivo finale del lavoro è proprio quello di proporre un metodo operativo che, pur accettando talune approssimazioni, consenta di determinare un tasso pre-tax giustificabile e ragionevole ⁽²⁵⁾.

L'approccio pratico che può essere suggerito è il seguente.

a) La situazione più semplice è quella in cui i criteri di iscrizione civilistica dei ricavi e costi sono sostanzialmente simili ai criteri di tassazione e deduzione fiscale. Ciò si verifica tipicamente, almeno nel contesto normativo italiano, quando i criteri di ammortamento e di svalutazione civilistica delle attività sono uguali o simili a quelli di deduzione fiscale ⁽²⁶⁾. In tal caso, l'aliquota di tassazione teorica è uguale o prossima a quella effettiva e, di conseguenza, il tasso d'imposta è tendenzialmente una costante dei flussi finanziari imponibili. Se valgono tali presupposti, il tasso pre-tax può essere ragionevolmente determinato partendo dal saggio post-tax e “lordizzando” lo stesso con l'aliquota fiscale teorica di tassazione. Tale approccio semplificato fornisce un'informazione affidabile in un contesto di stabilità nel tempo delle regole fiscali ⁽²⁷⁾.

b) Una situazione differente si presenta, invece, se i criteri di iscrizione

⁽²³⁾ Secondo Momenté 2003 “*si tratta di un processo totalmente inutile, in quanto già si dispone del valore ricercato (quello calcolato in prospettiva post tax); né la conoscenza del tasso di sconto così determinato (il tasso di attualizzazione pre tax) costituirebbe per il mercato un'informazione migliore rispetto alla conoscenza del costo del capitale post tax*” (p. 282) e, nello stesso senso, Lionzo 2011, p. 125.

⁽²⁴⁾ Per KPMG 2016 “*whichever rate is used (pre- or post-tax), the pre-tax discount rate needs to be disclosed*”.

⁽²⁵⁾ Non a caso E&Y evidenzia che “*in practise it will probably not possible to obtain a rate that is theoretically perfect*” ma che “*the objective must be to obtain a rate which is sensible and justifiable*” (EY 2016).

⁽²⁶⁾ Infatti, gli ammortamenti e le svalutazioni di crediti o altri attivi sono i costi stimati che danno origine con più frequenza a differenze di tassazione.

⁽²⁷⁾ Per contro, l'approccio potrebbe non essere sufficientemente corretto nel caso si

civilistica dei ricavi e costi non coincidono con le regole fiscali di tassazione e deduzione. A titolo esemplificativo, ciò si verifica se i criteri contabili di ammortamento e svalutazione delle attività che compongono il valore di carico della CGU sono differenti dai criteri fiscali di deduzione dal reddito imponibile, sicché emergono differenze di tassazione e imposte differite attive o passive. In tale ipotesi (che a onor del vero è quella maggiormente frequente nella prassi), il tax rate effettivo può essere diverso, anche significativamente, da quello teorico previsto dalla normativa vigente; inoltre, il tax rate effettivo può risultare anche sensibilmente variabile nel tempo. Ne deriva che non è possibile utilizzare l'aliquota fiscale teorica per determinare il tasso pre-tax, partendo da quello post-tax; se così si facesse, il risultato sarebbe sicuramente impreciso e non tale da fornire un'informazione affidabile.

c) Nella situazione sopra descritta, un calcolo ragionevole del tasso pre-tax può essere ottenuto, a patto di approssimazioni limitate, attraverso la determinazione del tasso percentuale di tassazione effettivo. Il tax rate effettivo può essere calcolato sulla base delle informazioni contenute nel piano economico. In termini concreti, il tax rate effettivo può essere determinato quale media ponderata dei tassi d'imposta di ciascun esercizio del periodo di previsione analitica ⁽²⁸⁾; ciò fornisce un risultato significativo nel caso di stabilità tendenziale del tax rate effettivo nel periodo di piano. Se invece il tax rate muta sensibilmente di anno in anno (ad esempio con una dinamica crescente o decrescente), la media ponderata potrebbe fornire un risultato non pienamente affidabile; in tal caso, si può affinare il calcolo utilizzando la media ponderata dei saggi d'imposta annui opportunamente attualizzati ⁽²⁹⁾. Infine, il tasso pre-tax può essere ragionevolmente determinato partendo dal saggio post-tax e "lordizzando" lo stesso con l'aliquota fiscale media effettiva così determinata. Tale approccio restituisce un'informazione affidabile del tasso pre-tax se valgono le seguenti condizioni: i) se il VIU risultante dall'esercizio di impairment è superiore al valore contabile ⁽³⁰⁾; ii) se il tax rate medio del periodo di piano è considerato una stima ragionevole del tax rate valido per il flusso terminale, cioè se le condizioni di tassazione espresse in media nel periodo di piano possono essere considerate ragionevoli nel medio-lungo termine; iii) se il tasso di crescita dei flussi è nullo o limitato ⁽³¹⁾.

prevedano, nel periodo di piano, variazioni rilevanti delle regole fiscali (criteri di determinazione della base imponibile, criteri di tassazione o deduzione, misura delle aliquote fiscali, ecc.).

⁽²⁸⁾ Operativamente, il tax rate medio è ottenuto dal quoziente tra i) la somma algebrica delle imposte correnti previste nel periodo di piano e ii) la somma algebrica dei flussi finanziari operativi imponibili nel periodo di piano.

⁽²⁹⁾ Operativamente, il tax rate medio è ottenuto dal quoziente tra i) la somma algebrica dei valori attuali delle imposte correnti previste nel periodo di piano e ii) la somma algebrica dei valori attuali dei flussi finanziari operativi imponibili nel periodo di piano.

⁽³⁰⁾ Nel caso opposto, secondo i manuali operativi prima richiamati, si dovrebbe considerare, nel calcolo del tasso pre-tax, il fatto che la svalutazione derivante dall'impairment dà origine in genere a imposte differite attive.

⁽³¹⁾ Per contro, secondo i manuali operativi prima richiamati, si può dimostrare che, ove

d) La situazione di complessità maggiore, infine, è quella in cui non valgono le condizioni di cui sopra. In tal caso, ove si voglia fornire un'informazione affidabile del tasso pre-tax, appare necessario applicare il metodo di calcolo iterativo descritto nel paragrafo precedente.

Bibliografia

- AMADUZZI A., *Gli intangibili nei principi contabili statunitensi e negli IAS/IFRS*, Giuffrè, Milano, 2005.
- CORBELLA S. (A CURA DI), *La fiscalità nelle valutazioni d'azienda*, Giuffrè, Milano, 2016.
- DELOITTE, *iGAAP 2018. A guide to IFRS reporting*, LexisNexis, 2018.
- IFRS, *Staff Paper, Goodwill and Impairment, Agenda ref 18F, June 2019*.
- EY, *International GAAP 2016. Volume 1*, Wiley, 2016.
- KPMG, *Insights into IFRS*, Sweet&Maxwell, 13th edition 2016/17, 2016.
- LIONZO L., *Il giudizio di impairment*, FrancoAngeli, Milano, 2011.
- MOMENTE' F., *La valutazione degli intangibili nei gruppi*, Egea, Milano 2003.
- NOVA M., *Impairment Test*, Egea, Milano 2006.
- PWC, *Manual of Accounting IFRS 2017*, CCH, 2016.
- ROMANO M., *L'impairment test dell'avviamento e dei beni intangibili specifici*, Giappichelli, Torino, 2004.

il saggio di crescita g di lungo termine fosse rilevante, il tax rate effettivo medio del periodo di piano non rappresenta una base precisa per calcolare il tasso pre-tax.

ATTUALITÀ

La Fondazione Nazionale dei Dottori Commercialisti ha pubblicato il IV aggiornamento del documento avente ad oggetto la fiscalità delle imprese OIC adopter.

La Fondazione Nazionale dei Dottori Commercialisti ha pubblicato il IV aggiornamento del documento avente ad oggetto la fiscalità delle imprese OIC adopter. Il documento approfondisce gli aspetti fiscali derivanti dall'adozione dei nuovi principi contabili nazionali da parte delle società che applicano il principio di derivazione rafforzata.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: <https://www.fondazione-nazionalecommercialisti.it/node/1403>

PRINCIPI DI VALUTAZIONE AZIENDALE

VARIABILI CRITICHE NELLA VALUTAZIONE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

di RAFFAELE MARCELLO e MATTEO POZZOLI

1. Premessa introduttiva.

Le piccole e medie imprese (PMI) rappresentano il 99% delle imprese esistenti a livello mondiale e nell'ambito delle nazioni OCSE il 60% degli occupati e tra il 50 e il 60% del valore aggiunto (OECD, 2019). Non vi è dubbio, quindi, che tali realtà siano in grado di definire il tessuto economico di un Paese, così come è pacifico che il corretto funzionamento delle stesse sia cruciale per orientare i volumi economici di uno Stato.

Ciò detto, la valutazione delle imprese di minori dimensioni non appare aver ricevuto, almeno sino ad oggi, particolare attenzione nel campo degli studi scientifici e tecnico professionali, sia a livello nazionale che internazionale. Anche gli *standard* tecnici e professionali spesso non esaminano le tipicità delle valutazioni delle PMI, probabilmente partendo dal presupposto che uno *standard* è sempre valido (*one size fits all*) e che, parafrasando un paradigma spesso adottato in ambito professionale, "*valuation is valuation*".

L'idea comune è che la valutazione di una PMI può essere più semplice della valutazione di una impresa di grandi dimensioni (o, comunque, non più difficile), anche se la pratica, spesso, porta a conclusioni diverse. Se è vero che gli *standard* professionali sono sempre più basati su principi generali e che spetta all'esperto trovare la giusta modalità applicativa degli stessi, è altrettanto vero che i medesimi *standard* sono ideati avendo come riferimento le imprese di grandi dimensioni e, quindi, necessitano di adattamenti talvolta anche "strutturali", per dare rappresentazione del valore dei *business* di minori dimensioni (Marcello e Pozzoli, 2019).

Il presente contributo è dedicato alle peculiarità proprie delle valutazioni delle PMI e al comportamento che il valutatore dovrebbe avere nell'approcciare la valutazione di una PMI. Per fare questo, l'articolo prima esamina le principali considerazioni proposte dalla letteratura accademica e professionale in merito alle tipicità più ricorrenti delle PMI che possono impattare

sugli incarichi di valutazione dei professionisti. In seguito, sono prese in esame le deviazioni che possono essere considerate nell'adozione degli approcci solitamente riconosciuti dagli *standard* di valutazione. Una volta esaminati i principali punti di vista, è proposta un'analisi comparativa dei principali punti toccati dagli *standard* professionali. La comparazione proposta rientra nel campo dei metodi qualitativi, ritenuti da parte degli studiosi delle scienze sociali adeguati per addivenire a risultati aventi anche valenza scientifica. In ultimo, sono tratte alcune osservazioni di sintesi, comparando anche le proposte a livello internazionale, sulla presumibile evoluzione della disciplina, con alcune considerazioni generalmente valide e rapportabili anche alla realtà nazionale.

2. Analisi della letteratura.

Il mondo accademico, quello professionale e gli *standard setter* si sono occupati a vario titolo della valutazione delle PMI con molteplici scopi e obiettivi. Appare utile premettere che non sempre gli studi presi come riferimento dal presente contributo trattano specificamente delle PMI.

Taluni studiosi, per esempio, si sono occupati più nel dettaglio della valutazione delle imprese familiari, nel cui ambito rientrano, ma non esclusivamente, le imprese di minori dimensioni (Ballwieser, 2017). Certo è che per la gran parte degli aspetti le caratteristiche delle imprese familiari sono riferibili anche alle imprese di minori dimensioni.

In altri contesti e soprattutto negli studi nord-americani, la distinzione principale in termini di valutazione d'azienda consiste nell'apertura verso il mercato, motivo per il quale l'oggetto dell'analisi è spesso costituito dalle "*closely held businesses*" (Lease et al., 1984; Dukes et al., 1996), considerate quali realtà che operano in mercati chiusi (*private companies*) e che, quindi, anche in sede di transazione possono risentire della illiquidità del mercato.

La valutazione delle PMI partendo dall'effetto dimensionale come variabile autonoma non è, quindi, un filone di studio molto presente in letteratura (Banz, 1981, Grandis e Palazzi, 2015). Tuttavia, non mancano i ricercatori che hanno suggerito criteri di valutazione specifici (Sridharan, 2012). Comuni sono i suggerimenti volti a esprimere le preferenze verso l'adozione di metodi generalmente riconosciuti per la valutazione d'azienda adattati alla realtà delle imprese di dimensioni minori (Pratt et al., 1996; Spivey, M. F. e McMillan, J. J., 2001; Feldman, 2005; Trugman, 2017). Feldman (2005), per esempio, propone apposite rettifiche per i flussi di cassa attualizzati. Alcuni autori focalizzano la propria attenzione sui tassi di sconti dei flussi dei metodi reddituali, partendo dalla prospettiva che il costo del capitale è solitamente diverso per le piccole aziende. Damodaran (2005), per esempio, ha formulato apposite considerazioni in merito alla determinazione del rischio sistematico delle PMI. Boudreaux et al. (2011) suggeriscono di attualizzare, sempre nella

logica del DCF (*Discounted cash flow*) al tasso di rischio di riferimento per gli investimenti dei quotisti, solitamente più alto del tasso adottato negli investimenti nelle *public company*. così come anche altri autori (Worley e Green, 1989) focalizzano la propria attenzione sulla determinazione dei fattori di rischio ai fini della misurazione dello stesso.

La dottrina nazionale ha orientato il proprio interesse anche verso la revisione dei dati contabili per la rettifica del patrimonio netto, al fine dell'applicazione del metodo patrimoniale e dei metodi misti reddituale-patrimoniale che partono da tale determinazione (Liberatore, 2010).

Molteplici sono, poi, gli studi — di cui la gran parte empirici — volti a definire la corretta percentuale di *adjustment* dei dati ai fini dell'applicazione degli sconti di illiquidità e dei premi di controllo, temi spesso ritenuti per le PMI e per i practitioners di difficile e discrezionale soluzione (Petersen *et al*, 2006; Trugman G. e Trugman L., 2011).

Le valutazioni delle PMI sono state affrontate, poi, anche in periodi distanti tra loro da taluni *standard setter* e organismi professionali. Si tornerà su tale argomento, proponendo uno schema comparativo che considera gli elementi più frequenti di interesse e, quindi, gli accorgimenti comportamentali che, ai fini valutativi, possono essere considerati come “generalmente riconosciuti” dall'esperto.

La prima organizzazione professionale considerata che ha dedicato un documento sulla valutazione delle PMI è la FEE (2001), la quale ha pubblicato alcune raccomandazioni da tenere in considerazione nelle valutazioni delle imprese di piccole dimensioni. Il contributo esamina le circostanze che potrebbero far deviare la valutazione dai “normali” canoni applicativi oppure che potrebbero richiedere appositi *adjustment*.

L'AECA (2005) ha, poi, pubblicato un testo sulla valutazione delle PMI; illustrando le metodologie del DCF e dei metodi cosiddetti patrimoniali, quando riferiti alle PMI.

In tempi più recenti (2014), l'IDW ha approcciato il tema pubblicando delle linee guida valutative, ed esaminando più specificamente, l'impatto potenziale e i riflessi delle peculiarità dimensionali nelle valutazioni.

L'AICPA (2016) ha emanato uno studio sulla valutazione delle valutazioni delle “*privately-held-company equity securities*” in conseguenza di quanto previsto dagli US GAAP in merito alla contabilizzazione dei pagamenti di beni e servizi per mezzo di quote societarie ai dipendenti dall'ASC 718 e dall'ASC 505-50 (FASB, 2009; PWC, 2019).

Sembra opportuno, ancora, ricordare che l'*International Accounting Standards Board* ha diffuso (IASB, 2013) un documento “educativo” concernente la valutazione al *fair value* delle partecipazioni non di controllo in società non quotate. Ovviamente, tale testo non rientra pienamente nell'ambito dei documenti di valutazione delle piccole e medie aziende, anche se appare opportuno richiamarlo, in quanto origina da documenti professionali accreditati e

cerca di orientare le scelte di valutazione per il bilancio verso le migliori prassi in materia.

3. Gli aspetti caratterizzanti le imprese di minori dimensioni nella prospettiva valutativa.

Non vi è dubbio che le PMI presentino, in linea generale, peculiarità tali da richiedere specifica attenzione in sede valutativa. Tali specificità sono riferibili principalmente, da un lato, agli aspetti gestionali interni e, dall'altro, all'approccio che l'entità mantiene nei confronti di terzi.

Per quanto rileva gli aspetti gestionali interni, si deve, anzitutto, osservare che la *governance* in molti casi presenta una commistione di ruoli tra amministratore e proprietario (FEE, 2001). Laddove ciò si verifichi, è possibile anche che l'eventuale buon andamento dell'azienda sia imputabile, almeno in parte, al *know how* (capitale intellettuale) e alla rete di conoscenze (capitale relazionale) creati nel corso del tempo dall'amministratore e proprietario. Se ne evince che la dipartita dello stesso possa avere conseguenze significative sui flussi futuri (IDW, 2014). La valutazione che viene effettuata nel caso in cui il *manager* proprietario cessi di essere presente comporterà l'adozione di una non semplice ipotesi speciale (*what-if*) che impatti sull'apprezzamento del rischio e sulla valutazione aziendale.

Allo stesso tempo, il fatto stesso che i ruoli di soci e amministratori coincidano comporta, talvolta, che i compensi corrisposti agli amministratori non sempre siano in linea con quanto praticato dal mercato. In condizioni di *performance* positive i corrispettivi potrebbero essere più alti del normale, mentre in condizioni di *performance* negative i corrispettivi potrebbero essere più bassi, determinando di fatto una compensazione naturale con la distribuzione degli utili (Pratt *et al.*, 1996). Il costo medesimo dell'organo esecutivo potrebbe essere "anomalo" rispetto a condizioni di normalità: basti pensare ai contesti delle aziende familiari in cui il consiglio di amministrazione ricalca la compagine familiare, magari eccessiva rispetto al necessario.

L'esperto evidentemente nelle fattispecie esaminate, dovrà, perciò, verificare che i pertinenti costi imputati a piano siano coerenti con quelli "normali" per l'entità valutata.

Altro elemento riscontrabile nelle imprese di minori dimensioni consiste nella possibile confusione (parziale) tra patrimonio societario e patrimonio aziendale. Soprattutto nei casi prima citati in cui i ruoli del *manager* e del proprietario coincidano, è possibile che tali elementi appartenenti al patrimonio societario — con buona pace dell'*Agency theory* (Jensen and Meckling, 1976) — siano utilizzati promiscuamente, alterandone l'uso e condizionando anche l'impiego delle risorse.

Spetta, quindi, al professionista delineare i "*surplus assets*" esistenti e valutare i beni strumentali nel loro adeguato utilizzo.

Dal punto di vista della gestione finanziaria, le PMI possono scontare, in alcune circostanze, una sottocapitalizzazione, dovuta — soprattutto in mancanza di interessenze minoritarie di rilievo — alla distribuzione eccessiva di risorse nei periodi positivi; per quest'ultimo aspetto, emerge che spesso è proprio l'imprenditore che, laddove necessario, garantisce i terzi (*in primis* le banche) per le operazioni richieste con il patrimonio personale.

In una logica valutativa, i dati di bilancio, tuttavia, possono apparire falsati perché condizionati da una situazione che evidenzia una capitalizzazione inferiore rispetto a quella reale.

Ancora, in una prospettiva del cambiamento degli assetti proprietari, dovrà essere esaminata anche la pianificazione fiscale, spesso gestita nelle PMI in una logica di ottimizzazione con la proprietà.

Con riferimento agli elementi che intervengono dal punto di vista tecnico, è utile da subito osservare che le informazioni che le PMI forniscono in merito alla propria attività, non essendo società con interessi pubblici, sono naturalmente ridotte. Tale aspetto complica, a volte, in modo significativo l'analisi fondamentale dell'esperto (Guatri e Bini, 2009), al quale è richiesta un'attività aggiuntiva per la raccolta delle informazioni e la rielaborazione dei dati. Peraltro, le società non quotate, avendo una base societaria meno ampia, non sono seguite da analisti finanziari; ciò contribuisce ad accrescere il già naturale gap informativo che solitamente le PMI hanno nei confronti delle società quotate (Grabowski, 2018).

La raccolta stessa dei dati societari può essere un elemento capace di compromettere e orientare le scelte valutative del perito. L'esempio, forse, più emblematico è l'assenza di piani previsionali che, in buona parte dei casi, compromettono la potenziale scelta di valutare l'azienda con l'approccio reddituale. La mancanza di un piano denota, peraltro, la contestuale mancanza di una strategia consapevole e di medio-lungo periodo. La gestione (anche strategica), infatti, è in molti casi legata nelle imprese minori alle intuizioni degli "uomini" forti dell'impresa.

IDW (2014) e OIV (2015) "risolvono" il tema consentendo all'esperto, laddove sia possibile, anche di costruire un piano di riferimento, muovendo dalle serie storiche nonché dalle ipotesi e dalle assunzioni del *management*. Tuttavia, tale pratica comporta un'aggiunta di responsabilità in capo al perito e difficilmente rispecchia, essendo il piano steso da un esterno, il reale orientamento della società, oltre a mal coniugarsi con la tempistica spesso stringente degli incarichi.

Anche l'attendibilità dei dati contabili dovrebbe essere, ai fini preposti, ben considerata. A livello nazionale, si deve ricordare che anche le "nano imprese" sono divenute, in ultimo per mezzo del d.l. 32/2019 convertito nella legge 14 giugno 2019 n.55 emendativo dell'art. 2477 del codice civile, soggette obbligatoriamente alla revisione legale. Ciò detto, le società di minori dimensioni spesso concepiscono la predisposizione del bilancio come un adempimento amministrativo più che come uno strumento di rendicontazione e

controllo. La determinazione del patrimonio netto rettificato è di fatto una prassi usuale non solo per i metodi patrimoniali, articolati sulla rideterminazione dei dati del bilancio, ma essenzialmente per tutte le valutazioni; tale prassi è, in sostanza, considerata come un'attività preliminare e propedeutica allo sviluppo di qualsiasi metodologia valutativa. La riconsiderazione dei dati di bilancio, peraltro, implica forzatamente un intervento da parte del valutatore per ridurre l'asimmetria informativa tra l'investitore e gli operatori interni, agevolando la transazione (Trugman, 2017). L'operazione è, quindi, delicata per le imprese di minori dimensioni dove l'informativa qualitativa è a volte inesistente o formulata come adempimento amministrativo.

4. Le principali criticità nell'adozione degli approcci valutativi.

4.1. Caratteristiche generali.

La valutazione delle piccole e medie realtà comporta, anche sulla base di quanto già evidenziato, in molti casi naturali specifiche considerazioni. Rinviamo all'analisi dell'adozione dei singoli approcci, possiamo, in una prospettiva generale, circoscrivere le nostre osservazioni a quelle condizioni che incidono, per un motivo o per un altro, sulla gran parte delle valutazioni, quali: la percezione del rischio e, l'illiquidità dei mercati in cui l'investitore si può affacciare per dismettere l'azienda.

La percezione del rischio è solitamente differente rispetto a quanto avviene nelle imprese di maggiori dimensioni. Il *business* delle società di minori dimensioni può essere concentrato su un solo cliente o su pochi clienti significativi, e in ogni caso può "subire" le buone/cattive sorti di altri soggetti di riferimento. Il rischio delle società che vivono tale condizione è, quindi, più alto rispetto alle società che diversificano il proprio rischio (come normalmente avviene nelle realtà di maggiori dimensioni). Allo stesso tempo, le PMI più facilmente risultano *mono-business*, così che la loro attività resta fortemente condizionata (nel bene e nel male) dalle contingenze del mercato. In ultimo, è opportuno ribadire che la strategia delle PMI, non sempre definita (oltre che formalizzata) può comportare una percezione più alta del rischio.

Altra circostanza ineludibile che si incontra nella dismissione di azienda o di quote partecipative delle imprese di minori dimensioni è rappresentata dal rischio di commerciabilità che si può incontrare nelle transazioni, non essendo i mercati di riferimento perfettamente concorrenziali. Il venditore, in sintesi, potrebbe incontrare difficoltà a trovare più compratori interessati e, per questo, potrebbe dover scontare il prezzo di vendita per chiudere l'operazione (Tuller, 2008; IASB, 2013; IVS, 2019). Taluni autori hanno provato che il grado di rischio decresce al crescere dell'impresa (Trugman, 2017). A sua volta, questo aspetto comporta la determinazione di un premio di rischio più alto per chi investe (OIV, 2015; IRS, 2009). Ciò detto, i calcoli degli sconti (e

dei premi) sono sempre altamente discrezionali, oltre a variare in ragione della configurazione di valore ricercata.

4.2. Approccio del mercato.

Da tempo le prassi professionali si stanno orientando verso l'utilizzo dell'approccio del mercato per "confermare" le stime ottenute per tramite dei cosiddetti "metodi indiretti", oppure ancora per ottenere il valore di riferimento. A parte questo, l'approccio del mercato è — insieme all'approccio reddituale e all'approccio del costo — uno degli approcci internazionalmente riconosciuti per le *business valuation* (IVSC, 2019). I metodi più adottati sono il *Comparable Transactions Method* e il *Guideline publicly-traded comparable method*.

In particolare, il presupposto per l'applicazione del *Guideline publicly-traded comparable method* consiste nel poter comparare multipli significativi presentati da aziende simili o, meglio, "comparabili" (IVSC, 2019, IVS 105, 20.1). Una delle evidenze fornite dal mercato è che spesso le PMI sono uniche nel contesto (AECA, 2005; Aznar *et al.*, 2016). Anche ammesso che l'azienda non sia "unica", le condizioni già esaminate delle PMI rendono non facile l'operazione di trovare società sostanzialmente comparabili (Heaton, 1998; IVSC, 2019). Ad oggi, tuttavia, le banche dati e professionisti organizzati possono recuperare aziende selezionate classificabili come comparabili. Premesso che le citate banche dati richiedono investimenti non indifferenti, all'esperto toccherà, comunque, effettuare appositi *adjustment* per ricondurre le esperienze considerate — spesso operanti in ambiti globali — all'azienda che è oggetto di valutazione, la quale, si suppone, operi su base locale.

Il *Guideline publicly-traded method*, articolato sulla riproduzione al caso concreto delle condizioni praticate per recenti transazioni su aziende simili, sconta l'evidente carenza di informazioni su "*comparable transaction*". Per tale ragione, risulta difficilmente utilizzabile.

4.3. Approccio reddituale.

Ad oggi, l'approccio reddituale è con tutta probabilità la metodica più adottata. In base a quanto previsto dall'IVSC, questo approccio "... *provides an indication of value by converting future cash flow to a single current value. Under the income approach, the value of an asset is determined by reference to the value of income, cash flow or cost savings generated by the asset*" (IVSC, 2019, IVS 105, 40.1).

La determinazione dei flussi richiede, in ogni caso, un'attenta normalizzazione, come già esaminato nel precedente paragrafo.

Si ricorda che nell'ambito dell'approccio reddituale ricade anche il DCF, il quale sia nella sua versione *asset side* che nella prospettiva *equity side*, ha assunto nel corso degli anni una rilevanza assoluta (Fernández, 2013). Ta-

luna letteratura ritiene che il DCF sia il metodo più adatto per le piccole imprese (Heaton, 1998; AECA, 2005).

Come già precedentemente chiarito, una volta stabilito che il piano è presente e utilizzabile, occorre definire il tasso di attualizzazione appropriato (Cheung, 1999).

Nella prospettiva *equity side*, il tasso di attualizzazione è rappresentato dal costo del capitale (*cost of equity* o K_e), mentre nella prospettiva *asset side* il tasso di attualizzazione è il WACC (*Weighted Average Cost of Capital*).

Prescinde dalla finalità del presente scritto ripercorrere le esistenti criticità connesse alla determinazione (cruciale) del tasso. Ai nostri fini, tuttavia, occorre osservare che il tasso è solitamente basato sui dati forniti dalle *public companies* e che il valutatore potrebbe dover tenere in considerazione la realtà aziendale di riferimento per la misurazione finale del *discount rate* da applicare.

In coerenza con quanto precedentemente osservato, si deve rilevare che solitamente il costo del capitale è ritenuto più alto per le piccole società, considerato che i rischi risultano essere maggiori (Banz, 1981; OIV, 2015).

A livello tecnico applicativo, il costo del capitale è misurato nella gran parte dei casi dal *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), rappresentativo del minimo tasso di ritorno che un soggetto si attende di ricevere per effettuare l'investimento.

Si ricorda brevemente che la formula generalmente riconosciuta per l'adozione del CAPM, identifica il CAPM come l'addizione tra il tasso privo di rischio (r_f) e l'*equity risk premium*, quale *plus* aggiuntivo che "premia" l'investitore per i rischi sostenuti con l'investimento. L'*equity risk premium* si compone essenzialmente di due variabili: il rischio sistematico di mercato (beta o β) ed il rischio non sistematico ($r_m - r_f$).

Parte della letteratura sostiene che il costo del capitale debba essere rettificato, seppur con motivazioni difformi. Alcuni ritengono che il tasso debba tener conto (e, quindi, essere incrementato) della mancanza di informazioni, della concentrazione del rischio e della illiquidità del mercato (AECA, 2005). Nello specifico, AECA (2005) sostiene che sarebbe appropriato applicare nelle attualizzazioni un costo del capitale composto, oltre che dal tasso privo di rischio e dal tasso del rischio di mercato, anche da uno specifico rischio di *business*, partendo dal presupposto che tale rischio è riflesso nella sua profittabilità.

La determinazione del *beta*, se non misurato specificamente, assume l'analisi di un *panel* di comparabili. Nel dettaglio, *beta* presuppone l'apprezzamento del rischio per un *portfolio* diversificato. La diversificazione riduce naturalmente l'impatto connesso alla *performance* di una specifica entità aziendale. Ciò premesso, è vero che — come già accennato — le PMI non sono solite diversificare e, soprattutto in assenza di interessenze dei terzi, tendono a concentrare i rischi su specifiche operazioni. Damodaran ha, quindi, proposto di utilizzare, in queste circostanze, il "*total beta*", quale indicatore di

rischio per le *private companies*, rettificando (in sintesi) il *beta* con una variabile volta a sterilizzare la componente sistematica (Damodaran, 2002). Così facendo, il *total beta* rappresenta la relazione tra la devianza *standard* del ritorno derivante di una singola azione e la devianza *standard* del mercato (σ_j / σ_m). Minore è, quindi, la correlazione, maggiore è il *total beta*.

Non vi sono, tuttavia, evidenze empiriche chiare concernenti la maggiore validità applicativa del *total beta*, così come la prassi operativa non ha denotato grande propensione per il suo uso in luogo del *beta* “tradizionale” (Butter e Piskerton, 2006; Petersen *et al.*, 2006; Von Helfenstein, 2009 and 2011; Kasper, 2013).

In realtà, altra parte della letteratura “contesta” l’idea stessa che l’*effect size* incida sulla determinazione del *cost of equity*, partendo dall’analisi di studi empirici che contestano l’assunto di base per il quale le piccole imprese siano maggiormente performanti rispetto alle grandi imprese (Berk, 1996; Ang, 2018).

4.4. Cost approach.

L’IVSC afferma che “[t]he cost approach provides an indication of value using the economic principle that a buyer will pay no more for an asset than the cost to obtain an asset of equal utility, whether by purchase or by construction, unless undue time, inconvenience, risk or other factors are involved. The approach provides an indication of value by calculating the current replacement or reproduction cost of an asset and making deductions for physical deterioration and all other relevant forms of obsolescence” (IVSC, 2019, IVS 105, 60.1). L’OIV presenta una definizione simile (OIV, 2015, PIV, 1.17.1).

Ci sono vari metodi che risultano generalmente accettati con l’applicazione dell’approccio del costo: il *replacement cost method* ottiene il valore aziendale per mezzo del calcolo del costo di un’attività che offre un’utilità simile; il *reproduction cost method* recupera il valore aziendale tramite il costo necessario per ricreare la medesima attività; e, il *summation method* (noto anche come *net asset value*) determina il valore dell’attività con l’aggregazione delle singole componenti dell’azienda (IVSC, 2019, IVS 105, 70.1).

Nello specifico, il *summation method* è stato considerato da alcuni studiosi come un metodo appropriato per la valutazione delle PMI (Liberatore, 2010; Behringer, 2012, come citato da Bensh *et al.*, 2013). Questo metodo, peraltro, potrebbe risultare l’unico applicabile, laddove per carenze o inattendibilità delle informazioni, l’approccio del mercato e/o quello reddituale risultino impraticabili. Tuttavia, le problematiche che possono sorgere nelle misurazioni comportano un lavoro attento del valutatore che, in aggiunta, dovrà riprodurre i valori in una prospettiva di valutazione, slegandosi dai valori contabili e cercando di riprodurre valori di mercato in situazioni in cui, nella gran parte dei casi, l’azienda non fruisce di perizie estimative di esperti.

Occorre, ad ogni modo, rilevare che i metodi patrimoniali non considerano

la componente intangibile che, come detto, può essere rilevante per fornire un valore veritiero dell'azienda. Una soluzione che può ovviare a questa manchevolezza consiste nell'utilizzare uno dei metodi misto patrimoniali, prospettati dalla dottrina e dalla prassi. Tale orientamento è stato, da prima, formalizzato dall'*Union des Experts Comptables* (UEC, 1961) e, in seguito, riprodotto con varie metodologie, tra cui il metodo misto patrimoniale-reddituale con stima autonoma dell'avviamento che ha assunto un ruolo di primaria rilevanza a livello nazionale (Guatri e Bini, 2009).

5. Osservazioni di sintesi.

L'analisi (ovviamente parziale) presentata nel testo può condurre ad alcune prime conclusioni in merito al "comportamento" che l'esperto può adottare nelle valutazioni delle PMI.

La prima osservazione che emerge dall'analisi svolta è che gli *standard* professionali possono essere ritenuti applicabili anche nelle stime dei *business* di minori dimensioni. La letteratura e la prassi hanno suggerito "accortezze" particolari da tenere in considerazione, ma non hanno di fatto proposto *standard* alternativi.

L'esame comparativo riportato nel paragrafo precedente approccia analogamente le prospettive da considerare nell'espletare l'incarico di valutazione, illustrando le situazioni che possono condurre a "deviare" dagli *standard* originari, senza però creare un *set* di principi *ad hoc*.

D'altronde, la materia della *business valuation* necessita di metodiche e metodi consolidati e la dipartita dagli stessi non può che essere considerata come una (quasi automatica) riduzione di credibilità del lavoro presentato.

Allo stesso tempo, sarebbe riduttivo concludere che "*valuation is valuation*" per riprendere un modo di dire abusato negli *standard* professionali e qui ripresentato. La strada degli *adjustment*, avvalorati da analisi empiriche, sembra essere la strada più percorribile per le correzioni che sono applicabili alle imprese minori, con riferimento a variabili cruciali, quali il tasso di attualizzazione e gli sconti di illiquidità.

La prassi e gli organismi professionali hanno evidenziato che l'analisi fondamentale della realtà aziendale che è oggetto di valutazione è almeno tanto importante quanto la stima valutativa in sé (cfr. Tabella riportata di seguito). Per tale motivo, all'esperto è richiesto, oltre che comprendere quale sia il metodo che riesce a meglio catturare il fenomeno aziendale nella sua complessità, di verificare se le informazioni fornite necessarie per l'applicazione del metodo prescelto sono attendibili e utilizzabili. Per esempio, la realtà aziendale potrebbe essere priva di comparabili, rendendo non praticabile l'adozione del metodo dei multipli, come la mancanza del piano potrebbe compromettere l'applicazione dei metodi reddituali (e in particolare del DCF).

TABELLA 1 - Principali criticità nella valutazione delle piccole e medie imprese sollevate dagli organismi professionali che hanno dedicato appositi documenti alla valutazione delle PMI

	Format	Finalità	Oggetto	Tematiche esaminate caratterizzanti la valutazione delle PMI
FEE	Linee guida, con allegati applicativi	Valutazione PMI	Valutazione PMI	Mancata separazione <i>management</i> e proprietà e ruolo dell'imprenditore Aspetti di <i>governance</i> Caratteristiche di struttura finanziaria e patrimoniale (confusione tra patrimonio sociale e personale) Attendibilità informazioni prospettiche Normalizzazione del reddito lordo e netto
AECA	Linee guida, con allegati applicativi	Valutazione PMI	Valutazione PMI	Applicazione dei metodi afferenti ai diversi approcci valutativi considerando le dovute peculiarità Determinazione dei flussi di cassa rettificati Determinazione del costo del capitale rettificato
IDW	Linee guida	Valutazione PMI	Valutazione PMI	Stretta relazione <i>management</i> e proprietà Caratteristiche di struttura finanziaria e patrimoniale (confusione tra patrimonio sociale e personale) Ridotto valore ai fini valutativi della rendicontazione finanziaria Normalizzazione del reddito lordo e netto Ruolo dell'imprenditore nella funzionalità dell'azienda Determinazione <i>equity premium</i>
AICPA	Linee guida, con allegati applicativi	Adozione standard contabili del FAB (ASC 718 e ASC 505-50)	Valutazione quote emesse a fronte di servizi prestati a società non "pubbliche"	Valutazione del <i>fair value</i> delle quote emesse e del <i>fair value</i> del debito (con strutture azionarie semplici e complesse) Valutazione quote di minoranza Illiquidità del mercato

L'esame e la comprensione dell'azienda è, quindi, quanto mai rilevante nel contesto esaminato.

Ciò detto, per alcuni aspetti gli *standard* professionali richiedono, talvolta, prassi procedurali che possono apparire eccessive se rivolte al mondo

delle piccole realtà, soprattutto se si considera che nella gran parte dei casi le piccole aziende sono valutate dai piccoli studi professionali. In tali circostanze, in effetti, risulterebbe praticabile anche un “approccio scalabile”, in grado di lasciare intatta, tuttavia, la sostanza procedurale. La rigidità e l'eccessiva complessità degli *standard* rischiano, infatti, di rendere gli stessi non riconosciuti nel settore. Per il medesimo motivo, le scelte operative anche supportate scientificamente, come il *total beta*, ma di più complessa applicazione (e incerta migliore rappresentazione) rischiano solo di creare ulteriore incertezza.

Certo è che le analisi fornite *ad hoc* dagli *standard setter* e dagli organismi professionali non possono che contribuire a fornire un autorevole supporto per lo svolgimento degli incarichi professionali, creando un percorso (anche) procedurale e comportamentale che può limitare le controversie e indirizzare le parti verso soluzioni condivise.

Bibliografia

- AECA (a cura di Perez de Lema D. G. e Ramirez A. R., 2005), *Documento n. 7*, Valoración de Pymes.
- AICPA (2016), *Accounting and Valuation Guide: Valuation of Privately-Held-Company Equity Securities Issued as Compensation*, John Wiley & Sons.
- ANG C. S. (2018), *The Absence of a Size Effect Relevant to the Cost of Equity*, in *Business Valuation Review*, 37(3), pp. 87-92.
- AZNAR J, CAYO T. e CEVALLOS D. (2016), *Valoracion de empresas*, Ardiles, Valencia.
- BALLWIESER, W (2017), *Valuation of family business*, presentation held at the VI OIV International Business Valuation Conference, disponibile su: <http://www.fondazioneoiv.it/it/relazioni-4-dic-17>.
- BANZ R. W. (1981), *The relationship between return and market value of common stocks*, in *Journal of financial economics*, 9(1), 3-18.
- BEHRINGER, S. (2012), *Unternehmensbewertung der Mittel- und Kleinbetriebe: betriebswirtschaftliche Verfahrensweisen* (5. ed.). Wiesbaden: Schmidt.
- BENSCH T., JÄGER C., JÄGER T. e HOLSIEPE H. (2013), *Alternative Approaches of Corporate Valuation Methods for Small and Medium Sized Enterprises*, in *Gazdaság és Társadalom*, 1, 3-26.
- BOUDREAUX, D. O., RAO, S., UNDERWOOD, J. e RUMORE, N. (2011), *A new and better way to measure the cost of equity capital for small closely held firms*, in *Journal of Business & Economics Research*, 9(1), 91-98.
- BOYER P. e ROTH H. (1976), *The cost of equity capital for small business*, in *American Journal of Small Business*, 1(2), 1-11.
- BUTLER P. e PINKERTON K. (2006), *Company-Specific Risk-A Different Paradigm: A New Benchmark*, in *Business Valuation Review*, Spring, Vol. 25, No. 1, pp. 22-28.
- DAMODARAN A. (2002), *Damodaran on valuation: security analysis for investment and corporate finance* (Vol. 324). John Wiley & Sons.
- DAMODARAN A. (2005), *Marketability and Value: Measuring the Illiquidity Discount*,

- Working Paper, Stern, disponibile su: <http://people.stern.nyu.edu/adamodar/pdfiles/papers/liquidity.pdf>.
- DUKES W. P., BOWLIN O. D. e MA C. K. (1996), *Valuation of closely - held firms: a survey*, in *Journal of Business Finance & Accounting*, 23(3), 419-438.
- FASB (2009), ASC 718, *Compensation - Stock compensation*, disponibile su: asc.fasb.org.
- FEE (2001), *Business Valuation: a Guide for Small and Medium Sized Enterprises. Guide for Carrying Out Business Valuations*, disponibile su: <https://www.accountancyeu-rope.eu/publications/business-valuation-a-guide-for-small-and-medium-sized-enterprises/>.
- FELDMAN S. J. (2005), *Principles of private firm valuation* (Vol. 251), John Wiley & Sons.
- GRANDIS F. G. e PALAZZI F., (2015), *The Valuation Methods for Small and Medium-Sized Enterprises*, in *Rivista Piccola Impresa / Small Businesses*, n.2, 33-50.
- GRABOWSKI R. J. (2018), *The Size Effect Continues To Be Relevant When Estimating the Cost of Capital*, in *Business Valuation Review*, 37(3), pp. 93-109.
- GUATRI L. e BINI M. (2009), *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea.
- HEATON, H. B. (1998). *Valuing small businesses: the cost of capital*, in *The Appraisal Journal*, 66(1), 11.
- IASB (2013), *Education. Illustrative examples to accompany IFRS 13 Fair Value Measurement. Unquoted equity instruments within the scope of IFRS 9 Financial Instrument*, disponibile su: <http://archive.ifrs.org/Use-around-the-world/Education/FVM/Documents/Education-guidance-FVM.pdf>.
- IASB (2015), *IFRS for SMEs*, disponibile su: <https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-for-smes/>.
- IDW (2014), *IDW application guideline: Particularities of determining the objectified business value of small and medium-sized enterprises* (IDW application guideline 1/2014).
- IVSC (2019), *International Valuation Standards*.
- JENSEN M. e MECKLING W. (1976) *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360.
- KASPER L. J. (2013). *Total Beta, A Capital Market Analysis with Empirical Evidence*, *Business Valuation Review*, 32(4), 212-226.
- LEASE R.C., McCONNELL J.J. e MIKKELSON W.H. (1984), *The market value of differential voting rights in closely held corporations*, in *Journal of Business*, 443-467.
- LIBERATORE G. (2010), *La valutazione delle PMI* (Vol. 25), FrancoAngeli.
- MARCELLO R. e POZZOLI M. (2019), *Critical issues when valuing small businesses*, in *Business Valuation OIV Journal*, 1(1), disponibile su: <https://www.fondazioneoiv.it/oiv-journal/>, 47-56.
- OECD (2019), *OECD SME and Entrepreneurship Outlook 2019*, OECD Publishing, Parigi, disponibile a: <https://doi.org/10.1787/34907e9c-en>.
- OIV (2015), *Principi Italiani di Valutazione*, EGEA.
- PWC (2019), *Stock-based compensation*, disponibile su: www.pwc.com.
- PETERSEN C., PLENBORG T., e SCHØLER F. (2006), *Issues in valuation of privately held firms. The Journal of Private Equity*, 33-48.
- PRATT S. P., REILLY R. F., e SCHWEIHS R. P. (1996), *Valuing a Business: The Analysis and Appraisal of Closely Held Companies* (3rd ed.), Chicago, Irwin Professional Publishing.
- SPIVEY, M. F., e McMILLAN, J. J. (2001). *Economic Value Added (EVA) and the valuation of small businesses*, in *New England Journal of Entrepreneurship*, 4(2), 12.

- TRUGMAN G. e TRUGMAN L. (2011), *Application of Guideline Public Company Method*, proceedings of the AICPA “National Business Valuation Conference”.
- UEC (1961), *Recommandation sur les procédures à suivre par les experts comptables en matière d'évaluation d'entreprises*.
- VON HELFENSTEIN, S. B. (2009), *Revisiting total beta*, in *Business Valuation Review*, 28(4).
- VON HELFENSTEIN, S. B. (2011), *Revisiting Total Beta: Round Two*, disponibile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851944
- WORLEY, J. K. e GREEN, F. B. (1989), *Determinants of risk adjustment for small business valuation in a growth industry*, in *Journal of Small Business Management*, 27(4), 26.

ATTUALITÀ (*)

IVSC - Processo di revisione dei principi di valutazione IVSs

A fine luglio è stata pubblicata la versione “updated” dei principi di valutazione che rappresenta indubbiamente una fase importante nel processo di armonizzazione dei principi di valutazione. Come già annunciato alcuni mesi fa, si apre una nuova procedura di aggiornamento degli IVSs che dovrebbe facilitarne l’adozione a livello globale e affermare ancora di più pratiche di valutazione condivise nel mondo professionale, sia da organizzazioni di professionisti, che da esperti di valutazione e accademici. La struttura degli IVSs pubblicati nella nuova versione prevede l’articolazione in cinque “General Standards” e in sei “Asset-specific Standards”. Il set dei “General Standards” include le indicazioni relative a ogni tipologia di incarichi di valutazione, riferite alla definizione dei termini di un impegno di valutazione, agli approcci e ai metodi valutativi, ai report da predisporre. Gli *Asset Standards* si riferiscono a specifiche tipologie di valutazioni di *asset* che richiedono anche informazioni relative al background di *asset* particolari che possono influenzarne il valore e altri requisiti specifici per i metodi comuni di valutazione. Gli *Assets Standards* sono relativi a: 1) *Businesses and Business Interests* (IVS 200); 2) *Intangible Assets* (IVS 210); 3) *Plant and Equipment* (IVS 300); 4) *Real Property Interests* (IVS 400); 5) *Development Property* (IVS 410); 6) *Financial Instruments* (IVS 500).

La versione aggiornata degli IVSs dovrebbe rafforzare la visibilità e la reputazione dell’IVSC, come raccomandato dai membri dell’organizzazione, quali le associazioni degli esperti di valutazione e le principali società di revisione. Appare importante segnalare alcune differenze rispetto alla versione precedente, in particolare sui seguenti aspetti: 1) *title*: non viene più inclusa l’indicazione relativa all’anno di pubblicazione, mentre l’“effective date” ovvero la data dalla quale lo standard verrà applicato sarà indicata chiaramente sulla copertina; 2) *effective date*: i nuovi IVSs saranno applicabili da gennaio 2020, anche se l’IVSC ne consiglia una *early adoption* dalla data di pubblicazione, raccomandando in questo periodo di transizione l’indicazione chiara del set di IVSs utilizzato nell’ambito dei report di valutazione; 3) *new chapter*: gli IVS *updated* includono un nuovo capitolo: *IVS 220 Non-Financial Liabilities*, quale parte degli standard sugli intangibili; 4) *Technical revisions*: la versione nuova degli IVSs include anche le revisioni tecniche oggetto di consultazioni durante gli anni 2018 e 2019; 5) *Glossary*: è stato modificato il Glossario includendo nuovi termini e fornendo ulteriori chiarimenti con l’obiettivo di allineare gli standard con le definizioni e la terminologia utilizzata; 6) *Notable updates*: vengono segnalate importanti revisioni in

(*) Attualità a cura di Federica Doni.

merito ai seguenti standard: ‘development property’ (IVS 410), ‘limitations’ (IVS 102), and ‘valuation models’ (IVS 105); 7) *Why changes?* Nelle prossime settimane è prevista la pubblicazione di una specifica sezione “Basis for conclusions” dove lo Standard Review Board fornirà le motivazioni (*rationale*) di tutte le revisioni effettuate.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: <https://www.ivsc.org/news/article/ivs-updated>

* * *

IVSC - Business valuation: “Is goodwill a wasting asset?”

All’inizio del mese di settembre l’IVSC pone all’attenzione del contesto internazionale alcune problematiche valutative di particolare interesse in merito al goodwill. A causa delle numerose sollecitazioni ricevute, l’IVSC ha deciso di avviare alcuni approfondimenti che saranno trattati all’interno di tre pubblicazioni (“three-part article series”), che saranno parte degli *IVSC Perspectives Papers*. Tale iniziativa ha lo scopo di focalizzare l’attenzione su alcune tematiche direttamente collegate agli IVSs, fornendo informazioni di contesto di natura esplicativa e, in alcuni casi, supportando la *valuation community* con guide operative e casi di studio. Nel caso specifico l’obiettivo è chiarire l’effettiva compatibilità dei principi alla base delle metodologie valutative con il concetto di ammortamento dell’avviamento. In sostanza molti soggetti si stanno interrogando su tale aspetto e l’IVSC ha ritenuto tale dibattito così rilevante da pianificare la pubblicazione di una serie di tre paper che possano chiarire alcuni aspetti fondamentali a vantaggio di coloro che redigono il bilancio, dei revisori, degli utilizzatori e dei mercati finanziari. Le tematiche che verranno analizzate saranno focalizzate su tre aspetti, ritenuti fondamentali dall’IVSC:

1) chiarire l’effettiva natura dell’avviamento rispondendo alla seguente domanda: l’avviamento può essere qualificato come un “wasting asset” con una vita utile definita oppure come un *asset* a vita utile indefinita?

2) individuare il valore informativo del processo di impairment dell’avviamento per gli utilizzatori del bilancio in base all’attuale normativa e specificare se tale valore possa giustificare i costi di *compliance* sostenuti da coloro che redigono il bilancio;

3) specificare se l’attuale processo di impairment test possa essere migliorato al fine di aumentare il valore informativo per gli utilizzatori del bilancio senza costi aggiuntivi o comunque sostenendo costi di scarsa entità;

4) approfondire le eventuali conseguenze derivante da un cambiamento dall’attuale modello di impairment al concetto di ammortamento dell’avviamento.

Il primo paper, pubblicato di recente sul sito dell’IVSC, riguarda il primo

aspetto ovvero la natura del goodwill: la questione è se possa essere considerato dal punto di vista economico un “wasting asset”, e in tale ipotesi se la vita utile e la conseguente diminuzione del valore possa essere stimata e ragionevolmente motivata. Analizzando il contesto economico dell’operazione di *business acquisition* l’identificazione del goodwill quale *wasting asset* sembra essere in contraddizione con la sua natura specifica legata all’operazione stessa. Si tratta infatti, come noto, del valore residuale del prezzo pagato per gli *asset* tangibili e intangibili oggetto di identificazione nell’ambito dell’acquisizione del business. In tale ottica sembra quindi indubbio identificare il goodwill con la parte del business acquisito caratterizzata da una “perpetual growth” e quindi da una vita utile indefinita (“*going concern*”). Affermare che il goodwill ha una vita utile finita andrebbe pertanto in contraddizione con l’aspettativa di *going concern* legata ad ogni operazione di *business acquisition*.

Pur sostenendo *in primis* tale impostazione l’IVSC sostiene che debba comunque essere considerata anche la prospettiva opposta in base alla quale l’avviamento viene visto come il “*synergistic value*” di un’acquisizione e che tali sinergie possano realizzarsi in un periodo di tempo ben definito, costituendo quindi oggetto di stima. In base a tale ottica, per il principio di competenza, il periodo in cui le sinergie potranno realizzarsi può essere stimato e, di conseguenza, durante tale periodo il goodwill sarà oggetto di ammortamento. Un’ulteriore impostazione considerata nello studio dell’IVSC, pur riconoscendo la vita utile indefinita dell’avviamento, afferma che tale *asset* richieda un continuo investimento al fine di mantenerne il valore e la vita utile indefinita. Per tale investimento l’avviamento diminuirebbe nel tempo e quindi l’ammortamento, piuttosto che l’*impairment test*, potrebbero in maniera appropriata individuare e misurare tale riduzione di valore.

Il paper di IVSC ha l’obiettivo di “riconciliare” tali differenti approcci mediante due step: 1) la valutazione funzionale della natura del goodwill quale parte di una *business combination* e 2) l’analisi delle assunzioni alla base dei *deal models* e delle implicite assunzioni relative al goodwill. In sintesi dal primo step di analisi emerge che la maggior parte dei componenti del goodwill sono caratterizzati da vita utile indefinita. Il secondo step considera sia la prospettiva del goodwill quale driver principale di “perpetual cash flows” non riconoscendone quindi la natura di *wasting asset*, sia la prospettiva opposta. In tale ipotesi emerge tuttavia la difficoltà di motivare un’ampia parte dei flussi di cassa e di attribuirli in maniera appropriata ad *asset* specifici.

L’analisi dei *Deal Model Mechanics* supporta ulteriormente la tesi che l’avviamento non possa essere considerato un *wasting asset*. Al fine di dimostrare tale tesi l’IVSC fornisce esempi numerici dimostrando l’impossibilità di individuare un periodo ben definito per la realizzazione delle sinergie legate all’avviamento e chiarisce la tematica dei “*maintenance costs*”, spesso considerati indispensabili al fine di mantenere o aumentare il valore del goodwill nel tempo. Dall’analisi svolta, in particolare su tali aspetti, sembra che il goodwill non possa essere considerato un *wasting asset*: l’IVSC comunque per

completezza conclude lo studio affrontando anche la questione relativa alla durata del periodo in base al quale l'avviamento dovrebbe essere ammortizzato. Vengono analizzate e discusse alcune metodologie per effettuale tale calcolo ma lo studio conclude che tali risultati sono inconsistenti con la natura del goodwill, come emerge dall'analisi dei *deal models*, che peraltro non prendono in considerazione le differenze fra le aziende e i settori di attività.

L'IVSC quindi afferma che in base ad un'analisi funzionale dei componenti del goodwill e di come i business vengono valutati, anche in relazione al prezzo della transazione, l'avviamento non è un *wasting asset*. Tale tesi inoltre, secondo l'IVSC, è confermata dalle evidenze empiriche in relazione all'impairment test. In genere gran parte degli impairment segnalano svalutazioni rilevanti e irregolari derivanti da un evento particolare o da una ridotta serie di eventi particolari piuttosto che svalutazioni di minore entità che si presentano in maniera ricorrente nel tempo. Inoltre se il goodwill diminuisse in maniera rilevante nel tempo ci si dovrebbe aspettare una ampia presenza di impairment test per tutte le aziende in ogni settore: in realtà rispetto al goodwill totale rilevato nelle *business combinations* soltanto una piccola parte viene sottoposto a impairment.

Di prossima pubblicazione il secondo paper sul valore informativo dell'impairment test in base all'attuale normativa.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: <https://www.ivsc.org/news/article/is-goodwill-a-wasting-asset>

* * *

IVSC - Proposta di membership di SIDREA e Università degli Studi di Milano-Bicocca

In via di approvazione la proposta di membership quale componente accademico di IVSC presentata dalla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA) presieduta dal Prof. Stefano Marasca e dall'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Centro di Studi Aziendali, presieduto dal Prof. Andrea Amaduzzi. Tale iniziativa potrà consolidare un rapporto di collaborazione fra gli accademici e gli esperti di valutazione italiani con l'IVSC mediante la partecipazione ad attività promosse dall'associazione.

* * *

IVSC - Importanza della valutazione per la stabilità dei mercati finanziari

L'IVSC evidenzia l'importanza di "*robust and transparent valuations*" al

fine di assicurare la stabilità dei mercati finanziari conducendo un'interessante intervista a Ragveer Brar (Raj), Head of Traded Risk at the Bank of England. Il miglioramento in particolare della consistenza e della affidabilità della valutazione degli strumenti finanziari svolge un ruolo essenziale al fine di aumentare la fiducia verso le istituzioni finanziarie a livello globale. Diventa inoltre auspicabile un set unico di regole condivise nel contesto internazionale per l'attività di valutazione, in grado di generare evidenti benefici per i regulators, gli auditors e gli investitori, determinando inoltre un miglioramento della comparabilità delle informazioni economico-finanziarie. Interessanti riflessioni vengono poste sui possibili cambiamenti nei principi di valutazione in relazione alla riforma IBORs (*Interbank offered rates*), sui quali è prevista la pubblicazione di una guida operativa IVSC, e alla necessità che tali standard siano *principles-based* e non abbiano una natura prescrittiva.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: <https://www.ivsc.org/news/article/the-importance-of-valuation-to-financial-stability>

* * *

OIV - Business Valuation OIV Journal

L'Organismo Italiano di Valutazione annuncia l'avvio del Business Valuation OIV Journal (Biannual Journal of Organismo Italiano di Valutazione), caratterizzato dalla pubblicazione di articoli in lingua inglese. Si tratta di una rivista *open access* con Editor in-Chief, Prof. Mauro Bini e l'Editorial Board composto da membri provenienti dagli USA, Francia, Germania, UK e Singapore. Si tratta quindi di un passaggio importante per la rivista di OIV con ampia visibilità nel contesto internazionale, supportata anche dall'IVSC in quanto è consentita la consultazione sia dal sito di OIV (www.fondazioneoiv.it) che da quello di IVSC (www.ivsc.org).

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: <https://www.fondazioneoiv.it/oiv-journal/ultimo-numero/>

CORPORATE GOVERNANCE

ATTUALITÀ

Codice di Autodisciplina: prevista l'adozione di una nuova edizione.

Il Comitato per la Corporate Governance ha annunciato la definizione della *roadmap* per l'adozione di una nuova edizione del Codice di Autodisciplina che ha come obiettivo di *“offrire alle società quotate uno strumento di autodisciplina più snello e incisivo, che agevoli una più sostanziale applicazione delle best practice e risponda alle nuove sfide che emergono dall'evoluzione del mercato. In tale prospettiva, particolare enfasi verrà attribuita all'integrazione della sostenibilità, anche ambientale e sociale, nelle strategie, nella gestione dei rischi e nelle politiche di remunerazione delle società quotate e allo sviluppo di un più intenso dialogo tra queste ultime e i loro investitori e gli altri stakeholders rilevanti”*. L'approvazione della nuova edizione del Codice è prevista in occasione della riunione del Comitato di dicembre 2019.

Maggiori informazioni su: <https://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/ufficio-stampa/comunicati-stampa/2019/corporategovernance.htm>

* * *

Azione di classe e azione collettiva inibitoria: Assonime pubblica alcuni chiarimenti sulle disposizioni della Legge 12 aprile 2019, n. 3

L'Associazione fra le Società Italiane per Azioni in una propria Circolare ha recentemente illustrato il contenuto della legge 12 aprile 2019, n. 31 recante *“Disposizioni in materia di azione di classe “soffermandosi sulle modifiche rispetto alla disciplina anteriore contenuta nel Codice del consumo, discutendo le questioni aperte ed evidenziando alcuni aspetti che sollevano perplessità sul piano della coerenza del sistema delle garanzie per le imprese”*.

Maggiori informazioni su: <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/circolare-17-2019.aspx>

* * *

Regolamento Prospetto: pubblicate in Gazzetta Ufficiale le modifiche al Regolamento Emittenti

Lo scorso 21 luglio 2019 è divenuto applicabile il Regolamento (UE) 2017/1129 relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato e che abroga la Direttiva 2003/71/CE, noto come Regolamento Prospetto. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) ha approvato alcune modifiche al Regolamento 14 maggio 1999, n. 11971 (Regolamento Emittenti) al fine di adeguarlo al Regolamento Prospetto. Le novità riguardano:

- le definizioni e la normativa applicabile in relazione all'offerta al pubblico di sottoscrizione e vendita di prodotti finanziari (art. 3);
- la modalità di comunicazione alla CONSOB di coloro che, in qualità di offerente ed emittente, intendono effettuare l'offerta al pubblico (art. 4);
- il contenuto del prospetto d'offerta (art. 5);
- l'abrogazione di alcune disposizioni non coerenti con la disciplina del Regolamento Prospetto;
- la procedura di approvazione del prospetto e del supplemento (art. 8);
- il deposito e la pubblicazione del prospetto e del supplemento (art. 9);
- il regime linguistico del prospetto (art. 12);
- gli obblighi informativi (art. 13);
- l'introduzione di ulteriori disposizioni in tema di FIA chiusi (art. 13-bis);
- l'abrogazione di alcuni articoli in relazione alla disciplina dei FIA italiani e UE chiusi (artt. 23-26);
- i casi di inapplicabilità delle esenzioni (art. 34-ter);
- le regole per lo svolgimento dell'offerta;
- alcune disposizioni riguardanti l'ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato di strumenti finanziari comunitari e di quote o azioni di OICR (artt. 51 ss.).

Maggiori informazioni su: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/carica-DettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2019-08-05&atto.codiceRedazionale=19A04996&elenco30giorni=false

* * *

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: Assonime ha pubblicato una Circolare

L'Associazione fra le Società Italiane per Azioni ha illustrato in una

Circolare il contenuto del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 recante “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, che ha introdotto importanti misure per favorire l’emersione della crisi e la gestione tempestiva della stessa.

Maggiori informazioni su: <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/circolare-19-2019.aspx>

* * *

La BCE ha pubblicato un Report sul tempo che gli amministratori non esecutivi dedicano alla propria funzione.

Partendo dagli studi condotti sulle dichiarazioni effettuate nel 2018 da parte degli amministratori non esecutivi che operano nell’Area Euro, la Banca Centrale Europea (BCE) ha recentemente pubblicato un proprio documento intitolato “*Report on declared time commitment of non-executive directors in the SSM*”. La BCE richiama i principi enunciati nella Guida della BCE “*Guide to fit and proper assessments*”, che richiede agli amministratori non esecutivi di dedicare il “giusto tempo” allo svolgimento delle proprie funzioni.

Maggiori informazioni su: https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.report_on_time_commitment_of_non-executives~9cf492137e.en.pdf

* * *

Abusi di mercato: ESMA ha messo in consultazione un documento

ESMA ha emesso un documento di consultazione del regolamento sugli abusi di mercato (MAR), con riguardo a:

- l’opportunità di introdurre norme comuni sulla necessità che tutti gli Stati membri di prevedano sanzioni amministrative per abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato;
- la definizione di informazioni privilegiate;
- l’adeguatezza del divieto di negoziazione per le persone che assolvono responsabilità gestionali (PDMR);
- un possibile quadro di sorveglianza del portafoglio ordini tra mercati e il campo di applicazione delle disposizioni sui parametri di riferimento.

Maggiori informazioni su: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/mar_review_-_cp.pdf

* * *

Revisione contabile e organi di controllo interno nelle quotate: da Consob un richiamo di attenzione sulla qualità delle informazioni finanziarie come presupposto della fiducia del mercato

In occasione del convegno sul tema “La qualità dell’*audit*: quale ruolo per l’*Audit Committee*?” Consob ha chiamato a raccolta il mondo della revisione contabile e quello degli organi di controllo interno di società quotate, banche e assicurazioni, per portare all’attenzione di tutti gli operatori del settore l’importanza dell’informazione finanziaria di qualità come presupposto della fiducia di investitori e risparmiatori.

Nel convegno sono stati presentati i risultati di un sondaggio avviato l’inverno scorso dal Ceaob (*Committee of European Auditing Oversight Bodies*), l’organismo europeo di coordinamento tra le autorità di vigilanza sulle attività di revisione contabile, per agevolare le autorità nazionali nel monitoraggio sull’attività degli organi di controllo interno.

Consob ha fornito una rappresentazione degli indicatori di *audit quality*, che sulla base dell’esperienza internazionale possono risultare utili a migliorare la cultura della qualità dell’*audit* attraverso il confronto tra *audit committee* e revisori.

Maggiori informazioni su: http://www.consob.it/web/consob/dettaglio-news/-/asset_publisher/hZ774IBO5XPe/content/comunicato-stampa-27-09-2019/10194

* * *

Whistleblowing: il Consiglio UE ha approvato il testo della nuova Direttiva

Il Consiglio dell’Unione Europea ha recentemente approvato il testo della nuova Direttiva in materia di protezione degli individui che segnalano violazioni delle norme comunitarie (*whistleblowers*). La Direttiva prescrive agli Stati Membri che il recepimento delle disposizioni contenga come minimo:

- la creazione di canali sicuri per le segnalazioni, sia all’interno di organizzazioni sia all’interno delle pubbliche amministrazioni;
- la previsione di una gerarchizzazione dei canali di segnalazione a cui il *whistleblower* può ricorrere;
- una tutela rafforzata per i *whistleblowers* contro le ritorsioni;
- obblighi di feedback per le autorità e le imprese che prevedono che tali soggetti diano seguito alle segnalazioni ricevute entro tre mesi dalla ricezione stessa

Maggiori informazioni su: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-78-2019-INIT/en/pdf>

* * *

Operazioni con parti correlate: Consob pubblica un documento di consultazione per ol recepimento in recepimento della direttiva (UE) 2017/828 (Shareholder Rights Directive 2)

Consob si appresta ad adottare le modifiche al regolamento sulle operazioni con parti correlate, al regolamento mercati e al regolamento emittenti in materia di trasparenza delle remunerazioni, dei gestori degli attivi e dei consulenti in materia di voto in recepimento della direttiva (UE) 2017/828 (*Shareholder Rights Directive 2*) che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

Per completare il processo di attuazione della direttiva, la Consob ha pubblicato un documento in consultazione. Le osservazioni al documento di consultazione dovranno pervenire entro il 1° dicembre 2019 *online* per il tramite del SIPE - Sistema Integrato Per l'Esterno.

Maggiori informazioni su: http://www.consob.it/web/consob/dettaglio-news/-/asset_publisher/hZ774IBO5XPe/content/documendo-di-consultazione-del-31-ottobre-2019-recepimento-direttiva-shareholder-rights/10194

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMMERCIALE

NUOVI CONTESTI DI RESPONSABILITÀ NELLA REVISIONE LEGALE DEI CONTI

di FRANCESCO SALERNO

1. Introduzione.

Proponendosi di ovviare al problema della tardiva emersione della crisi dell'impresa, il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 — che come noto ha riformato in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, approvando il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” — ha introdotto una serie di novità, ad iniziare da quelle in tema di “misure di allerta” e di adeguatezza degli assetti organizzativi, funzionali alla tempestiva rilevazione della crisi. In quest'ambito, organi di gestione, organi di controllo e soggetti anche esterni all'impresa, sono stati onerati di tutta una serie di (nuovi) doveri, di verifica e di segnalazione, che hanno interessato — tra gli altri — i revisori legali dei conti, ai quali la nuova disciplina ha in particolar modo imposto di verificare, in considerazione delle proprie funzioni e tenuto conto del tempestivo scambio di informazioni di cui all'art. 2409 *septies* c.c., che l'organo amministrativo valuti costantemente se l'assetto organizzativo dell'impresa risulti adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il presumibile andamento della gestione, prevedendo altresì doveri di immediata segnalazione al ricorrere di fondati indizi della crisi. Si collega poi a questa nuova disciplina la modifica dell'art. 2477 c.c., che ha previsto la nomina del revisore, o in alternativa dell'organo di controllo, da parte anche delle società a responsabilità limitata e cooperative di più ridotte dimensioni.

Mentre l'esplicitazione di questi doveri potrebbe indurre ad una differente raffigurazione dei ruoli e delle responsabilità del revisore, per quanto i primi attenti commenti in dottrina non siano in tal senso (BENAZZO, 293 ss.), a rendere per altro verso attuale il tema dei rischi professionali dei controllori sono le numerose azioni risarcitorie che si stanno susseguendo a motivo della nuova architettura del sistema bancario, che nello stabilire che le conseguenze della crisi delle banche debbano ricadere anzitutto su azionisti e creditori subordinati (c.d. *burden sharing*) ha sostituito la logica del ripiana-

mento delle perdite mediante ricorso agli aiuti di stato con le ordinarie dinamiche del risarcimento e del mercato, in tal modo ponendo le premesse, nelle ipotesi di dissesto, per l'avvio anche in questo settore di azioni giudiziarie nei confronti delle funzioni di gestione e di controllo, ivi compresi i revisori. Tant'è che, non a caso, sono oramai numerose le iniziative giudiziarie dei risparmiatori che addebitano a questi ultimi di aver ingenerato affidamento in merito alla solidità economica di realtà bancarie invece in crisi.

L'interesse che tutto questo sta suscitando attorno al tema della responsabilità civile del revisore è peraltro accresciuto da ulteriori recenti novità, quali ad esempio la legge 12 aprile 2019, n. 31, recante la nuova disciplina della *class action*, rispetto alla quale è ancora presto per poter delineare gli scenari che ne potranno seguire, ma senza che sia per questo difficile presagire il rischio di ulteriori aggravii per il mondo della revisione. Come pure sono da ricordare, a riprova di una manifesta tendenza ad ampliare gli ambiti di responsabilità di questa funzione, taluni recenti approcci interpretativi che a fronte di vecchie questioni, quali ad esempio quella riguardante i rapporti di regresso tra amministratori e revisori ovvero, sempre ad esempio, quella riguardante l'applicabilità a questi ultimi della c.d. responsabilità da prospetto, hanno propugnato soluzioni — che si commenterà *infra*, ai §§ 5 e 8 — per nulla favorevoli al revisore.

In questo contesto, che lascia intendere rischi sempre maggiori per un'attività tra le più complesse, le future prospettive della revisione legale dei conti stanno suscitando grande interesse da parte soprattutto dei professionisti, in molti casi interessati a ricoprire il ruolo in realtà anche di modeste dimensioni, a seguito di quanto stabilito dal nuovo art. 2477 c.c. Un interesse a fronte del quale è sembrato opportuno ripercorrere le responsabilità civili da mettere in conto, partendo dalla disciplina e senza alcuna pretesa se non quella di una descrizione dei principali orientamenti in giurisprudenza e dottrina, a beneficio — dal che anche la destinazione a questa *Rivista* — della professione tipicamente coinvolta.

2. L'evoluzione normativa (e l'ipotesi di una limitazione della responsabilità).

La prima disposizione del nostro ordinamento ad essersi occupata della responsabilità civile del revisore è stata l'art. 12 del d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136, che ha introdotto i due fondamentali aspetti da allora in poi riscontrabili nella disciplina: la *duplicità* della responsabilità del revisore, verso la società che ha conferito l'incarico e verso i terzi, e la *solidarietà* della società di revisione con i soggetti che hanno firmato la relazione e che hanno materialmente svolto le procedure di revisione.

I contenuti dell'art. 12, da leggere in connessione al precedente art. 1, co. 4, per il quale “[a]lle società di revisione si applicano le disposizioni del comma

1 dell'art. 2407 del cod. civ.", riguardante la responsabilità dei sindaci delle società per azioni, sono stati poi trasfusi nell'art. 164 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF). Per quanto la norma non avesse modificato la sostanza dell'art. 12, l'entrata in vigore del TUF aveva comunque novato la materia.

Quando poi il diritto delle società è stato organicamente riformato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, tra le tante altre cose è stata introdotta una nuova disciplina della revisione legale, integrativa di quella riguardante le società con azioni quotate nei mercati regolamentati. Con specifico riguardo al problema della responsabilità gli interventi si limitavano tuttavia alla fissazione di un unico termine prescrizione di cinque anni a decorrere dalla cessazione dell'incarico, lì dove in precedenza lo si riteneva soggetto ad un diverso trattamento a seconda del tipo di azione esercitata; la previsione, inserita nell'art. 2409-*sexies* c.c., di una responsabilità del revisore per danni derivanti dall'inadempimento dei propri doveri, mentre invece l'art. 164 TUF faceva (anche) riferimento ad una responsabilità dipendente "da fatti illeciti"; l'identificazione, per effetto anche delle modifiche all'art. 2407 c.c., della diligenza professionale quale *standard* comportamentale cui parametrare la responsabilità del revisore (v. *infra*, § 3).

Al di là di questi secondari aspetti, la responsabilità del revisore manteneva così le sue fondamentali connotazioni, non avendo tra l'altro la riforma del 2003 dato spazio alle istanze di derivazione comunitaria riguardanti l'opportunità di prevedere dei tetti al danno risarcibile. Anche questa volta il legislatore aveva infatti preferito non considerare che nei giudizi di responsabilità i revisori sono spesso chiamati a rispondere in via solidale di danni alla cui produzione hanno in molti casi concorso solo in minima parte, con ricadute tanto sulla crescita delle piccole società di revisione, solitamente incapaci di dotarsi di adeguate coperture assicurative che i soli operatori globali riescono a gestire ricorrendo a sofisticati modelli mutualistici, quanto sulla concorrenzialità e sulla tenuta stessa del sistema (come riprovato, in ultimo, dal caso Arthur Andersen, che fallita a seguito delle note vicende Enron ha ridotto a quattro, le c.d. "*big four*", il numero dei grandi operatori della revisione a fronte delle otto multinazionali attive negli anni 70-80). Ad enfatizzare questi aspetti era stata peraltro la Commissione europea, con l'avvio di una pubblica consultazione che nel 2007 aveva suggerito la fissazione di limiti entro cui chiamare a rispondere i revisori, e di lì a poco lo stesso Parlamento Europeo con la Risoluzione 10 marzo 2009. In senso contrario una parte della dottrina aveva tuttavia sostenuto che una limitazione della responsabilità avrebbe (i) svilito la funzione deterrente (GIUDICI [1], 965; AMATUCCI, 868); (ii) incentivato le società di revisione a risparmiare sui costi a discapito di un livello ottimale di qualità (VIOLANTE, 662); (iii) ostacolato la

concorrenza, avvantaggiando le grandi società di revisione destinatarie di maxi-condanne (RONDINELLI, 633). Ad alimentare l'atteggiamento critico di questa parte della dottrina avevano peraltro contribuito considerazioni di altro genere, riguardanti quello che da sempre viene considerato un 'punto debole' dell'attività di revisione, consistente nel fatto che il revisore è scelto e remunerato dalla società revisionata. Circostanza addirittura ritenuta "peccato originale" del rapporto tra società e suo revisore, tanto da aver indotto molti a caldeggiare la soluzione proposta nella Prima Commissione di studio per la riforma della legislazione sulle S.p.A., presieduta dal prof. Francesco Santoro Passarelli, ove si ipotizzava che la nomina del revisore e la determinazione del suo compenso (pur sempre a carico della società revisionata) dovessero spettare all'organo di vigilanza (AMATUCCI, 881).

Che la limitazione della responsabilità rappresenti una scelta degna di considerazione sembrerebbe comunque confermato dalle esperienze di altri paesi. Ad esempio, in Austria si prevede un massimale differente a seconda che la società revisionata sia una *small or medium-sized company* ovvero una *large company*, mentre in Belgio e Germania il massimale cambia a seconda che la società revisionata sia quotata o meno (GIETZMANN-QUICK, 81). Nel Regno Unito, invece, il *Company Law Reform Bill* del 2005 ha previsto la possibilità per *auditor* e società revisionate di stipulare un *liability limitation agreement*, che non può però stabilire *cap* fissi o determinabili in un importo fisso (ad es. multiplo del compenso) ma soltanto una quota percentuale della responsabilità del revisore sull'intero danno eventualmente accertato. Uno *statutory cap* è inoltre utilizzato anche in Grecia, Polonia, Romania, Bulgaria, Cipro, Repubblica Slovacca. La previsione di una limitazione della responsabilità è adottata anche in alcuni paesi extraeuropei come Australia e Canada, nei quali il danneggiante non è tenuto a risarcire il danno che ecceda la misura di un *cap*. In Ontario, con l'*Ontario Security Act*, si è invece stabilito un sistema misto, che consente al revisore di rispondere per l'importo inferiore tra porzione del danno imputatagli, compensi percepiti da revisore e suoi affiliati nei dodici mesi precedenti la violazione e un ammontare definito per legge in misura fissa (PRESTI, 170). L'esigenza di prevedere un diverso regime di responsabilità dei revisori legali è stata avvertita anche negli Stati Uniti che, nel 1995, hanno introdotto con il *Private Securities Litigation Reform Act* un interessante modello basato sulla *proportionate liability*.

La consapevolezza di queste diverse esperienze, e le pressioni del mondo della revisione, non sono tuttavia bastare per un cambio di direzione neppure nel momento in cui — in attuazione della direttiva 2006/43/CE — la disciplina della revisione è stata interessata da una complessiva rivisitazione. Invero, introducendo una sorta di testo unico della revisione legale il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, ha unificato in un unico corpo normativo le previsioni prima contenute in diverse leggi. In questo testo, la responsabilità civile del revisore è stata disciplinata in maniera unitaria dall'art. 15, che ha preso il posto degli abrogati art. 2409-sexies c.c. e 164 TUF. Il raffronto tra le disposizioni

abrogate e la nuova norma fa emergere talune diversità. A differenza delle disposizioni abrogate, che si riferivano al revisore ed alla società di revisione al singolare, l'art. 15 — presumibilmente per ricomprendere l'ipotesi di un danno che abbia visto la partecipazione causale di più revisori, persone fisiche o società, come potrebbe aversi in presenza di un revisore principale e di un revisore secondario ovvero nel caso di revisori succedutisi nell'incarico — parla invece di “revisori legali” e “società di revisione legale”, al plurale (co. 1); afferma la responsabilità solidale dei responsabili della revisione e dei dipendenti per i danni conseguenti da inadempimenti o fatti illeciti, con la precisazione — non rinvenibile nelle abrogate disposizioni — che gli stessi “sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato” (co. 2) (v. *infra*, § 9); prevede che l'azione contro il revisore si prescrive nel termine di cinque anni a decorrere, anziché dalla cessazione dell'incarico, come per i titolari di cariche sociali, dalla data della relazione di revisione sul bilancio di esercizio e consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento (co. 3); non contiene alcun riferimento all'art. 2407 c.c., cui invece gli abrogati artt. 2409-*sexies* c.c. e 164 TUF, quest'ultimo per come modificato dalla riforma del diritto societario, rimandavano espressamente.

Le modifiche così introdotte dal d.lgs. 39/2010 non hanno tuttavia inciso sulla sostanza della disciplina (pur avendo, sotto taluni profili, alimentato incertezze: v. *infra*, §§ 9 e 10). Né cambiamenti sono stati successivamente introdotti dal d.lgs. 17 luglio 2016, n. 135, che portando a compimento l'*iter* di recepimento della direttiva 2014/56/UE ha rafforzato la disciplina sul piano dei controlli di qualità, dell'indipendenza e dell'obiettività nello svolgimento dell'incarico, ma senza intervenire, perlomeno in modo diretto, sul tema della responsabilità civile.

3. Natura dell'attività e ruolo dei principi di revisione.

Questa evoluzione legislativa è stata sempre accompagnata da incertezze in merito all'effettiva natura dell'attività di revisione. A rendere non agevole la qualificazione avendo tra l'altro contribuito la circostanza che l'attività di revisione può essere svolta tanto da un revisore persona fisica quanto da una società nell'ambito della quale una molteplicità di professionisti sono a loro volta chiamati a prestare la propria opera in forma organizzata. Invero, secondo una prima tesi l'incarico di revisione integrerebbe un contratto di prestazione d'opera intellettuale disciplinato dall'art. 2229 c.c., anche qualora conferito ad una società di revisione. Secondo altra opinione, si tratterebbe invece di un contratto di appalto di servizi regolato dall'art. 1655 c.c. Secondo altra ancora, il contratto di revisione integrerebbe un contratto di mandato con applicazione dell'art. 1703 c.c. Infine, è stato anche sostenuto trattarsi di un contratto atipico. La tesi preferibile sembrerebbe tuttavia la prima, anche

perché l'esercizio dell'attività di revisione richiede l'iscrizione ad un registro, il possesso di specifici requisiti di onorabilità, il possesso di una laurea almeno triennale tra quelle individuate dal MEF, lo svolgimento di un tirocinio e il superamento di un esame professionale (art. 2, d.lgs. 39/2010). Peraltro, anche nel caso di esercizio in forma societaria permane pur sempre la responsabilità professionale dei singoli revisori che hanno concretamente svolto l'incarico.

Il parametro per determinare il contenuto dell'obbligazione e per valutare se la prestazione del revisore sia stata svolta in maniera esatta, in conformità al dovuto, andrebbe quindi ricercato nell'art. 1176 c.c., in tema di diligenza, e specificamente nel co. 2 di questa norma, che prendendo in considerazione lo svolgimento di un'attività professionale stabilisce che la diligenza debba valutarsi con riguardo "alla natura dell'attività esercitata" (co. 2). Ciò comportando, in primo luogo, che per determinare la condotta pretendibile dal professionista si deve avere riguardo alle regole tecniche, nel senso cioè che il professionista non può essere ritenuto responsabile qualora risulti aver diligentemente applicato le regole che ne governano l'attività. La natura professionale dell'incarico dovrebbe peraltro implicare l'applicazione dell'art. 2236 c.c., in base al quale — come noto — quando al professionista è richiesto un impegno intellettuale superiore a quello medio l'inadempimento comportante una sua responsabilità sarebbe solo quello dipendente da dolo o colpa grave. Ma per la dubbia natura dell'attività di revisione, l'applicazione di questa speciale disciplina non è tuttavia pacifica. Secondo parte della dottrina l'applicazione al revisore dell'art. 2236 c.c. dovrebbe infatti essere esclusa (MAGGIOLINO [2], 569), anche perché, tenuto conto della specifica preparazione e qualifica richiesta, non sarebbe possibile ravvisare situazioni di tale complessità da giustificare la limitazione stabilita da questa disciplina. Analogamente, anche la giurisprudenza, in alcune pronunce riguardanti l'attività delle società di revisione, ne ha escluso l'applicazione in considerazione della "necessaria organizzazione d'impresa" con la quale tali società operano, riconoscendo però che "possono in tesi proporsi specifiche questioni particolarmente complesse e tali da superare l'accennato rapporto fra struttura per così dire istituzionale delle società di revisione e problemi tecnici da risolvere" (Trib. Milano, 18.06.1992).

Ferme restando queste incertezze, certo è, in ogni caso, che se — come appena ricordato — per determinare la condotta pretendibile dal professionista si deve avere riguardo alle regole tecniche che ne governano l'attività, con riferimento all'attività del revisore un rilievo primario è assunto dai *principi di revisione*.

Al riguardo la previgente regolamentazione attribuiva specifico rilievo ai principi emanati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri e raccomandati dalla Consob (Delibera Consob n. 1079, 8 aprile 1982). Questi principi definivano le modalità secondo le quali doveva svolgersi l'attività del revisore. Per quanto riguarda la loro natura, erano però relegati

al rango di regole professionali di comportamento idonee ad integrare il contenuto precettivo di norme giuridiche (BONELLI, 986). In quanto tali non erano perciò ritenute alla stregua di regole la cui osservanza potesse mettere il revisore al riparo da contestazioni, quanto piuttosto dei semplici “suggerimenti di condotta” (SALAFIA [1], 1184; Trib. Torino, 18.9.1993). Di conseguenza, anche agendo nel loro pieno rispetto, il revisore non poteva essere sicuro di sottrarsi ad un’azione di responsabilità: dottrina e giurisprudenza consideravano infatti il rispetto di tali regole alla stregua di un mero indizio, ma non di una prova, dell’esatto adempimento dei propri obblighi da parte del revisore. A proposito, poi, della non sufficienza del rispetto dei principi, la stessa Consob — per scongiurare la responsabilità — aveva invitato le società di revisione ad effettuare in determinati casi, come ad esempio in presenza di operazioni atipiche in prossimità della chiusura dell’esercizio, controlli aggiuntivi (Comunicazione Consob, 31.3.1993). Al revisore era inoltre richiesto di valutare se lo specifico principio di revisione fosse idoneo a soddisfare le esigenze che venivano a rilevanza nel caso concreto.

Questa impostazione, che relegava i principi di revisione nel novero dei meri suggerimenti, è stata definitivamente superata con il d.lgs. 39/2010. Invero, l’art. 11 del suddetto decreto, nel testo modificato a seguito del recepimento della direttiva 2014/56/UE, stabilisce espressamente che la revisione legale deve essere svolta “in conformità ai principi di revisione internazionali adottati dalla Commissione europea”. Non essendo però questi principi stati ancora adottati mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea, sulla base dell’art. 11, co. 2, “la revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione elaborati, tenendo conto dei principi di revisione internazionali, da associazioni e ordini professionali congiuntamente al Ministero dell’economia e delle finanze e alla Consob e adottati dal Ministero dell’economia e delle finanze, sentita la Consob”. Sono stati intanto adottati i Principi di revisione ISA (*International Standards on Auditing*) Italia.

I principi di revisione identificano gli obiettivi del revisore e definiscono le regole di comportamento, e sarebbe dunque precluso al revisore discostarsi dai principi di revisione internazionali, anche qualora lo ritenga opportuno (STRAMPELLI, 144), essendo stato al riguardo sostenuto che, in forza del dettato dell’art. 11, co. 1, d.lgs. 39/2010, l’inosservanza degli ISA adottati dalla Commissione Europea possa dare luogo di per sé ad un illecito imputabile al revisore (Circolare Assonime n. 16, 3.5.2010, 50 ss.). Il revisore dovrebbe pertanto essere considerato inadempiente ogniqualvolta risulti non aver applicato (o applicato erroneamente) i principi di revisione e siano derivate conseguenze sulla correttezza del giudizio espresso nella relazione, mentre non dovrebbe essere considerato responsabile, e questo anche in presenza di un giudizio errato, qualora malgrado la diligente applicazione dei principi di revisione non abbia potuto identificare fatti o errori riflessi nel bilancio di esercizio. Occorre comunque precisare che, l’applicazione degli ISA adottati

dalla Commissione Europea da parte del revisore non sarebbe sufficiente ad escludere del tutto la sua responsabilità, il loro rispetto non determinando una presunzione assoluta di diligenza ma solamente relativa, consentendo semmai di ridurre il rischio per il revisore di essere ritenuto responsabile (Circolare Assonime n. 16/2010, 51).

Vi è peraltro chi ha sostenuto che il revisore, pur agendo nel pieno rispetto dei principi potrebbe non andare esente da colpa, in quanto il parametro della diligenza professionale va “integrato anche dagli elementi della negligenza e/o imprudenza” (DE NADAI, 404). Tale negligenza potendo in ipotesi “dipendere dal modo in cui si è adempiuto complessivamente all’incarico” (STRAMPELLI, 144; Circolare Assonime n. 16/2010, 51).

4. L’oggetto dell’attività e il problema delle frodi.

Ai fini della delimitazione degli ambiti di responsabilità, ad assumere particolare rilievo è — tra l’altro — l’identificazione degli obiettivi dell’attività di revisione.

Invero, il contenuto dell’attività di revisione legale è illustrato all’art. 14 del d.lgs. 39/2010 e si articola nei compiti di *verifica periodica della contabilità* e di *redazione della relazione sul bilancio*. L’attività di revisione si conclude, infatti, con la redazione di una apposita relazione preceduta dalla verifica, nel corso dell’esercizio, “della regolare tenuta della contabilità sociale” e della “corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili”. Se queste sono le funzioni generali, è peraltro possibile che l’incarico affidato al revisore preveda ulteriori compiti, come, ad esempio: (a) il rilascio di specifici pareri (si pensi ad es. al parere sul valore della liquidazione delle azioni in caso di recesso del socio *ex artt. 2437 ter c.c.*, al parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni, in caso di aumento di capitale *ex art. 158 TUF*, a quello sulla distribuzione di acconti sui dividendi *ex art. 2433-bis*, co. 5, c.c.); (b) la verifica della continuità aziendale; (c) la redazione della relazione sulla realizzazione dell’affare cui è destinato il patrimonio separato *ex art. 2447-ter*, co. 1, lett. f, c.c.; (d) la redazione della relazione accompagnatoria al bilancio finale di liquidazione *ex art. 2492*, co. 2, c.c. Attività specifiche sono poi richieste nel caso della revisione legale di un bilancio consolidato, nel qual caso il revisore è chiamato ad effettuare, tra l’altro, una valutazione del lavoro svolto da eventuali altri revisori (art. 10 *quinquies*, co. 2, introdotto dal d.lgs. 135/2016). Al revisore del gruppo è inoltre richiesto di conservare la documentazione relativa “alla natura, alla tempistica ed alla estensione” del lavoro svolto dai revisori delle società controllate, nonché quella relativa al riesame eventualmente svolto.

Obiettivo dell’attività di revisione è quindi lo svolgimento delle predette attività in applicazione dei principi di revisione. Attività che secondo alcuni implicherebbero un controllo di natura sostanziale, diretto cioè ad appurare

che la contabilità sociale abbia “registrato esattamente la realtà empirica delle operazioni societarie” (ROSSI, 152. V. anche BUSSOLETTI [1], 44; FORTUNATO [1], 818; BONAVERA, 316; in giurisprudenza Tar Lazio, 21.03.1997; Trib. Milano, 4.11.2008; Trib. Milano, 25.7.2008), secondo altri di tipo formale, rilevando la sola correttezza formale delle scritture contabili e non dovendo il revisore andare “oltre le carte” (SASSO, 1031; in giurisprudenza, Trib. Napoli, 18.3.1995; Trib. Milano, 15.7.1982).

Strettamente legato a questo della natura formale o sostanziale del controllo di revisione è il tema della scoperta delle frodi o di altre irregolarità perpetrate dagli amministratori o dai dipendenti della società revisionata. Invero, il rischio di condotte fraudolente e l'aspettativa che a porre freno a queste condotte siano gli organi di controllo, compresi i revisori, induce molti a ritenere che l'attività del revisore ricomprenda tipicamente la ricerca di queste frodi, sull'assunto che la verifica del revisore non debba essere solamente formale dovendo questi farsi carico di “ricercare e/o scoprire le frodi, ossia quei dati contabili che risultino falsi rispetto alla realtà empirica dei fatti di gestione” (ROSSI, 148).

In realtà, tale accertamento non è l'obiettivo dell'attività del revisore, dovendosi anzi escludere la possibilità di “equiparare il ruolo dei revisori a quello d'investigatori che, in certo qual modo, nell'espletamento della loro attività devono presumere (e pertanto vanno alla ricerca di) frodi perpetrate dagli amministratori” (SANGIOVANNI [1], 366). L'accertamento delle frodi, peraltro, può talvolta risultare al revisore addirittura precluso, vuoi per la natura “a posteriori” del suo controllo sui documenti contabili rispetto ai fatti di gestione ormai già verificatisi, vuoi per la scarsa incisività dei suoi poteri istruttori). Il revisore che non scopre eventuali frodi non può perciò ritenersi, sol per questo, inadempiente, l'individuazione degli errori contabili intenzionalmente procurati ponendosi al di là dello *standard* di diligenza del professionista medio della revisione (BOSTICCO, 616). In altre parole, la frode non scoperta, perché abilmente occultata, non è di per sé motivo di responsabilità, anche se “al di là di questi limiti il revisore non può sottrarsi al ruolo di *gatekeeper* dell'affidabilità della rappresentazione contabile” (MONTALENTI, 295). Non c'è dubbio, infatti, che vi siano casi in cui il revisore possa e debba scoprire la frode, essendo possibile che lo stesso “si imbatta” in evidenze della stessa (COLOMBO [1], 408) ovvero che l'accertamento della falsità rappresenti il naturale esito dei controlli eseguiti a “regola d'arte” (FORTUNATO [1], 818).

Che la ricerca delle frodi non rappresenti l'oggetto tipico dell'attività di revisione non equivale comunque a dire che il rischio frodi non rappresenti un aspetto rilevante che il revisore deve aver sempre presente nello svolgimento della propria attività. Non a caso, i principi di revisione riservano specifica rilevanza a tale possibilità, proponendo, con l'ISA Italia n. 240, una guida in merito alla condotta da seguire qualora lo svolgimento della normale attività abbia fatto emergere la possibile esistenza di frodi.

Al riguardo, l'ISA 240 sancisce anzitutto che “la successiva scoperta nel

bilancio di un errore significativo dovuto a frodi non indica di per sé che la revisione contabile non sia stata svolta secondo i principi di revisione". In alcuni casi, infatti, le procedure di revisione possono rilevarsi inefficaci nell'individuare gli errori significativi conseguenti a comportamenti di collusione. Il revisore dovrà perciò applicare le verifiche previste da questo principio qualora nell'espletamento delle ordinarie procedure di revisione sulla contabilità sociale rinverga il rischio di erronei effetti contabili derivanti (non da semplice errore bensì) da comportamenti intenzionali. La specificità di questa situazione risiede evidentemente nel fatto che in tal caso il rischio di non identificare un errore "è maggiore rispetto a quello di non rilevare un errore significativo derivante da comportamenti od eventi non intenzionali". E questo per la semplice ragione che la verità sottostante ai fatti è spesso conosciuta "soltanto da coloro che pongono concretamente in essere tali fatti, vale a dire gli organi della direzione aziendale" (LAGANÀ, 89), dovendosi perciò ammettere che molto spesso "le procedure di revisione sono oggettivamente inefficaci nell'individuare errori conseguenti a comportamenti od eventi intenzionali occultati" (FACCI, 2025). La consapevolezza di tutto questo deve comunque indurre il revisore ad avere sempre presente il rischio di condotte fraudolente, dovendo ciò indurlo ad utilizzare, in ogni momento della propria attività professionale, il criterio dello *scetticismo*, delineato nel principio di revisione 200 e che l'art. 9 del d.lgs. 39/2010, poi modificato dal d.lgs. n. 135/2016, ha elevato a rango di legge.

In conclusione, se è vero che in alcune circostanze che generino il dubbio di frodi (alcune individuate dal principio ISA 240) il revisore ha il dovere di approfondire l'indagine, ciò non comporta che la ricerca del vero debba essere considerata *in obligatione* per lui, mancando riferimenti normativi da cui desumere obblighi con tale contenuto (CARATTOZZOLO, 1220). Tuttavia, se le irregolarità o le frodi sono rilevate o rilevabili in base ad una diligente attività allora il revisore ha il dovere di segnalarlo e naturalmente di valutare l'impatto sull'informativa di bilancio. Deve in ogni caso trattarsi di situazioni di cui il revisore viene a conoscenza nell'esercizio delle competenze attribuitegli dal d.lgs. 39/2010, senza dover svolgere un'attività investigativa *ad hoc*.

5. Sussidiarietà e regresso.

Ferma questa delimitazione dei doveri, vi è a questo punto da dire che in alcuni casi gli inadempimenti del revisore possono essere a lui imputabili in modo esclusivo, come nel caso, ad esempio, del c.d. "eccesso di rigore", del revisore cioè che erroneamente esprima un giudizio negativo su un bilancio invece attendibile, ovvero nell'ipotesi della violazione di taluni suoi obblighi "propri", quali quelli riguardanti i rapporti con le autorità di vigilanza (SALERNO [3], 820), la verità delle attestazioni, le regole che il revisore è tenuto a rispettare in tema di riservatezza e segreto. Responsabilità esclusive del

revisore sono immaginabili anche nell'ipotesi dello scioglimento dell'incarico, in caso — sempre ad esempio — di dimissioni ingiustificate o di proposte di risoluzione consensuale supinamente accettate senza valutare le ragioni sottese e le eventuali negative conseguenze dell'avvicendamento (SALAFIA [3], 7 ss.; SALERNO [2], 1416 ss.).

Di queste eventuali inosservanze il revisore risponde in modo proprio, le stesse non dipendendo da (e non presupponendo) inadempienze di altri soggetti. Ma al di là di queste eccezioni, a contraddistinguere la responsabilità del revisore è di regola il carattere composito del fatto generatore del danno, da cui tra l'altro discende la natura *solidale* e *sussidiaria* della responsabilità del revisore rispetto a quella degli amministratori. Il connotato della solidarietà, in particolare, risponde ad esigenze di maggior tutela dei terzi, garantendo infatti la solidarietà un esperimento meno difficoltoso dell'azione da parte dei terzi, con effetti di pressione anche psicologica e di maggiore responsabilizzazione (SANGIOVANNI [1], 365; SANGIOVANNI [2], 539; BONELLI, 973). La sussidiarietà si ricollega invece al fatto che, essendo compito del revisore verificare la corretta rilevazione dei dati contabili e l'attendibilità del bilancio della società, la responsabilità disciplinata dall'art. 15 rappresenta nella sostanza una fattispecie a formazione progressiva. Per sua natura, infatti, il danno cagionato da una rilevazione scorretta dei dati contabili e dalla redazione di un bilancio non veritiero è *in primis* imputabile agli amministratori e solo di riflesso, per effetto del loro mancato controllo, ai revisori. In effetti, un dato ineludibile, che non può essere trascurato, è la diversità dei ruoli degli amministratori e dei revisori, che non consente certo di mettere i primi sullo stesso piano di “chi è chiamato a controllare e a pronunciarsi esclusivamente sulla sostanziale correttezza del bilancio rispetto al quadro delle regole di riferimento” (SPIOTTA [1], 705). Tale diversità è incontrovertibile anche in giurisprudenza, che a tal proposito sottolinea — tra l'altro — che “la tenuta della contabilità e la formazione del bilancio restano pur sempre attività proprie degli amministratori” (Cass. 7 maggio 2015, n. 9193) e che, pertanto, poiché l'attività di revisione “attiene sempre ad una fase successiva alla formazione del bilancio”, qualsiasi ipotetico danno connesso a pretese irregolarità del bilancio “ha come prima causa efficiente la condotta degli amministratori e sindaci che quel bilancio hanno concorso a formare” (Trib. Roma, 24.7.2002).

Non a caso, d'altra parte, nell'affrontare il problema dei rapporti di regresso tra amministratori e revisori, che com'è facile intuire ripropone quello del regresso nei rapporti tra amministratori e sindaci, la dottrina ha solitamente sostenuto l'inammissibilità di una rivalsa da parte dell'amministratore, ritenendo inimmaginabile una responsabilità maggiore di chi è chiamato a (solo) controllare rispetto a chi, con la propria condotta, è stato artefice della gestione. La rivalsa opererebbe così “a senso unico”, dato che i revisori potrebbero agire in regresso verso gli amministratori ma non sarebbe

consentito il contrario (AMATUCCI, 870; con riferimento alla analoga posizione dei sindaci, CAVALLI, 178; TEDESCHI, 358).

Senza scardinare le prospettazioni di quest'impostazione, una recente dottrina ha tuttavia tenuto a precisare che la tesi del regresso "a senso unico" potrebbe talvolta rivelarsi non corretta, non dovendosi escludere, ad esempio, la possibilità di un'azione di regresso dell'amministratore non esecutivo nei confronti del revisore reo di non essersi ravveduto dell'inadeguatezza del sistema di controllo interno della società, potendosi al riguardo immaginare poteri di controllo e di ispezione dei revisori più ampi ed incisivi rispetto a quelli spettanti agli amministratori non esecutivi [FORMISANI, 59]. Ma, per quanto questa tesi non manchi di una sua apparente ragionevolezza, vi è da dire che forse non tiene conto del fatto che, ove si tratti di situazioni rispetto alle quali taluni componenti del consiglio di amministrazione dovessero poter invocare l'assenza di adeguati poteri, la questione della loro eventuale responsabilità andrebbe affrontata e risolta a monte, nel senso di una completa non imputabilità del danno, come ritenuto ad esempio da Trib. Verona, 31.10.2013 (che escludendo l'esistenza di specifici doveri degli amministratori non esecutivi riguardo al controllo contabile ha ritenuto, riguardo a questo specifico aspetto, di non poter affermare una responsabilità concorrente di questi ultimi rispetto a quella degli amministratori esecutivi e del collegio sindacale), e come anche desumibile da Cass. 31.08.2016, n. 17441 (che ha in generale riconosciuto che "la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva"). Ove invece una responsabilità degli amministratori non esecutivi risultasse configurabile si tratterebbe, per forza di cose, di una responsabilità dipendente dall'appartenenza all'organo collegiale, le responsabilità del quale non potrebbero certo essere ridotte a motivo della condotta dell'organo di controllo.

Oltre che sull'appena descritto piano sostanziale, la natura (solidale e sussidiaria) della responsabilità dei revisori può inoltre assumere rilevanza da un punto di vista processuale. In deroga al generale principio secondo il quale la domanda di risarcimento proposta nei confronti di più soggetti corresponsabili di un illecito darebbe luogo a più cause scindibili, le cause cumulativamente introdotte contro gli organi di amministrazione e gli organi di controllo potrebbero ritenersi infatti legate da una "relazione di inscindibilità" (di questo parere Cass., 18.5.2012, n. 7909, riguardante un caso di responsabilità solidale tra amministratori e sindaci). Oltre a questa relazione di inscindibilità, secondo alcune isolate decisioni di merito amministratori ed organi di controllo sarebbero addirittura "litisconsorti necessari nel giudizio di responsabilità promosso nei loro confronti" (Trib. Roma, 3.4.2008). La giurisprudenza di legittimità è però di segno decisamente contrario (Cass., 25.7.2008, n. 20476).

6. La responsabilità verso la società revisionata.

La responsabilità di cui si sta discorrendo si atteggia comunque in diverso modo a seconda del rapporto esistente con il soggetto che la faccia valere. A far valere la responsabilità del revisore potendo essere infatti, secondo quanto l'art. 15 sancisce in modo espresso, la società che ha conferito l'incarico, i suoi soci ed i terzi in genere.

Iniziando dal rapporto che lega revisori e società revisionata, si tratta evidentemente di un vincolo contrattuale che non lascia spazio a dubbi in merito alla natura (contrattuale) della eventuale responsabilità, senza che a tal riguardo rilevi che si tratti di un incarico richiesto dalla legge ovvero solo volontario. Nel primo caso (revisione obbligatoria) è di fatto la legge a prevedere che l'incarico debba essere conferito ed a configurarne, nella sostanza, i contenuti. Nonostante l'incarico di revisione rifletta previsioni di legge, rimane tuttavia difficile ipotizzare che le parti non addivengano ad un contratto per il concreto conferimento dell'incarico e la regolamentazione delle relative modalità di svolgimento. Non a caso, d'altra parte, nell'art. 13, co. 6, del d.lgs. 39/2010, con riguardo alla fase conclusiva del rapporto la legge parla espressamente di "risoluzione consensuale del contratto", come pure lo stesso art. 15 si riferisce all'incarico di revisione qualificandolo "conferito". Nessun dubbio sussiste perciò in merito alla circostanza che l'incarico di revisione obbligatoria, per quanto richiesto dalla legge, rivesta natura contrattuale.

Nel secondo caso (revisione volontaria) non esiste invece alcun obbligo di legge, essendo la stessa società che, per sue proprie motivazioni, ad esempio per richiamare l'attenzione dei terzi sulla bontà della propria situazione economica", decide di affidare volontariamente un incarico al revisore per il controllo contabile dei propri bilanci. Anche in questo caso, evidentemente ed a maggior ragione, la responsabilità dei revisori ha natura tipicamente contrattuale.

Il primo elemento costitutivo di questa responsabilità civile dei revisori è dato dall'inadempimento ai propri doveri.

Il tema è stato in pratica già trattato nel momento in cui si è ricordato che nella prospettiva del d.lgs. 39/2010 l'obbligo del revisore attiene alla corretta applicazione dei principi che ne governano la professione (v. *supra*, § 3), la cui violazione integrerebbe dunque inadempimento. La casistica è molto varia, la violazione delle regole della professione potendo mostrare una moltitudine di sfumature e potendo evidentemente dare luogo alle situazioni più disparate, tra l'estremo di un giudizio pienamente positivo rispetto ad un bilancio inventario e quello di un giudizio negativo a fronte di un bilancio invece regolare. Se l'inadempimento ai propri doveri rappresenta l'imprescindibile presupposto, lo stesso non è tuttavia sufficiente per integrare una responsabilità del revisore, a tal fine risultando altresì indispensabile la rinvenibilità di un danno certo ed effettivo. Quest'ultimo, a sua volta, deve risultare

connesso al comportamento imputabile al revisore. Al fine di configurare una responsabilità del revisore, in altri termini, occorre che tra il danno che si assume esserne derivato e la condotta inadempiente del revisore sussista un nesso di causalità che colleghi eziologicamente il primo alla seconda.

Le regole cui soggiace l'accertamento di questo nesso di causalità hanno carattere generale ed in quanto tali non variano in ragione dei soggetti nei confronti dei quali è proposta l'azione di responsabilità. Le norme cui fare riferimento sono contenute negli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., e valgono nei confronti dei revisori così come nei confronti degli altri soggetti, amministratori e sindaci in particolar modo, tipicamente coinvolti nelle azioni di responsabilità (CAMPIONE, 97 ss.). In generale, nelle azioni di responsabilità professionale la giurisprudenza riteneva in passato necessario un rapporto di consequenzialità *immediata e diretta* tra inadempimento e danno. L'impostazione più recente ritiene invece debba aversi riguardo al principio di *causalità adeguata*, in base alla quale occorre verificare se la lesione sia la conseguenza normale del comportamento del soggetto agente, secondo i criteri di ordinaria esperienza. Questo significa, in pratica, che il nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso può essere anche indiretto e mediato, ai fini della sua rinvenibilità essendo sufficiente che risulti posto in essere uno stato di cose senza il quale il secondo non si sarebbe prodotto e che il danno si trovi con tale antecedente necessario in un rapporto eziologico normale (Cass., 11.1.1989, n. 65).

In base ai principi generali, l'onere di dimostrare la sussistenza di questi elementi grava su chi agisce in giudizio e quindi sulla società, anche se, data la natura contrattuale della sua azione, potrà avvalersi dei vantaggi che discendono dall'art. 1218 c.c., che come noto — invertendo le regole stabilite dall'art. 2697 c.c. — prevede che il debitore, e quindi nel nostro caso il revisore, è tenuto al risarcimento del danno “se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”. La società attrice non potrà però limitarsi ad allegare l'inadempimento della società di revisione ai doveri derivanti dall'incarico ricevuto, dovendo invece, quantomeno, chiarire la sussistenza di specifiche violazioni connesse all'attività svolta. Dovrà quindi chiarire i fatti alla base della propria pretesa risarcitoria, “deducendo in giudizio tutti gli elementi — e solo quelli — che è in grado di fornire, in relazione [...] alla condizione in cui tipicamente si trovano i soggetti che ricoprono la sua stessa posizione” (FORTUNATO [2], 858). Peraltro, secondo la giurisprudenza, “per la sussistenza della responsabilità della società di revisione, non è sufficiente fornire la prova tramite una valutazione *ex post* dell'inattendibilità di alcune poste di bilancio, essendo necessario accertare che la società di revisione, agendo con la dovuta diligenza, avrebbe potuto rilevare le irregolarità contenute nel bilancio” (Trib. Roma, 19.01.2006). In questa prospettiva *ex ante* può però risultare molto difficile, per i soggetti che non hanno partecipato direttamente all'*iter* della revisione e che di conse-

guenza non dispongono della relativa documentazione, dare evidenza di eventuali errori o omissioni, salvo non ammettere, a vantaggio della società revisionata, la possibilità di fare ricorso a presunzioni: nel senso che la dimostrazione dell'erroneità della relazione costituirebbe una prova presuntiva di negligenza. Così facendo si attribuirebbe però alla relazione di bilancio un valore di garanzia di veridicità (BUSSOLETTI [1], 94; ROSSI, 177), addossando al revisore la dimostrazione dell'insussistenza dell'errore ovvero che lo stesso è stato inevitabile nonostante lo svolgimento dell'incarico secondo gli *standard* professionali.

Nel tentativo di ovviare almeno in parte a tutte queste incertezze, la giurisprudenza sta intanto valorizzando il principio della c.d. "vicinanza della prova". In base a tale principio, di generale applicazione, l'onere della prova dovrebbe essere ripartito tenendo conto della concreta possibilità, per l'uno o per l'altro dei contendenti, di provare le circostanze che ricadono nella rispettiva sfera d'azione, gravando cioè dell'onere probatorio la parte a cui risulta essere più vicino il fatto da dimostrare (Cass., 9.11.2006 n. 23918). Per quanto riguarda le attività professionali, l'impiego di questo principio è diffuso soprattutto nel campo della responsabilità medica, avendo in tale ambito la Suprema Corte avuto occasione di evidenziare come sia più semplice per il professionista dimostrare le circostanze attestanti la correttezza tecnica del proprio operato, dal che la soluzione per la quale rimarrebbe a carico del presunto inadempiente l'onere di dimostrare che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che non è stato eziologicamente rilevante (Cass., 11.1.2008, n. 577).

7. La responsabilità verso i soci ed i terzi.

Il discorso è in parte diverso per quanto riguarda i rapporti con i soci ed i terzi in genere (creditori, fornitori, obbligazionisti, banche, ecc.) nei cui confronti il revisore risponde sulla base di una responsabilità la cui natura risulta non ancora ben definita. Mentre la giurisprudenza è saldamente orientata a favore della tesi *extra*-contrattuale (Cass., 18.07.2002, n. 10403; Trib. Milano, 21.10.1999; App. Milano, 7.7.1998; dello stesso avviso in passato anche la dottrina: BUSSOLETTI [2], 346; BALZARINI, 1930; CASADEI, 46 ss.; SALAFIA, 1520), la dottrina ha diffusamente argomentato la natura contrattuale della responsabilità verso i soci ed i terzi in genere, richiamando a tal fine la categoria dei c.d. doveri di protezione (BARCELLONA, 294 ss.; BUTA [3], 194 ss.). La distinzione, ad ogni buon conto, non sembrerebbe assumere grande rilievo pratico, come si avrà modo di chiarire.

Iniziando dai presupposti, sia che si voglia porre l'accento su doveri di protezione sia che si faccia invece richiamo ai generali parametri della responsabilità *extracontrattuale* disciplinata dall'art. 2043 c.c., quel che conta sono anzitutto le finalità conoscitive che il bilancio assolve a beneficio del

mercato e l'affidamento che la generalità dei soggetti sono legittimati a riporre nella funzione di controllo svolta dal revisore. È in questi termini che va dunque inteso il "rilievo pubblicistico" dell'attività di revisione e potendosi perciò ben comprendere come la funzione protettiva dell'attività di revisione è rivolta a tutela, più che della società che conferisce l'incarico, dei soci e dei terzi in genere, tant'è che non a caso ad agire per il risarcimento dei danni patiti a causa della negligente condotta dei revisori sono nella maggior parte dei casi proprio questi ultimi: ora per contestare il rilascio di un giudizio sul bilancio errato e di essere stati da ciò indotti ad assumere inopportune decisioni di investimento; ora per lamentare che la sopravvalutazione dell'attivo ha avuto un peso nella scelta di accrescere la propria partecipazione; ora per contestare, all'opposto, che la sottovalutazione di talune voci avrebbe indotto a vendite a prezzi diversi da quelli dovuti; ora, ancora, di essere stati indotti a concedere credito confidando su una inesistente solidità della società; e così via discorrendo (tra gli esempi più noti di responsabilità verso terzi è possibile ricordare quello riguardante la vicenda Parmalat: Trib. Milano, 4.11.2008).

In tutte queste situazioni il revisore è chiamato a rispondere, in pratica, per l'affidamento ingenerato da informazioni errate, la sua responsabilità dipendendo, anche in questo caso, dall'essersi discostato dai già descritti parametri della "professionalità" e della "diligenza", la cui violazione, volendo ancorare la fattispecie al modello della responsabilità extracontrattuale, integrerebbe evidentemente l'estremo soggettivo (della colpa o del dolo) richiesto dall'art. 2043 c.c. Né — vale pena precisare — l'affidamento da parte dei terzi è da escludere ove si tratti di revisione volontaria, rilevando solo la legittimazione del terzo a fare affidamento sull'attività di revisione (Cass., 18.7.2002, n. 10403).

Per l'individuazione degli elementi costitutivi di questa responsabilità, deve aversi riguardo all'art. 2043 c.c., assumendo dunque rilievo il fatto, l'elemento soggettivo, il danno conseguenza della condotta dei revisori e la sussistenza di un nesso di causalità tra fatto e danno.

Al fine di delimitare il fatto possono assumere rilevanza comportamenti di segno sia commissivo che omissivo, sebbene nella prassi l'ipotesi di omissioni risulti di gran lunga la più frequente. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, nella maggioranza dei casi l'illecito si sostanzia nell'inosservanza dei canoni di diligenza professionale (e quindi in un fatto di colpa). Può però benissimo accadere che il revisore rilasci una relazione non corrispondente alla reale situazione della società con l'intenzione di ingannare i terzi (e quindi a titolo di dolo). Quanto al danno, il nocumento cagionato ai terzi può variare in base alle circostanze del caso concreto. Può ad esempio consistere nel prezzo degli strumenti finanziari, eccessivamente alto rispetto al valore reale degli stessi, che l'investitore, facendo incolpevole affidamento su una valutazione dei bilanci errata, si trova a pagare, ovvero con la perdita del loro valore. Anche se poi, a conferma della necessità di un'attenta indagine, la

giurisprudenza non ha mancato di evidenziare come in tal caso il danno patito dagli investitori non sempre coincide con la perdita di valore degli strumenti finanziari, che potrebbe infatti essere dipesa da altre cause indipendenti dalla condotta dei revisori. Potendo anche succedere, sempre ad esempio, che i titoli azionari subiscano “l’influenza di vari fattori esterni sulle loro quotazioni, quali l’andamento del mercato borsistico e dell’economia in generale” (App. Bari, 14.4.2016).

Occorre, infine, l’esistenza di un nesso di causalità tra i fatti imputabili al revisore ed il danno dedotto in giudizio. Ravvisabile, ad esempio, ogni qualvolta il giudizio espresso sul bilancio della società sia stato in grado di influenzare i terzi (investitori) ad effettuare un’operazione di acquisto di strumenti finanziari ovvero, se già in possesso degli stessi, a non procedere ad una loro dismissione. Può infatti accadere che i terzi effettuino un investimento facendo affidamento sulla solida situazione economico-finanziaria della società e sul positivo giudizio espresso dal revisore sul relativo bilancio. Il nesso di causalità essendo in tal caso ravvisabile nel fatto che “le informazioni societarie non rispondenti al vero, avallate da un’attività di revisione compiacente, hanno determinato il pubblico degli investitori ad una falsa rappresentazione” (Trib. Milano, 18.6.1992). La responsabilità del revisore va viceversa esclusa, per mancanza del necessario nesso, nel caso in cui i danni siano attribuibili esclusivamente alle scelte gestorie degli amministratori (Trib. Milano, 2.2.2017). A determinare l’interruzione del nesso di causalità può essere peraltro il comportamento fraudolento posto in essere dagli amministratori (App. Bari, 14.4.2016).

Come nel caso dell’azione promossa dalla società revisionata, sui terzi che agiscono contro il revisore grava l’onere di allegare tutti gli elementi costitutivi. Ove poi non trovasse applicazione l’art. 1218 c.c. non potrebbe inoltre operare alcuna inversione dell’onere della prova, altrimenti invocabile accedendo alla tesi della natura contrattuale a motivo della sussistenza di obblighi di protezione. In ogni caso, questa dubbia applicazione dell’art. 1218 c.c. non dovrebbe comportare significative conseguenze sul piano pratico, dal momento che la ripartizione dell’onere della prova dovrebbe comunque tener conto dei principi ricordati riguardo all’azione promossa dalla società revisionata, ad iniziare dalle eventuali presunzioni e dalla vicinanza della prova.

8. (Segue): la responsabilità da prospetto (e la decisione, sul punto, di Trib. Ancona, 20.2.2019).

Un discorso a parte, sempre in tema di presunzioni, deve essere infine riservato al caso in cui il danno lamentato dal terzo riguardi l’acquisto di titoli il cui collocamento sia stato preceduto dalla pubblicazione di un “prospetto”. Recependo i principi sanciti dalla Direttiva 2003/71/CE (c.d. “Direttiva prospetto”), l’art. 94, co. 8, TUF, stabilisce infatti che “[l]’emittente, l’offerente

e l'eventuale garante, a seconda dei casi, nonché le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto rispondono, ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto, a meno che non provi di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso". La norma, in pratica, esonera il danneggiato dall'onere di provare il dolo o la colpa del danneggiante, ammettendo una sorta di presunzione stante la quale, qualora l'informazione desumibile dal prospetto dovesse rilevarsi ingannevole, andrebbe assunto, salvo prova contraria, che il prospetto abbia influenzato le scelte di investimento.

Per quanto l'art. 94, co. 8, TUF, non menzioni tra le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto anche i revisori, la posizione di questi ultimi va valutata alla luce anche del fatto che, tra le informazioni che il prospetto deve necessariamente rendere, vi sono quelle desumibili dalla relazione di revisione al bilancio dell'emittente, e ciò in quanto l'art. 96 TUF richiede all'emittente di corredare il proprio ultimo bilancio e l'eventuale bilancio consolidato delle relazioni del revisore, richiedendo altresì, ma solo qualora si tratti di un'offerta avente ad oggetto prodotti finanziari diversi dai comunitari, che il revisore si sia espresso in termini positivi. In dottrina, tuttavia, sembra prevalere la tesi che responsabili delle informazioni che compaiono nel prospetto sarebbero solo quelli che abbiano assunto questo genere di responsabilità in maniera espressa e che pertanto i revisori potrebbero sì essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 94, co. 8, TUF, ma solo per effetto di un'espressa previsione (BRUNO, 787; GIUDICI [2], 375; FIORUZZI-DE NARDIS-PUPPIENI, 1080. Di diverso parere invece SARTORI, 10). Non a caso, d'altra parte, il regolamento 809/2004/CE, recante le modalità di esecuzione della Direttiva prospetto, richiede la necessaria menzione delle "persone responsabili" nonché della "attestazione certificante che per quanto a loro conoscenza, le informazioni del prospetto sono conformi ai fatti e che nel prospetto non vi sono omissioni tali da alterarne la portata". La conclusione contraria all'applicazione dell'art. 94, co. 8, TUF, anche al revisore, troverebbe d'altra parte una sua giustificazione nel carattere speciale di questa disciplina rispetto ai principi stabiliti in generale dall'art. 2043 c.c. (CARIDI, 222,) e nella conseguente inammissibilità di una sua applicazione analogica.

A fronte di questi argomenti, che deporrebbero dunque per l'inapplicabilità al revisore della speciale responsabilità da prospetto per il sol fatto dell'intervenuta emissione di una relazione sul bilancio, la giurisprudenza ha tuttavia espresso, di recente, un diverso avviso. In particolare, secondo Trib. Ancona, 20.2.2019, la responsabilità da prospetto del revisore discenderebbe dall'art. 96 TUF, il quale dispone che "[l]l'ultimo bilancio ed il bilancio consolidato eventualmente redatto dall'emittente sono corredati delle relazioni di revisione", escludendo la possibilità stessa dell'offerta in caso di

prodotti diversi dagli strumenti finanziari comunitari in mancanza di un giudizio del revisore positivo. Sicché, “sarebbe illogico regolare la responsabilità degli organi amministrativi e di controllo secondo il regime dell’art. 94 TUF ed escludere dal novero la società di revisione che deve fornire le certificazioni e le valutazioni da cui dipende la possibilità stessa di formulare l’offerta” (Trib. Ancona, 20.2.2019).

Queste argomentazioni non sembrano tuttavia molto convincenti, muovendo da una discutibile interpretazione dell’art. 96 TUF. Invero, quest’ultima disposizione stabilisce che l’emittente deve corredare il proprio ultimo bilancio e l’eventuale bilancio consolidato dalle relazioni del revisore, richiedendo altresì che il revisore debba essersi espresso in termini positivi solo qualora si tratti di un’offerta avente ad oggetto prodotti finanziari diversi dai comunitari. Qualora riguardi prodotti comunitari, ed era questo il caso trattato da Trib. Ancona, l’offerta rimane però ammissibile quale che sia il giudizio espresso dal revisore, e dunque anche in presenza di un suo eventuale giudizio negativo come pure di una dichiarazione di impossibilità ad esprimere un giudizio. In altre parole, la legge non richiede, ai fini dell’offerta di strumenti comunitari, la conferma da parte del revisore dei dati contabili dell’emittente, limitandosi a richiedere che il revisore abbia emesso la propria relazione sul bilancio, indipendentemente dal giudizio espresso. Non sembrerebbe giustificabile, di conseguenza, l’enfasi sulla presunta necessità, di cui anche Trib. Ancona fa menzione, “di certificazioni contabili che rendono possibile l’offerta al pubblico e ne costituiscono il fondamento”. Lasciando intendere, queste affermazioni, che la decisione in commento potrebbe aver mal interpretato la funzione che il revisore legale dei conti è in generale tenuto ad assolvere (in effetti, l’esecuzione del controllo sui conti di una società non assolve una funzione “certificativa”, tant’è vero che, proprio per non ingenerare confusione, “[i]l legislatore del 2003 (...) ha scelto di non richiamare nel primo comma dell’art. 2409-ter il termine « certificazione » che, sotto il vigore del d.p.r. 137/1975, aveva generato numerosi fraintendimenti circa il ruolo da attribuirsi all’attività di revisione contabile”: MAGGIOLINO [1], 446), come anche potrebbe aver mal inteso il ruolo che il revisore svolge nell’ambito di un processo di offerta al pubblico, non essendovi ragioni per sostenere, in maniera generalizzata, che le relazioni del revisore assumono un ruolo centrale nell’ambito del procedimento di offerta al pubblico, sino ad addirittura “costituire il fondamento”, dovendosi semmai distinguere da caso a caso e non potendosi comunque trascurare che in ipotesi di prodotti finanziari comunitari l’offerta è consentita indipendentemente dal giudizio espresso dal revisore.

9. I responsabili della revisione ed i dipendenti.

Alla responsabilità del revisore e della società di revisione, regolata

dall'art. 15, co. 1, si aggiunge la responsabilità “del responsabile e dei dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione”, che l'art. 15, co. 2, considera solidale a quella della società di revisione. Una responsabilità mal delineata, già a partire dalla identificazione dei soggetti coinvolti. Se infatti il responsabile della revisione è identificabile con certezza, trattandosi del “revisore legale cui è stato conferito l'incarico”, ovvero, nel caso in cui l'incarico sia stato conferito ad una società di revisione, del “soggetto iscritto nel registro, responsabile dello svolgimento dell'incarico” (art. 1, lett. i, d.lgs. 39/2010), una definizione non è invece rinvenibile per ciò che riguarda i dipendenti, sicché ove li si volesse qualificare come i soggetti legati ai revisori da un rapporto di lavoro subordinato si arriverebbe all'esclusione di tutti i professionisti operanti a diverso titolo all'interno dell'organizzazione del revisore, “il che è evidentemente un assurdo” (JAEGER-DENOZZA-TOFFOLETTO, 417).

Ad essere mal delineata, inoltre, è l'effettiva portata della natura solidale. Invero, mentre il co. 1, affermata la solidarietà con gli amministratori, precisa che “nei rapporti interni” il revisore risponde nei limiti del contributo al danno cagionato, questa stessa precisazione non è invece rinvenibile nel co. 2. Dopo aver detto che responsabile e dipendenti rispondono in solido con la società di revisione, il co. 2 aggiunge, infatti, che responsabile e dipendenti sono “responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato”, senza circoscrivere la limitazione — questa volta — ai “rapporti interni”. Stando perlomeno alla sua lettera, l'art. 15, co. 2, esprimerebbe dunque un'insuperabile contraddizione, da un lato affermando l'esistenza di una responsabilità solidale (che per definizione comporta il rischio di essere chiamati a rispondere per la totalità), dall'altro limitando tale responsabilità al contributo causale senza limitazione ai rapporti interni.

Per superare queste incertezze sono state avanzate diverse ipotesi: secondo una prima, la previsione di una responsabilità parziaria, avente rilevanza esterna, e dunque in contrasto con la solidarietà indicata nella prima parte della norma, antinomica rispetto ai principi generali dettati in materia di solidarietà dall'art. 1292 c.c., non esprimerebbe la reale volontà del legislatore essendo in realtà frutto di un difetto di coordinamento nella redazione della norma (BUTA [3], 176). Per una seconda ipotesi, l'art. 15, co. 2, senza limitare (anche) verso l'esterno la responsabilità dei soggetti che hanno effettuato la revisione, avrebbe inteso solo circoscriverne la responsabilità sotto un profilo temporale, nel senso cioè che la responsabilità di responsabile della revisione e dipendenti riguarderebbe il danno prodottosi in relazione alla propria attività senza estendersi al lavoro riferibile al lavoro svolto dalle persone precedentemente o successivamente investite delle medesime funzioni (GIUDICI [4], 36). Secondo un'ulteriore ricostruzione, il legislatore potrebbe aver voluto modulare in modo effettivamente diverso la responsabilità dei soggetti che hanno effettuato la revisione rispetto a quella della società, conciliandosi quest'altra ipotesi tanto con l'avvenuta eliminazione, perlomeno per quanto riguarda i dipendenti, dell'obbligo di riportare nel libro della

revisione tutta un serie di informazioni tra cui “i nominativi e la qualifica delle persone che hanno partecipato alle verifiche”, quanto con i principi generali in tema di responsabilità del datore del lavoro per la condotta degli ausiliari (art. 1228 c.c.). La *ratio* di tale previsione andrebbe in tal caso ricercata nel tentativo di non attribuire una responsabilità illimitata, stante anche “la sproporzione, tanto più ad inizi di carriera, tra compensi e rischi” (SALERNO [1], 1034). Si tratta in ogni caso di ipotesi interpretative incapaci di superare le incertezze poste dalla lettera della norma, che inducono quindi a dare credito all’idea che il legislatore sia incorso in una vera e propria svista che non consente di ricostruirne compiutamente l’effettiva volontà.

A riprova della scarsa attenzione che evidentemente ne ha contraddistinto la formulazione, va ancora segnalato che, a differenza del co. 1, il co. 2 non menziona la responsabilità nei confronti dei soci della società revisionata. Secondo la dottrina l’omissione sarebbe imputabile ad una mera omissione nella formulazione della norma che ha preso le mosse dalla disposizione di cui all’art. 164, co. 2, TUF, con la conseguenza che la legittimazione ad agire andrebbe riconosciuta, tra i terzi, anche al socio (BUSSOLETTI [2], 316). A denotare scarsa attenzione, infine, è la diversa identificazione del presupposto della responsabilità, anche se questa volta apparentemente più puntuale nel co. 2, che a differenza del precedente co. 1 (ove si fa riferimento unicamente a “l’inadempimento ai doveri”) richiama anche il compimento di “fatti illeciti”. Il perché di questa differente formulazione tuttavia non è chiara (SPIOTTA [1], 702).

A giustificare tutte queste disattenzioni non può peraltro essere il fatto che il coinvolgimento del responsabile e dei dipendenti ha rappresentato per molto tempo una fattispecie così poco battuta da aver indotto la dottrina, in passato, a parlare di una responsabilità più che altro teorica (BUTA [1], 1370). Tale affermazione, infatti, non rifletterebbe l’attuale realtà delle cose, non essendo certo isolati i casi di giudizi risarcitori intrapresi anche nei confronti dei responsabili della revisione (mentre in effetti assai rari sono quelli che coinvolgono anche i restanti componenti del *team* di revisione). Altro discorso è che nel momento della esecuzione dell’eventuale provvedimento di condanna le azioni recuperatorie siano poi naturalmente indirizzate nei confronti della società di revisione, tanto più in ragione delle sue coperture assicurative. Ma senza che questo nulla tolga ad una responsabilità che, teoricamente di non poco conto e potenzialmente sproporzionata rispetto alle eventuali manchevolezze del singolo, potrebbe porre il problema di disaffezionare (magari i migliori) a questa attività.

10. La legittimazione all’esercizio dell’azione.

La definizione dei confini della legittimazione attiva all’azione di responsabilità nei confronti dei revisori richiede darsi prima risposta ad alcune

questioni dipendenti dal raffronto tra quanto previsto dall'art. 15 d.lgs. 39/2010 e quanto già stabilito dal codice civile. L'art. 15 prevede infatti che la società, i soci ed i terzi debbano essere risarciti per i danni subiti dalla condotta negligente dei revisori ma senza (più) richiamare, a seguito del mancato richiamo del co. 3 dell'art. 2407 c.c., il regime di responsabilità degli amministratori cui il suddetto comma rimanda e che, come noto, dà risposte — tra l'altro — in merito alla legittimazione attiva all'esercizio dell'azione: consentendo, in particolar modo, che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori può essere esercitata direttamente dalla società (art. 2393 c.c.), da una minoranza qualificata dei soci (art. 2393-bis c.c.), dai creditori sociali (art. 2394 c.c.), dai soci e dai terzi per i danni subiti individualmente (art. 2395 c.c.), dal curatore fallimentare (art. 146, R.D. 267/1942), dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario (art. 2394-bis c.c.) nonché dall'amministratore giudiziario nominato dal tribunale all'esito della denuncia *ex art.* 2409.

Per effetto di questo mancato richiamo ed interrogandosi in merito a se, e se sì in base a quali principi, alla responsabilità dei revisori debbano ancora applicarsi le azioni appena richiamate, in dottrina è stato sostenuto che la questione andrebbe risolta mediante analogia con l'art. 2407 c.c. (MIOTTO, 521). Rispetto a questa impostazione riterrei tuttavia preferibile una verifica di compatibilità riguardo a ciascuna fattispecie, ragion per cui si proseguirà il discorso sulla base di una disamina delle diverse norme.

a) Iniziando dall'art. 2393 c.c., è noto che sulla base di questa disposizione la società può far accertare la violazione da parte degli amministratori dei doveri imposti dall'art. 2392 c.c. previo delibera dell'assemblea ordinaria dei soci, ovvero su richiesta della maggioranza dei due terzi dell'organo di controllo. Se nel vigore della vecchia disciplina il rimando all'art. 2407 c.c. non lasciava dubbi in merito ai profili di competenza, l'attuale art. 15 ha indotto invece a chiedersi se la legittimazione spetti ancora all'assemblea ordinaria o anche agli amministratori. A prevalere è però la prima soluzione, per ragioni di coerenza con quanto stabilito riguardo alla nomina e alla revoca del revisore, entrambe spettanti *ex art.* 13 d.lgs. 39/2010 all'assemblea della società (BUTA [3], 170). D'altra parte, ammettere l'esperibilità dell'azione da parte dei soli amministratori senza alcun avallo dell'assemblea, equivarrebbe a riconoscere agli amministratori il potere di interrompere a piacimento l'incarico di revisione. L'instaurazione di un contenzioso contro il revisore, mettendone a rischio l'indipendenza, implicherebbe infatti l'inevitabile interruzione dell'incarico, con un risultato pratico in evidente contrasto con la scelta di affidare all'assemblea le decisioni riguardanti l'avvio e l'interruzione del rapporto (SALERNO [1], 1016).

b) Problemi interpretativi si sono posti riguardo anche all'azione prevista dall'art. 2394 c.c., disciplinante l'ipotesi dell'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi relativi alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. La questione

della relativa esperibilità nei confronti del revisore si è posta in passato dal momento che l'art. 12 del d.p.r. 136/1975, e successivamente l'art. 164 TUF, non menzionavano in modo espresso i creditori tra i soggetti nei cui confronti i revisori potevano essere ritenuti responsabili, né ai creditori sociali ha fatto successivamente riferimento l'art. 2409-*sexies* c.c. Avendo quindi fatto dubitare, questa mancata menzione, che così facendo il legislatore avesse inteso precludere la possibilità di intraprendere l'azione prevista dall'art. 2394 c.c., e quindi escludendo la riferibilità ai revisori degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale. Con la riforma del diritto societario la questione era stata però risolta dal fatto che l'art. 2406-*sexies* c.c. ed il modificato art. 164 TUF rinviavano interamente all'art. 2407 c.c. Eliminato il rimando all'art. 2407 c.c., con l'art. 15 la questione si è infine riproposta in termini apparsi in dottrina "analoghi rispetto alla disciplina precedente al 2003" (BUTA [3], 172), inducendo anche a sostenere che non ci sarebbe più spazio "per l'azione dei creditori sociali fondata sull'art. 2394" (GIUDICI [4], 38) e potendosi anche immaginare, a giustificazione di questa ipotetica esclusione, che con la mancata legittimazione dei creditori sociali il legislatore avrebbe in qualche modo tenuto conto delle già ricordate esigenze di conformarsi alle indicazioni comunitarie di limitazione della responsabilità del revisore.

Prima di ammettere che l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. non sarebbe più esperibile contro il revisore, il discorso andrebbe però completato considerando l'azione disciplinata dall'art. 2395 c.c., promuovibile dal socio e dal terzo (tale potendosi pacificamente considerare anche il creditore) ogniquale il relativo patrimonio abbia risentito un diretto pregiudizio. La matrice di quest'azione e di quella disciplinata dall'art. 2394 c.c. è infatti la medesima (DAL SOGLIO, 246), distinguendosi le due ipotesi per il sol fatto che mentre l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. produce un danno al patrimonio della società, quella prevista dall'art. 2395 c.c. danneggia invece, come detto, direttamente il patrimonio del socio o del terzo, non potendosi però considerare diretto, in ogni caso, il danno che sia mero riflesso del pregiudizio patito dalla società (Cass., 24.12.2009, n. 27346; SPIOTTA [2], 1084 ss.). In buona sostanza, con l'art. 2395 c.c. il legislatore avrebbe completato, in termini di complementarietà, il regime di responsabilità degli amministratori. Dimodoché, per ammettere che con l'art. 15 sarebbe venuta meno la possibilità di esperire contro i revisori l'azione di responsabilità verso i creditori prevista dall'art. 2394 c.c. occorrerebbe anche ammettere che nei confronti dei revisori la limitazione prevista dall'art. 2395 c.c. risulterebbe non più applicabile e che pertanto contro i revisori sarebbero oramai ammissibili azioni di risarcimento per far valere danni anche riflessi rispetto a quelli della società (per l'ammissibilità di questo tipo di azioni, ROSSI, 224 ss. Di opposto avviso BUSSOLETTI [2], 356).

Ammesso così che la soluzione deve essere comune, a favore della conclusione che gli artt. 2394 e 2395 c.c. farebbero ancora parte (entrambi) del regime di responsabilità dei revisori depongono esigenze di coerenza e logicità

(BUTA [3], 172), tanto più evidenti considerando le conseguenze che in concreto la disapplicazione delle due disposizioni comporterebbe a livello di sistema (SALERNO [1], 1001 ss.). La giurisprudenza da parte sua ammette tranquillamente l'esercizio delle due azioni (v. ad es., di recente e con riferimento all'azione ex art. 2395 c.c., Trib. Roma, 26.9.2018 e Trib. Napoli 09.10.2018).

c) Il problema appena trattato riverbera peraltro effetti su un'altra questione, che l'art. 15 anche pone, riguardante le azioni esperibili contro il revisore da parte delle procedure concorsuali, ad iniziare da quella prevista dall'art. 2394-bis c.c., che riconosce al curatore (e, analogamente, al commissario liquidatore ed al commissario straordinario) il potere di esercitare contro gli amministratori di società per azioni tanto l'azione sociale di responsabilità quanto quella di responsabilità verso i creditori. Venuto meno, sempre tramite l'art. 2407 c.c., il richiamo dell'art. 2394-bis c.c., la legittimazione del curatore, se per un verso è rimasta pacifica riguardo all'azione sociale di responsabilità, per altro è divenuta incerta in relazione a quella spettante ai creditori sociali. Un'incertezza che la dottrina non ha mancato di segnalare (BERTOLOTTI [1], 407) e che va senz'altro risolta in conseguenza di quanto già osservato riguardo agli artt. 2394 e 2395 c.c., ovvero riconoscendo l'applicabilità dell'art. 2394-bis c.c., e dunque l'esercizio dell'azione da parte del curatore, in conseguenza del riconoscimento dell'esperibilità contro il revisore dell'azione prevista dall'art. 2394 c.c. Sul piano pratico, in ogni caso, le conseguenze dell'eventuale inesperibilità da parte del curatore dell'azione dei creditori sociali non sarebbero rilevanti, dal momento che quest'ultima e l'azione sociale "in sede concorsuale, sostanzialmente si confondono" (GIUDICI [3], 541).

d) Discutibile, ancora, è se l'azione possa essere proposta da una percentuale qualificata del capitale sociale, la questione discendendo in questo caso dalla difficoltà di un inquadramento della fattispecie a livello sistemico, la previsione contenuta nell'art. 2393-bis c.c. rispondendo ad una *ratio* la cui opportunità (dal legislatore inizialmente riconosciuta, con l'art. 129 TUF, con riferimento alle sole società quotate, e solo dalla riforma del diritto societario poi estesa alla generalità delle società per azioni) appare non scevra da controindicazioni, prestandosi infatti l'attribuzione al socio di minoranza di un simile potere al rischio di un esercizio al solo scopo di ottenere vantaggi e corrispettivi. Peraltro, la natura di questa azione è dubbia, la tesi preferibile sembrando tuttavia quella che considera l'istituto come un caso di legittimazione straordinaria ad agire in giudizio per far valere un diritto altrui ai sensi dell'art. 81 c.p.c. (PICCIAU, 604 ss., e soprattutto ENRIQUES - F.M. MUCCIARELLI, 869 ss.). La qual cosa potrebbe indurre ad escludere che una minoranza qualificata di soci possa avviare l'azione di responsabilità contro i revisori, nel nostro ordinamento vigendo la regola — desumibile dall'art. 81 c.p.c., lì dove recita "fuori dei casi espressamente previsti dalla legge" — che a poter essere fatti valere sono soltanto i diritti propri. È pacifico, infatti, che la minoranza dei soci a norma dell'art. 2393-bis c.c. agisce in "nome proprio", tant'è vero che

la società deve essere chiamata in giudizio, come pure è pacifico che il diritto fatto valere appartiene alla società cui “deve andare” ogni corrispettivo. Sicché, ammettendo la legittimazione della minoranza ad agire (anche) contro i revisori, si ammetterebbe un esercizio eccezionale di un diritto altrui sulla base di un’applicazione analogica di una norma disciplinante una fattispecie con una *ratio* solo in parte uguale. Invero, mentre il riconoscimento alla minoranza del diritto di agire contro gli amministratori ha una sua giustificazione nella naturale tendenza della maggioranza a non agire contro soggetti di propria emanazione, il medesimo stretto legame non è invece ipotizzabile nei rapporti tra la maggioranza dei soci ed il revisore. Tutte queste incertezze rendono quindi la questione controversa, potendosi comunque forse propendere per la soluzione negativa, perlomeno nel caso in cui si intendano far valere in giudizio responsabilità esclusive del revisore.

e) Non meno complessa, anche in questo caso in mancanza di espressi riferimenti normativi, è la questione riguardante la legittimazione attiva dell’organo di controllo e dell’amministratore giudiziario, rispetto ai quali anche non mancano argomenti per sostenere, in particolar modo nel caso in cui a farsi valere siano responsabilità esclusive, che organo di controllo ed amministratore giudiziario dovrebbero limitarsi a sottoporre la questione all’assemblea affinché sia questa ad agire. A diversa conclusione sembrerebbe potersi invece pervenire, per quanto dubitativamente, nel caso dell’azione promossa congiuntamente contro anche gli amministratori, la solidarietà, riducendo ad unità le diverse condotte, consentendo in tal caso a soci di minoranza ed all’organo di controllo di agire (anche) contro i revisori. Nel caso del commissario giudiziario andrebbe infine tenuto conto che a definirne i poteri è il provvedimento di nomina da parte del tribunale, che senz’altro potrebbe riconoscere la possibilità di promuovere, contestualmente all’azione contro gli organi della società, quella contro il revisore (per un approfondimento delle questioni interpretative qui solo accennate mi permetto rimandare a SALERNO [1], 1019 ss. e 1025 ss.).

11. Imputabilità dei soli danni diretta conseguenza della condotta del revisore.

Al di là degli aspetti di legittimazione e quale che sia l’azione intrapresa, è comunque certo — in applicazione dei principi generali in tema di inadempimento contrattuale e di illecito — che il revisore è tenuto a risarcire i soli danni diretta conseguenza della sua condotta. Ciò valendo sia nel caso in cui al revisore venga imputata una responsabilità esclusiva, sia quando gli si imputi una responsabilità in concorso con gli amministratori. Pertanto, in questo secondo caso, è indispensabile che vi sia la prova che il danno lamentato non avrebbe potuto realizzarsi qualora il revisore avesse tenuto una differente condotta. Ai fini dell’individuazione del danno risarcibile dal revi-

sore, in altre parole, deve aversi riguardo alla sua specifica condotta (omissiva o commissiva) ed al rapporto di causalità intercorrente tra quest'ultima ed il danno derivatone. Al revisore, infatti, non può essere richiesto il risarcimento di un qualsivoglia danno addebitabile agli amministratori bensì di quel solo danno che la sua diligente condotta avrebbe potuto evitare.

Se sul piano teorico questo è il principio non sempre ne è tuttavia agevole la pratica applicazione, per quanto la giurisprudenza non abbia mancato di fornire criteri per la “quantificazione” del danno imputabile al revisore, a partire dal caso — di gran lunga più diffuso — riguardante le c.d. *trading losses*, ossia le ulteriori perdite accumulate dalla società a causa della prosecuzione dell'attività nonostante la perdita del capitale sociale.

Un primo criterio in tal caso utilizzato dalla giurisprudenza riguardo agli amministratori ed ai revisori, qualora ritenuti responsabili in solido, è quello del *differenziale dei netti patrimoniali*. In applicazione di questo criterio il danno è stato calcolato in misura pari alla differenza tra la situazione patrimoniale della società al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento e quella relativa al momento successivo dell'apertura della procedura concorsuale. Presupposto dell'applicabilità di questo criterio è la possibilità di individuare il momento della perdita del capitale sociale (in modo da poter addebitare l'aggravio della situazione, da questo momento in poi, all'inerzia di amministratori e controllori: Cass., 23.6.2008, n. 17033; Cass., 17.9.1997, n. 9252; Trib. Milano, 1.4.2011). Non sempre, però, la perdita successiva al verificarsi di una causa di scioglimento della società può riferirsi al prosieguo dell'attività, potendo infatti dipendere da altri fattori “anche in pendenza della liquidazione, o durante il fallimento per il solo fatto della svalutazione dei cespiti aziendali in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa” (Trib. Milano, 22.1.2015). In applicazione del criterio della “causalità adeguata” (in base al quale una data condotta può ritenersi causa di un determinato evento solo qualora, tramite un giudizio *ex ante*, quest'ultimo appaia come conseguenza prevedibile ed evitabile: Cass., SU, 11.1.2008, nn. 576, 579, 582) il criterio del differenziale dei netti patrimoniali è andato perciò incontro a dei correttivi, i quali, escludendo l'imputabilità di tutta la perdita successiva al verificarsi di una causa di scioglimento, hanno riconosciuto la necessità di un accertamento, da effettuarsi sulla base di un giudizio ipotetico, in merito a se una condotta conforme alla legge avrebbe evitato il decremento patrimoniale, ovvero se questo si sarebbe in ogni caso prodotto (Trib. Milano, 22.1.2015).

Un secondo criterio è quello del cd. *deficit*, che quantifica il danno in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati in sede fallimentare. Tale criterio è stato in particolar modo utilizzato per ovviare all'impossibilità di quantificazioni alternative (Cass., 8.2.2005, nn. 2538 e 3032). Il suo utilizzo è stato però molto criticato in quanto non consente di limitare il risarcimento ai soli danni eziologicamente riconducibili all'operato degli amministratori e dei loro controllori, tra cui il revisore. I limiti di utilizzabilità di questo criterio

sono stati in qualche modo poi definiti dalla Suprema Corte, che con una decisione a Sezioni Unite ha statuito un'applicazione residuale di questo criterio, limitata al solo caso in cui la contabilità difetti completamente e sia impossibile calcolare la differenza dei patrimoni netti ovvero, più in generale, quando non sia possibile o sia estremamente difficile fornire la prova delle singole violazioni contestate. Secondo questa decisione, in particolare, la mancanza delle scritture contabile non giustifica, di per sé, che il danno da risarcire debba essere liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta e sempre che siano identificate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi e che il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in considerazione delle circostanze del caso concreto (Cass., S.U., 6.5.2015, n. 9100).

A confermare che la quantificazione del danno nell'ipotesi di apertura di una procedura concorsuale rappresenti un problema di non agevole soluzione è stata peraltro la legge 19 ottobre 2017, n. 155, con la quale il legislatore, nel delegare il Governo ad emanare una nuova disciplina della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, ha previsto che tale disciplina avrebbe dovuto definire, tra l'altro, i criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro gli amministratori della società in caso di violazione di quanto previsto dall'art. 2486 c.c. Una previsione, quest'ultima, cui il d.lgs. 14/2019, recante il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ha dato attuazione stabilendo che: (i) di regola, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data dell'apertura della procedura concorsuale e quello determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento ai sensi dell'art. 2484 c.c.; (ii) se mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura (cfr. art. 378).

Poiché l'imputabilità del danno presuppone un rapporto di causalità efficiente, l'eventuale inadempimento del revisore dovrebbe comunque essere considerato solo qualora "costituisca causa (o concausa) efficiente del danno" (Cass., 15.1.2008, n. 577). Valendo in generale, questa regola vale peraltro non solo nel caso in cui al revisore si imputino le conseguenze del prosieguo dell'attività nonostante una causa di scioglimento, bensì in relazione a qualsiasi danno, la cui imputabilità al revisore non può quindi prescindere dalla verifica dell'idoneità dei poteri e delle prerogative del revisore ad impedirne il verificarsi. Il revisore, ad esempio, "non ha alcun potere di veto sull'operato degli amministratori, né, a differenza dei sindaci, può attuare segnalazione all'assemblea e se del caso all'Autorità Giudiziaria" (Trib. Roma, 8.5.2013). Di conseguenza al revisore non può certo imputarsi il danno provocato da una

erronea scelta gestoria, per quanto, a cose fatte, manifestamente irragionevole e dissennata.

Di particolare attualità è infine il problema dei danni derivanti dalla diffusione di informazioni inesatte, risultando in effetti frequente che al revisore venga mosso l'addebito di aver indotto all'acquisto o al mantenimento in portafoglio di titoli emessi da società con bilanci (apparentemente solidi e in realtà) inveritieri. In base ai principi potrebbe in tal caso immaginarsi che dovrebbe essere onere dell'investitore dimostrare di aver esaminato i bilanci della società facendo affidamento sulla relazione del revisore. La difficoltà di ricondurre le scelte di investimento ad un preciso schema causale sembrerebbe aver però indotto la giurisprudenza a dare rilievo ad aspetti di stampo probabilistico, ammettendo la possibilità di presumere, salvo prova contraria, il nesso di causalità tra il falso delle comunicazioni diffuse dalla società e la scelta di investimento (Cass., 11.6.2010, n. 14056). Ammesso il nesso causale il danno andrebbe quindi parametrato al valore dell'investimento o del mancato disinvestimento (ovvero, qualora le informazioni abbiano mostrato un quadro della società in senso peggiorativo, alla misura del conseguente disinvestimento), comprendendo nel *quantum* tanto il danno emergente (costituito dal prezzo pagato come corrispettivo degli strumenti finanziari, dedotti gli utili percepiti ed il valore degli strumenti ricevuti) quanto il lucro cessante (pari alla perdita di ulteriori occasioni favorevoli) (ATTANASIO, 820 ss.).

Bibliografia

- AMATUCCI C., *La limitazione della responsabilità del revisore legale e la scadente tecnica legislativa italiana*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, 864.
- ATTANASIO F., *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti: fra diritto della responsabilità civile e diritto societario*, in *Società*, 2016, 810.
- BALZARINI P., *Commento all'art. 164*, in *La Disciplina delle società quotate nel Testo Unico della Finanza D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Commentario a cura di P. Marc, Tomo II, Milano, 1999.
- BARCELLONA E., *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, 1929.
- BENAZZO P., *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274.
- BERTOLOTTI A., *La revisione legale dei conti*, in *I sistemi di amministrazione e controllo*, di G. Bertalini - A. Bertolotti - U. De Crescenzo - A. Perini - G.G. Sandrelli, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzelli, IV, Bologna, 2010, 407 [1].
- BERTOLOTTI A., *La revisione legale dei conti*, in *Giur. it.*, 2013, 2397 [2].
- BISIGNANO V., *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare: profili processuali e risarcitori*, in *Società*, 2016, 609.
- BONAVERA E. E., *Il presunto inadempimento dell'incarico di revisione contabile ed alcune*

- riserve della società di revisione su un bilancio scorretto – Questioni in tema di adempimento dell'incarico affidato alla società di revisione*, in *Società*, 2009, 316.
- BONELLI F., *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1989, 968.
- BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2004.
- BRUNO S., *La (Nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, 785.
- BUSSOLETTI M., *Le società di revisione*, Milano, 1985, 44 [1].
- BUSSOLETTI M., *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli Ias e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, 1171 [2].
- BUTA G. M., *Commento all'art 164*, in *Testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) ***, Commentario diretto da G.F. CAMPOBASSO, Torino, 2002, II, 1355 [1].
- BUTA G. M., *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005 [2].
- BUTA G. M., *Commento all'art. 15*, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, a cura di N. DE LUCA, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, 160 [3].
- CALDARONE R. - TUCCI G., *La responsabilità nell'esercizio dell'attività di revisione e certificazione del bilancio: prime pronunce della giurisprudenza e tendenze evolutive*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 294.
- CALVO A. - RITROVATO F., *Il controllo legale dei conti: la figura del revisore contabile alla luce della riforma societaria*, in *Società*, 2007, 1318.
- CAMPIONE R., *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità* in *Giur. Comm.*, 2017, I, 97.
- CARATTOZZOLO M., *Il Bilancio di esercizio*, Milano, 1998.
- V. CARIDI, *Danno e responsabilità da informazione finanziaria*, Milano, 2012.
- CASADEI D., *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000.
- CAVALLI G., *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, vol. 5, Torino, 1988, 178.
- COLOMBO G. E., *Commento all'art. 156*, in *Testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) ***, Commentario diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, II, 1297 [1].
- COLOMBO G. E., *La revisione contabile nelle società non quotate: alcuni problemi attuali*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 530 [2].
- CRESPI A., *La pretesa « posizione di garanzia » del revisore contabile*, in *Riv. soc.*, 2006, 373.
- DAL SOGLIO P., *L'azione individuale di responsabilità come reazione del creditore all'indempimento della società, con uno sguardo sull'art. 2449 previgente* (nota a Cass. 5 agosto 2008, n. 21130), in *Giur. comm.*, 2010, II, 246.
- DE ANGELIS L. - BOZZA E., *Revisione legale le nuove regole*, in *Italia Oggi Sette*, 25 luglio 2016.
- DE NADAI M., *La « nuova » responsabilità dei revisori legali dei conti: criticità e disarmonie normative*, in *Banca impresa e società*, 2011, I, 397.
- FACCI G., *Il danno da informazione inesatta nella revisione contabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2013.
- FIORUZZI P. - DE NARDIS E. S. - PUPPIENI N. B., *Commento sub art. 94 T.u.f.*, in *Commentario T.u.f.* a cura di M. Fratini-G. Gasparri, Torino, 2012, pag. 1080.
- FORTUNATO S., *Commento all'art. 2409-ter*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 813 [1].

- FORTUNATO S., *Commento all'art. 2409-sexies*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 853 [2].
- FORMISANI R., *La responsabilità dei revisori legali e il vincolo solidale con gli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 50.
- GIETZMANN-QUICK, *Capping auditor liability: The German experience*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1998, 81.
- GIUDICI P., *Il dibattito sulla limitazione di responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini - G. Carcano - M. Ventoruzzo, Milano, 2007, 965 [1].
- GIUDICI P., *Responsabilità civile e mercati finanziari*, Milano, 2008 [2].
- GIUDICI P., *La nuova disciplina della revisione legale*, in *Società*, 2010, 533 [3].
- GIUDICI P., *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010, 33 [4].
- JAEGER P.- DENOZZA F. - TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010.
- LAGANÀ G., *Frodi societarie e corporate governance*, in *Economia d'impresa*, Sole24ore, 2004.
- MAGGIOLINO M., *Commento all'art. 2409-ter cod. civ.*, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale, controllo contabile*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 393 [1].
- MAGGIOLINO M., *Commento all'art. 2409-sexies cod. civ.*, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale, controllo contabile*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 555 [2].
- MIOOTTO L., *La funzione di revisione legale: intersezione fra disciplina dell'attività e dei soggetti*, in *Riv. soc.*, 2018, 433.
- MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto Commerciale*, a cura di G. COTTINO, vol. IV, Tomo II, Padova, 2004, 295.
- PAPAGNI V., *Il giudizio positivo della società di revisione non esonera l'amministratore da responsabilità*, in *Diritto e Giustizia*, 2015.
- PATINI F., *La responsabilità della società di revisione*, in *Il Corriere Giuridico*, 2014, 113.
- PICCIAU A., *Commento agli artt. 2393, 2393-bis e 2394-bis c.c.*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, III, 604.
- PISA I., *Le responsabilità da reato delle società di revisione dopo la riforma* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1053.
- PRESTI G., *La responsabilità del revisore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 175.
- QUAGLIOTTI L., *Il diligente modus operandi nella verifica della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 701.
- QUATRARO B., *La responsabilità civile della società di revisione e la responsabilità penale del revisore contabile*, in *Il controllo legale dei conti*, 1997, 22.
- RONDINELLI M., *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 629.
- ROSSI A., *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 1985, 152.
- SALAFIA V., *Alcune questioni in materia di revisione contabile istituita volontariamente*, in *Società*, 1998, 1171 [1].
- SALAFIA V., *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*, in *Società*, 2002, 1513 [2].
- SALAFIA V., *Il conferimento dell'incarico di revisione, la revoca e le dimissioni*, in *Società (Gli speciali)*, 2010, 5 [3].
- SALERNO F., *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. soc.*, 2013, 985 [1].

- SALERNO F., *La “risoluzione consensuale” dell’incarico di revisione legale*, in *Riv. soc.*, 2014, 1388 [2].
- SALERNO F., *Poteri sanzionatori e responsabilità congiunta dei controllori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 817 ss. [3].
- SARTORI F., *La responsabilità da prospetto informativo*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 8/2011.
- SASSO C., *Commento all’art. 2409-ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, 1031.
- SANGIOVANNI V., *Il d.lgs. n. 39/2010 e la nuova responsabilità civile da revisione*, in *Danno e Resp.*, 2011, 361 [1].
- SANGIOVANNI V., *La responsabilità della società di revisione nel caso Parmalat*, in *Corr. Giur.*, 2009, 536 [2].
- SPIOTTA M., *La responsabilità civile del revisore legale in base all’art. 15 del d.lgs. 39/2010*, in *Giur. comm.*, I, 2012, 693 [1].
- SPIOTTA M., *La nozione di “danno diretto” (nella fattispecie della negligente revisione) secondo le Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2010, 1084 [2].
- STRAMPELLI G., *Commento all’art. 11*, in *La Revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, a cura di N. De Luca, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, 138.
- TEDESCHI G. U., *Commento all’art. 2407*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Schlesinger, Milano, 1992.
- VIOLANTE U., *Luci e ombre nella responsabilità eurounitaria del revisore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2016, 623.

MASSIME (*)

Società — Di capitali — Cessione di quote di s.r.l. — Mancata indicazione dell'esistenza di debiti — Capitale inferiore al minimo legale — Risoluzione del contratto in ogni tempo — Ammissibilità — Rispetto dei termini di decadenza e prescrizione — Esclusione.

Le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di “secondo grado”, in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede; conseguentemente la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto *ex art. 1497, c.c.*, ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi “radicalmente diversi” da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'*art. 1495 c.c.*

Cass. civ., Sez. VI - 2 Ord., 12 settembre 2019, n. 22790 - Pres. P. D'Ascola - Est. L. Abete

* * *

Società — Di capitali — Società per azioni (Nozione, caratteri, distinzioni) — Organi sociali — Amministratori — Rappresentanza della società — Limitazioni del potere di rappresentanza ex art. 2384, comma 2, c.c. — Rappresentanza sostanziale — Opponibilità ai terzi di buona fede — Esclusione — Fondamento.

Le limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori di società di capitali, risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, ai sensi dell'*art. 2384, comma 2, c.c.*, non sono opponibili ai terzi di buona fede, non solo quando si tratti di limitazioni alla rappresentanza processuale, ma anche per

(*) Massime a cura di Isabella Maffezzoni.

le limitazioni alla rappresentanza sostanziale poiché la norma, che si riferisce ai poteri degli amministratori in via generale, prendendo in esame gli effetti della buona fede della controparte, si attaglia più appropriatamente all'ambito della rappresentanza negoziale.

Cass. civ., Sez. 1, Ord. 10 luglio 2019, n. 18536 - Pres. M. G. Sambito - Est. U. L. Scotti

* * *

Giurisdizione civile — Giurisdizione ordinaria e amministrativa — Corte Dei Conti — Società di capitali a partecipazione pubblica — Azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali e dei dipendenti — Giurisdizione del giudice ordinario — Sussistenza — Fondamento — Giurisdizione contabile — Configurabilità — Condizioni.

Il danno al patrimonio di una società a partecipazione pubblica conseguente a “*mala gestio*” da parte degli amministratori (o componenti dell'organo di controllo) e dei dipendenti, non è qualificabile in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio, atteso che la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, né di configurare un rapporto di servizio tra l'ente medesimo e l'agente; pertanto, la domanda con la quale si fa valere la responsabilità degli organi sociali resta generalmente devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre quella della Corte dei conti è ravvisabile eccezionalmente nelle due specifiche fattispecie delle società “in house” e delle società “legali”, caratterizzate, rispettivamente, da una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa P.A. (cui è immanente il rapporto di servizio tra quest'ultima e gli amministratori e dipendenti della società) e da uno statuto speciale che consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici.

Cass. civ., Sez. U, Ord. 11 settembre 2019, n. 22712 - Pres. S. Schirò - Est. L. A. Scarano

* * *

Contratti in genere — Simulazione (Nozione) — Assoluta — Società di capitali — Atto costitutivo — Simulazione assoluta — Configurabilità — Esclusione — Fondamento.

La simulazione assoluta dell'atto costitutivo di una società di capitali,

iscritta nel registro delle imprese, non è configurabile in ragione della natura stessa del contratto sociale, che non è solo regolatore degli interessi dei soci, ma si atteggia, al contempo, come norma programmatica dell'agire sociale, destinata ad interferire con gli interessi dei terzi, donde l'irrelevanza, dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese e la nascita del nuovo soggetto giuridico, della reale volontà dei contraenti manifestata nella fase negoziale; tale fondamento, espressione del valore organizzativo dell'ente, è sotteso all'art. 2332 c.c., imponendosi dunque una lettura restrittiva dei casi di nullità della società da essi previsti, in nessuno dei quali è, quindi, riconducibile la simulazione.

Cass. civ., Sez. 1, Ord. 5 agosto 2019, n. 20888 - Pres. C. De Chiara - Est. L. Nazzicone

* * *

Contratti in genere — Contratto a favore di terzi — In genere — Assunzione in proprio da parte di un socio di una società di capitali, di obbligazioni pecuniarie verso un prestatore d'opera della società — Contratto a favore del terzo (società) — Configurabilità — Fattispecie.

Nel negozio con il quale il socio di una società di capitali assume, spontaneamente ed in proprio, determinate obbligazioni pecuniarie verso un soggetto che già presta la sua opera in favore della società, al dichiarato fine di ottenere una più completa ed efficace esplicazione di tale attività a vantaggio della società, è ravvisabile un interesse economico del socio medesimo idoneo a configurare un valido e lecito contratto a titolo oneroso a favore di terzo e cioè della società, avente la stessa causa del contratto preesistente tra il prestatore d'opera e la società. (Nella specie la S.C., sul presupposto dell'esistenza di un'obbligazione solidale, ha ritenuto sussistere la legittimazione processuale passiva del socio di una s.r.l. che si era personalmente obbligato, unitamente ad altro socio avente altresì la carica di amministratore, a remunerare un professionista per la sua attività di rappresentanza in favore e nell'interesse della società).

Cass. civ., Sez. 6 - 2 Ord. 25 luglio 2019, n. 20157 - Pres. L. G. Lombardo - Est. S. Oliva

* * *

Società — Di capitali — Società per azioni (Nozione, caratteri, distinzioni) — Organi sociali — Collegio sindacale — Doveri — In genere — Condotta gestoria illecita degli amministratori — Omessa adeguata vigilanza dei sindaci — Responsabilità — Condotta esigibile.

Non è sufficiente ad esonerare i sindaci della società da responsabilità, in

presenza di una illecita condotta gestoria posta in essere dagli amministratori, la dedotta circostanza di esserne stati tenuti all'oscuro o di avere assunto la carica dopo l'effettiva realizzazione di alcuni dei fatti dannosi, qualora i sindaci abbiano mantenuto un comportamento inerte, non vigilando adeguatamente sulla condotta degli amministratori, sebbene fosse da essi esigibile lo sforzo diligente di verificare la situazione e porvi rimedio, di modo che l'attivazione dei poteri sindacali, conformemente ai doveri della carica, avrebbe potuto permettere di scoprire le condotte illecite e reagire ad esse, prevenendo danni ulteriori.

Cass. civ., Sez. 1, Sent. 12 luglio 2019, n. 18770 - Pres. A. Didone - Est. L. Nazzicone

* * *

Società — Di capitali — Società per azioni (Nozione, caratteri, distinzioni) — Organi sociali — Assemblea dei soci — Deliberazioni — Invalide — Impugnazione — In genere — Impugnazione di delibera assembleare — Sopravvenuto fallimento della società — Sussistenza dell'interesse ad agire — Allegazione — Necessità — Fattispecie.

In tema di impugnazione delle deliberazioni assembleari della società, il sopravvenuto fallimento di quest'ultima comporta il venir meno dell'interesse ad agire per ottenere una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato, quando l'istante non deduca ed argomenti il suo perdurante interesse, avuto riguardo alle utilità attese dopo la chiusura della procedura fallimentare (nella specie la S.C. ha dichiarato d'ufficio l'inammissibilità del ricorso per cassazione proposto da alcuni soci di minoranza avverso la deliberazione di approvazione del bilancio, di ricostituzione e successivo aumento del capitale di una società a responsabilità limitata, dichiarata fallita dopo la pronuncia della sentenza della corte d'appello oggetto di ricorso).

Cass. civ., Sez. 1 Sent. 26 giugno 2019, n. 17177 - Pres. F. A. Genovese - Est. L. A. Nazzicone

* * *

Società — Di persone fisiche (Nozione, caratteri, distinzioni) — Società in nome collettivo (nozione, caratteri, distinzioni) — Norme applicabili — Rapporti con i terzi — Mancata registrazione — Responsabilità dei soci — Escussione preventiva del patrimonio sociale, Socio illimitatamente responsabile — Titolo giudiziale ottenuto nei confronti della società — Possibilità di dotarsi di un secondo titolo esecutivo nei confronti del socio — Sussistenza — Fondamento.

Il creditore che sia munito di un titolo esecutivo nei confronti di una

società di persone può avere interesse a dotarsi di un secondo titolo esecutivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, al fine di poter iscrivere ipoteca giudiziale sui beni immobili personali di questi ultimi, non potendo a tal fine avvalersi del titolo ottenuto nei confronti della società.

Cass. civ., Sez. 3 Ord. 28 agosto 2019, n. 21768 - Pres. A. Amendola - Est. M. Rossetti

* * *

Società — Di capitali — Società a responsabilità limitata (Nozione, caratteri, distinzioni) — Organi Sociali — Assemblea dei soci — Deliberazioni — Omessa convocazione del socio — Conseguenze — Nullità — Fondamento — Fattispecie.

In tema di società a responsabilità limitata, la deliberazione dell'assemblea assunta senza la convocazione di uno dei soci è da ritenersi nulla, poiché il disposto dell'art. 2479 *ter*, comma 3, c.c., nella parte in cui considera le decisioni prese "in assenza assoluta di informazioni" non si riferisce soltanto alla mancanza di informazioni sugli argomenti da trattare ma anche alla mancanza di informazioni sull'avvio del procedimento deliberativo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, rilevando che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, relativo a un credito deliberato dall'assemblea di una s.r.l., a cui il socio destinatario dell'ingiunzione non era stato convocato, il giudice di merito avrebbe dovuto valutare la nullità della deliberazione e la ricaduta di tale nullità sulla prova scritta del credito azionato in via monitoria).

Cass. civ., Sez. 1 Ord. 16 settembre 2019, n. 22987 - Pres. A. Valitutti - Est. L. Tricomi

* * *

Società di capitali aventi medesima denominazione — Risoluzione del conflitto tra segni — Criteri — Impresa — Ditta — In genere — Impresa — Segni di Individuazione e di distinzione.

Qualora due società di capitali abbiano la medesima denominazione il conflitto tra i segni distintivi deve essere risolto attribuendo prevalenza all'iscrizione nel registro delle imprese, o nel registro delle società per il periodo che precede l'entrata in vigore della l. n. 580 del 1993, che è intervenuta per prima, senza che assuma rilievo né il mero pregresso utilizzo della stessa denominazione da parte di altra società, che ha cessato da tempo di operare e che faceva capo a familiari del socio di una della società registrata

per seconda, né il fatto che la denominazione di quest'ultima coincida col cognome di uno di tali soci.

Cass. civ., Sez. 1 Sent. 14 agosto 2019, n. 21403 - Pres. F. A. Genovese - Est. M. Falabella

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA CONCURSUALE

L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI: IL CONFRONTO CON IL CODICE DELLA CRISI DELLE IMPRESE E DELL'INSOLVENZA ED IN PARTICOLARE CON LA MODIFICA DELL'ART. 2486 DEL CODICE CIVILE

di ANDREA MERLO

1. Premessa introduttiva sull'oggetto e sul perimetro di analisi del presente scritto.

L'art. 2392 c.c. dispone che gli amministratori devono adempiere i doveri a loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, precisando che gli stessi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza a tali doveri.

Le violazioni ai doveri suddetti sono generalmente qualificate come atti “di *mala gestio*”, che in concreto possono scaturire da comportamenti di vario genere, sia commissivi che omissivi.

Idealmente, potremmo radunare gli atti di *mala gestio* in alcuni gruppi ben distinti, ovvero:

1) atti od omissioni specifiche, chiaramente individuabili, a cui si riconnette, ineluttabilmente, la causazione di un danno alla società: il caso di più immediata percezione è la distrazione di una somma di danaro o di un altro bene di proprietà sociale (fatto commissivo illecito); oppure l'omesso compimento di un atto gestionale doveroso — come l'omesso pagamento di imposte o contributi previdenziali, sussistendo le risorse necessarie —, da cui discende l'applicazione di sanzioni economiche (fatto omissivo illecito);

2) atti od omissioni specifiche, chiaramente individuabili o meno, che pur essendo espressione di una gestione amministrativa illegittima, non conducono all'identificazione immediata di effetti dannosi, i quali risultano percettibili solo alla luce dell'osservazione di lungo periodo dell'andamento sociale: si pensi ad esempio all'omessa rilevazione di una causa di scioglimento della società prevista dall'art. 2484 c.c. e alla “normale” prosecuzione

dell'attività d'impresa dopo l'avveramento di tale causa; oppure all'ipotesi di scelte dettate, apparentemente, da una precisa strategia aziendale, che *ex post* si rivelino indirizzate a favorire un concorrente; oppure ad una gestione amministrativa e contabile talmente disordinata, da impedire la ricostruzione attendibile dell'andamento economico-finanziario della società, poi dichiarata fallita;

3) illeciti, commissivi od omissivi, che non producono alcun danno alla società: si pensi ad un voluto falso in bilancio, che tuttavia non altera sostanzialmente il risultato d'esercizio e né la percezione all'esterno del reale andamento della società.

I casi riconducibili al punto 3) non destano particolare interesse, perlomeno non ai fini del tema qui in esame.

Infatti, per configurare la responsabilità da *mala gestio* a carico degli amministratori non è sufficiente identificare gli illeciti da essi commessi, ma occorre anche che sia dimostrato che tali illeciti sono la causa prima (come suol dirsi, "immediata e diretta") di danni concreti risentiti dalla società e/o da altri soggetti qualificati legalmente (i creditori, i soci od altri soggetti terzi).

Inoltre, i danni prodotti da *mala gestio* debbono essere non soltanto identificabili, ma anche misurabili economicamente, di modo che ne sia possibile la conversione in danaro da addebitarsi al danneggiante tramite una pronuncia di condanna per risarcimento danni.

Ne consegue allora che meri illeciti gestionali non possono trovare ingresso in azioni giudiziali risarcitorie, per la semplice ragione che difetta in tal caso l'oggetto del *petitum*, cioè il danno.

Questo essendo il nocciolo della questione, ben si comprende allora, sul versante esattamente opposto, che gli atti di *mala gestio* di cui al gruppo 1) non suscitano, almeno concettualmente, problemi ermeneutici particolari, perché per essi le cose sono piuttosto chiare e di immediata percezione: il fatto illecito è esattamente identificabile ed è l'evidente causa prima di un danno percettibile e misurabile economicamente, ragion per cui esso conduce, ineluttabilmente, ad una sentenza di condanna risarcitoria in misura corrispondente all'entità del danno ⁽¹⁾.

Ben più difficile è invece la valutazione per quanto attiene agli atti illeciti che, nello schema di comodo di cui dianzi, abbiamo ricondotto al gruppo 2).

Qui il confronto è con una realtà fattuale dinamica e quasi sempre sfuggente nei suoi contorni esatti, e per ciò stesso più difficilmente inquadrabile in termini di fattispecie risarcitoria.

Diversi fatti illeciti, poi, possono intrecciarsi tra loro, o collocarsi in un

⁽¹⁾ Se ciò è vero sul piano concettuale, va detto che in concreto non sempre i fatti riflettono il "bianco" o il "nero", ma sovente sono espressione di "zone grigie" più o meno sfumate, che rendono difficoltosa l'identificazione e dimostrazione degli illeciti. Ciò tanto più, ove si consideri che l'analisi dei fatti viene sempre condotta *ex post* da un interprete (quasi sempre un curatore) privo del "retroterra storico" e chiamato a ricostruire i fatti stessi sulla base di dati ed elementi non sempre (quasi mai) adeguati al caso.

contesto che, in via generale, può apparire improntato ad una gestione societaria men che corretta; e via dicendo, a formare una serie infinita di combinazioni possibili, che tuttavia hanno un elemento in comune nella maggior parte dei casi: i danni provocati dalla *mala gestio* emergono all'esterno solo dopo diversi anni ed in concomitanza con il dissesto della società.

Questo spiega perché la gran parte delle azioni di responsabilità verso gli amministratori (e verso gli organi di controllo e revisione) vengono promosse dai curatori fallimentari.

L'importanza del fenomeno convoglia dunque la nostra analisi sulle azioni di responsabilità promosse da una procedura concorsuale, allorquando il conclamato dissesto fa venire alla luce tutti i problemi accumulatisi nel tempo, tra cui appunto quelli che rinvergono la loro matrice nel fenomeno della *mala gestio*.

La recente approvazione D.Lgs. 14 febbraio 2019 n.12 (in G.U. 14.2.2019 n. 6/L, parte prima), con cui è stato promulgato il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, destinato a sostituire integralmente l'attuale “legge fallimentare”, suggerisce di orientare il perimetro della nostra analisi a temi suscitati dalla riforma, che come noto entrerà a regime il 14 agosto 2020, ma che per un determinato insieme di norme del nuovo Codice, che riguardano anche l'argomento *de quo*, è già in vigore dal 14 marzo 2019.

2. Le modifiche dell'assetto normativo dell'azione di responsabilità introdotte dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (“C.C.I.I.”).

2.1. Premessa.

Il nuovo C.C.I.I. ha introdotto numerose norme che interessano, direttamente o indirettamente, il tema della responsabilità degli amministratori e degli altri organi societari.

Senza pretesa di completezza, passiamo in rassegna le principali modifiche in questione, dedicandovi qualche commento.

Il quadro verrà completato nel capitolo successivo, con l'analisi del nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c. (introdotto dall'art. 378 C.C.I.I.), che tocca il tema centrale del presente articolo.

2.2. L'articolo 255 C.C.I.I. (ex articolo 146 L.F.) sulle azioni di responsabilità esperibili dal curatore.

La disposizione prevede l'attribuzione al curatore della legittimazione ad esercitare o, se pendenti, a proseguire — anche separatamente e, quindi, non

più in forma necessariamente cumulativa, come accade con la disciplina disegnata dall'art. 146 L.F. — le seguenti azioni giudiziali di natura risarcitoria:

— l'azione sociale di responsabilità (artt. 2392-2393, 2476, 2485-2486 c.c., 2409-*decies* nel caso di consiglio di gestione nel sistema dualistico; 2409-*noviesdecies* nel caso di CdA nel sistema monistico)

— l'azione di responsabilità dei creditori sociali (artt. 2394, 2476, comma 5-bis, c.c., 2485-2486; 2409-*undecies* per il consiglio di gestione nel sistema dualistico delle s.p.a.; 2409-*noviesdecies* per il CdA nel sistema monistico delle s.p.a.)

— l'azione di responsabilità verso i soci di s.r.l. che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato atti di *mala gestio* (art. 2476, co. 7 c.c.)

— nel caso di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497, co. 4 c.c.

I legittimati passivi non sono più individuati soggettivamente, “*onde evitare questioni di una più o meno vasta area di differente applicazione soggettiva*” (così la Relazione Ministeriale).

Volendo “ricostruire” la griglia dei potenziali destinatari dell'azione, possiamo identificarli come segue:

— gli amministratori (artt. 2392, 2393, 2394, 2485, 2486 c.c.)

— i liquidatori (art. 2489 c.c.)

— i sindaci (artt. 2407 e 2477 c.c.)

— i revisori contabili (art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010)

— i direttori generali (art. 2396 c.c.)

— i soci della s.r.l. che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato l'atto di *mala gestio* degli amministratori della società in liquidazione giudiziale (art. 2476, settimo comma, c.c.)

— i componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico (azione sociale artt. 2409-*decies* e azione dei creditori sociali art. 2409-*undecies* c.c.)

— i componenti del CdA del sistema monistico (art. 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c.);

— la società o l'ente che esercita funzioni di direzione e coordinamento sulla società danneggiata in liquidazione giudiziale (art. 2497 c.c.).

L'articolo 255 contempla poi una classica norma di chiusura, secondo la quale il curatore è legittimato ad esercitare le altre azioni di responsabilità che “*gli sono attribuite da singole disposizioni di legge*”.

La norma, infine, non ha riprodotto la previsione per cui le azioni di responsabilità in esame devono essere esercitate dal curatore “*previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori*” (come previsto dal secondo comma dell'art. 146 L.F.), in tal modo semplificandone l'esercizio, che rimane così assoggettato alle medesime disposizioni che regolano ogni altro tipo di iniziativa giudiziaria del curatore.

2.3. L'art. 375 C.C.I.I. e la modifica dell'art. 2086 c.c.; l'art. 377 C.C.I.I. e gli assetti organizzativi societari (modifica degli artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies e 2475 c.c.)

L'articolo 375 C.C.I.I. riformula il titolo della rubrica dell'articolo 2086 del codice civile (da *“Direzione e gerarchia dell'impresa”* a *“Gestione dell'impresa”*) ed in attuazione di uno specifico principio di delega (v. art.14, co.1, lett.b, della L. 19.10.2017, n.155) vi inserisce il comma 2, che per favorire l'emersione tempestiva della crisi, impone all'imprenditore diverso dall'imprenditore individuale (*“che operi in forma societaria o collettiva”*) due doveri specifici:

a) l'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale,

b) l'obbligo di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

In coerenza con la modifica introdotta dall'art. 375 C.C.I.I. l'articolo 377 dello stesso Codice estende a tutti i tipi di società, sia di persone che di capitali, gli obblighi previsti dall'articolo 2086, comma 2, c.c..

A tal fine, vengono modificati in modo sintonico gli articoli 2257, 2380-bis, 2409-novies e 2475 del codice civile.

Il primo dovere attiene alla responsabilità incombente all'organo amministrativo di dotare l'impresa di un assetto interno adeguato al suo buon funzionamento, in tutte le componenti in cui si articola.

Tali obblighi erano già contemplati dall'ordinamento (v. ad esempio artt. 2403, 2381, co.3 e 5 c.c.), ma la riforma ne sottolinea l'importanza anche in funzione della rilevazione tempestiva “della crisi dell'impresa” e della “perdita della continuità aziendale”, cui si correla la necessità di adottare tempestivamente gli strumenti messi a disposizione dalla nuova legge per affrontare tali evenienze.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) del C.C.I.I., il concetto di *“crisi”* viene definito come *“lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”* ⁽²⁾.

Secondo lo spirito della riforma, la tempestiva rilevazione dello stato di crisi costituisce un passaggio di esiziale importanza per scongiurare il disse-

⁽²⁾ La nozione di “crisi” si diversifica da quella di “insolvenza”, che la lettera b) del comma citato definisce come *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*.

sto conclamato tramite l'adozione degli strumenti messi a disposizione dal nuovo Codice.

A tal fine, l'art. 13 C.C.I.I. identifica gli *“indicatori della crisi”*, assegnando al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili il compito di elaborare tali indici *“con cadenza almeno triennale”*.

Inoltre, il Codice contempla misure premiali nel caso di tempestivo ricorso alle procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi (v. art. 25), all'uopo definendo anche il concetto di *“tempestività”* dell'iniziativa (v. art. 24).

Il concetto di *“continuità aziendale”*, definito negli articoli 25 e 26 del Principio Contabile Internazionale (IAS) 3.11.2008 n. 1 (in GUCE 29.11.2008, n. L 320), è imperniato sulla idoneità dell'impresa a *“continuare a operare come un'entità in funzionamento”*, sulla base di una valutazione che spetta all'organo amministrativo in vista della predisposizione del bilancio d'esercizio, che va condotta tenendo conto *“di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di chiusura dell'esercizio”* ⁽³⁾.

Come dunque ben si vede, gli obblighi imposti agli amministratori dal testo del nuovo secondo comma dell'articolo 2086 c.c. assumono una valenza fondamentale nell'ottica del successo della riforma, in considerazione della centralità del tema della rilevazione tempestiva della crisi.

La realizzazione di tale obiettivo, infatti, postula necessariamente che l'assetto organizzativo interno dell'impresa consenta la tempestiva rilevazione.

Di qui la rilevanza dell'argomento anche sul piano delle potenziali responsabilità degli amministratori, ogni qualvolta si avrà a constatarne la negligenza rispetto ai doveri testé descritti.

2.4. L'art. 379 C.C.I.I. e la modifica dell'art. 2477 c.c. in relazione all'art. 2409 c.c.

Sempre nell'ottica di favorire l'emersione e la gestione tempestiva della crisi, in attuazione di uno specifico principio di delega, l'art. 379 C.C.I.I. amplia le ipotesi in cui, nelle società a responsabilità limitata, è obbligatoria la nomina degli organi di controllo interni e dei revisori.

E con un nuovo 6° comma, introduce nelle “s.r.l.” la facoltà della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., specificando che essa si impone *“anche se la società è priva dell'organo di controllo”* (bastava allora dire, più semplicemente, che alla s.r.l. si applica l'art. 2409 c.c.).

In questo modo, il legislatore ha inteso comporre un contrasto giurispru-

⁽³⁾ Il concetto di *“continuità aziendale”* è stato recepito dall'art. 2423-bis c.c., che nel codificare i principi di redazione del bilancio ha statuito, al n. 1) del primo comma, che *“la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività”*.

denziale molto aspro, sorto in seguito ad una pronuncia della Corte Cost. (sentenza 29/12/2005, n. 481) che aveva escluso un problema di legittimità costituzionale per disparità di trattamento tra “s.p.a.” e “s.r.l.” rispetto a questo tema, ritenendo che all’assenza del controllo giudiziale nelle “s.r.l.” facesse da adeguato *pendant* l’ampliamento dei poteri riconosciuti ai soci non amministratori: accesso ai documenti della società e legittimazione all’azione sociale di responsabilità, con facoltà in tal caso di chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, la revoca degli amministratori.

Secondo la Corte delle leggi, non vi sarebbe per questo alcuna disparità di trattamento tra i soci di “s.r.l.” e “s.p.a.”.

Sennonché, parte della giurisprudenza di merito è insorta assumendo la ammissibilità della denuncia al tribunale nel caso di s.r.l. dotato di collegio sindacale obbligatorio (Trib. Napoli 14.5.2008).

Cass., 13.1.2010, n. 403 si era allineata alla pronuncia della Corte Costituzionale, ma Trib. Milano (decr.) 26.3.2010, in *Le società*, 2010, 820 ⁽⁴⁾, ne ne era discostata motivatamente e così anche Trib. Bologna 4.2.2015.

La riforma ha ora sanato definitivamente il contrasto.

2.5. L’art. 378 C.C.I.I. e la modifica dell’art. 2476 del codice civile.

In materia di responsabilità degli amministratori, l’articolo 378 C.C.I.I. ha introdotto due importanti modifiche: l’inserimento del comma 5-bis dell’art. 2476 c.c. e l’inserimento del comma 3 dell’art. 2486 c.c.

Consideriamo la prima modifica, riportando il testo del nuovo comma dell’art. 2476 c.c.:

“Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale. L’azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all’azione da parte della società non impedisce l’esercizio dell’azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l’azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi”.

Secondo la Rel.min., con la modifica “*si responsabilizzano maggiormente gli amministratori rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, in quanto si prevede espressamente che essi rispondono verso i creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*”.

⁽⁴⁾ Questa la massima di Trib.Milano (decr.), 26.3.2010: “È ammissibile per i sindaci nominati in una s.r.l. richiedere al tribunale di sottoporre la società a controllo giudiziario nel caso di gravi irregolarità poste in essere dall’amministratore. A riguardo, il richiamo di cui all’art. 2477 c.c. alle norme in materia di società per azioni ricomprende, infatti, anche l’art. 2409 c.c. inserito dal legislatore nella sezione dedicata al Collegio sindacale di tale tipologia societaria. Non appare rilevante il fatto che nelle s.r.l. risultino particolarmente penetranti i poteri di ispezione del socio, risultando il controllo ex art. 2409 c.c. finalizzato a tutelare interessi diversi e più vasti rispetto a quelli tipici della compagine sociale”.

Il riformatore ha dunque disciplinato espressamente l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori delle società a responsabilità limitata, così componendo il contrasto dottrinale e giurisprudenziale tra chi riteneva inammissibile tale azione e chi invece la riteneva praticabile.

Come noto, il tema era sorto in quanto la riforma del diritto societario del 2003, nel dissociare apertamente lo statuto della "s.r.l." rispetto a quello della "s.p.a.", aveva introdotto la disciplina dell'azione di responsabilità delle s.r.l. con un nuovo testo dell'art. 2476 c.c., il quale disponeva che gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società (in sintonia con l'art. 2392 c.c. per le s.p.a.), ma non aveva anche fatto menzione della responsabilità verso i creditori sociali per violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, né aveva espressamente richiamato il dettato *in parte qua* dell'art. 2394 c.c. relativo alla disciplina di tale azione nelle s.p.a..

Era peraltro prevalso l'orientamento che riteneva esperibile l'azione *de qua* (anche per le s.r.l., in considerazione del carattere speciale dell'art. 146 L.F. (che attribuisce al curatore tutte le azioni di responsabilità previste dalla legge) rispetto alla disciplina codicistica⁽⁵⁾), talora anche invocandosi l'interpretazione analogica dell'art. 2394 c.c.

Ora il riformatore della disciplina concorsuale ha risolto definitivamente il contrasto di orientamenti testé descritto.

3. In nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., introdotto dall'art. 378 C.C.I.I.

3.1. Genesi della norma: la giurisprudenza formatasi in materia di quantificazione del danno risarcibile da parte degli amministratori.

Una delle più importanti modifiche introdotte dalla riforma delle proce-

⁽⁵⁾ In tal senso v. già Trib. Napoli, 12.5.2004, in *Le società*, 8, 1013, con nota di CRISTIANO). In termini non dissimili è poi intervenuta Cass., 21.7.2010, n. 17121, in *Il fallimento*, 2011, 375, statuendo che in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata la riforma societaria, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146, in quanto per tale disposizione, come riformulata nel 2003, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.

ture concorsuali in materia di responsabilità degli amministratori è senza dubbio costituita dalla introduzione, da parte dell'art. 378 C.C.I.I., del nuovo 3° comma dell'art. 2486 c.c., che così recita:

“Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.

Secondo la Relazione Ministeriale, la modifica, così *“come richiesto dalla legge delega”*, stabilisce come criterio di liquidazione dei danni conseguente all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, il criterio della *“differenza dei netti patrimoniali”* o del c.d. *“deficit incrementale”*, con il correttivo della detrazione dei costi di natura liquidatoria secondo un *“criterio di normalità”*.

Secondo la Relazione, *“La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare”.*

Il tema è notissimo e sempre molto dibattuto; e crediamo che il dibattito non verrà sopito dalla modifica normativa qui in commento.

Per comprendere ciò, occorre procedere da una breve digressione storica del portato giurisprudenziale.

Non senza ricordare che una ricostruzione esegetica accurata e lineare del criterio *“residuale”* di quantificazione del danno, costituito dalla differenza tra attivo e passivo fallimentare, è tracciata nella motivazione di Cass., S.U., 6.5.2015, n. 9100, pubblicata nelle più autorevoli riviste, tra cui *Il fallimento*, 2015, 8-9, 934, con nota di CARMELO, nonché in *Foro It.*, 2016, 1, 1, 272; e *Ibidem*, 2, 1, 666.

Tale pronuncia, su cui avremo modo di soffermarci oltre, è stata estesa da RORDORF, ovvero dal *“padre”* del C.C.I.I.

Dunque, in epoca più risalente, specie in presenza di contabilità tenuta in modo irregolare o nel caso di compimento di nuove ed indebite operazioni da parte degli amministratori dopo la perdita del capitale sociale, si era spesso affermato che il danno risarcibile poteva essere identificato nella differenza tra l'attivo acquisito ed il passivo accertato nel corso della procedura concor-

suale (v. Cass., 4.4.1977, n. 1281; Cass., 23.6.1977, n. 2671; Cass., 19.12.1985, n. 6493; e *passim*).

Successivamente, è stato preso atto che il criterio della differenza tra attivo e passivo concorsuale è “*concettualmente insostenibile*” (Cass., 15.2.2005, n. 3032; Cass., 8.2.2005, n. 2538; Cass., 23.7.2007, n. 16211; Cass., 23.6.2008, n. 17033).

Tuttavia, si è ritenuto che tale criterio possa essere utilizzato quale parametro per una liquidazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., una volta accertata l'impossibilità di una ricostruzione analitica dei singoli atti gestionali lesivi, sempreché il giudice fornisca una puntuale motivazione in ordine non soltanto all'effettiva impossibilità di una ricostruzione analitica dei comportamenti pregiudizievoli ascrivibili agli organi sociali, ma anche alla plausibilità logica dell'imputazione causale a tali comportamenti dell'intero sbilancio patrimoniale della società accertato in sede concorsuale (v. ad esempio le già citate sentenze di Cass., 15.2.2005, n. 3032 e Cass. 8.2.2005, n. 2538; il tema verrà ripreso dalla menzionata pronuncia a S.U. n. 9100/2015).

La lettura delle stesse sentenze citate e di altre consimili pone in evidenza lo sviluppo, in parallelo, di un concetto assai rigoroso, in ragione del quale il curatore che agisca con l'azione di responsabilità, ai fini dell'individuazione e della liquidazione del danno risarcibile (di regola, per l'illegittima prosecuzione dell'attività sociale a capitale perduto), ha l'onere di provare gli specifici inadempimenti contestati all'amministratore, dato che il danno va dimostrato in concreto come conseguenza immediata e diretta dei fatti di mala gestio (Cass. 23.6.2008, n. 17033, cit.). Occorre cioè provare l'esistenza di un nesso causale tra gli inadempimenti contestati e il danno di cui si chiede il risarcimento (v. ancora Cass., S.U. 6.5.2015, n. 9100, cit.). Si tratta del c.d. “nesso di causalità materiale”.

Tale orientamento, in sé e per sé, risulta spesso inappagante dal punto di vista dei risvolti pratici; e visto dal lato del concorsualista/curatore — avvezzo a scontrarsi quotidianamente con l'obiettivo difficoltà, quando non impossibilità, di ricostruire in modo accurato, a distanza di tempo, le nefandezze compiute nel corso degli anni dagli amministratori della decotta —, viene sovente vissuto come un ostacolo eccessivo al raggiungimento di esiziali obiettivi di giustizia sostanziale; obiettivi tanto più importanti, ove si consideri che la “posta in gioco” consiste nell'ovviare per quanto possibile ai gravi danni provocati ai creditori concorsuali, spesso a loro volta trascinati sul lastrico da un perverso effetto a catena.

Di qui, probabilmente, la scelta di numerosi curatori di preferire l'avvio delle azioni di responsabilità in sede penale, tramite costituzione di parte civile nei processi per bancarotta, ritenendo evidentemente che, in tal sede, gli schermi civilistici, contraddistinti da raffinate alchimie giuridiche, possano essere più agevolmente “superati” grazie alla visione sostanzialistica del diritto penale, che sul fronte civile può condurre a condanna risarcitoria tramite lo strumento della condanna provvisoria.

Con tutto ciò, determinandosi talvolta delle divaricazioni di “visioni” degli stessi fenomeni illeciti tra sede civile e sede penale ⁽⁶⁾.

Tornando all’arduo ambito dell’azione di responsabilità in sede civilistica, e segnatamente all’insoddisfazione diffusa indotta dal rigoroso orientamento della “causalità materiale”, gli smaniosi tentativi delle curatele di ottenere giusta ragione dei danni provocati al patrimonio sociale dalla *mala gestio* hanno attinto a percorsi differenti.

Si è dunque partiti dalla constatazione “ovvia” che la natura dinamica e complessa dell’attività di impresa può rendere il rispetto di un onere probatorio molto analitico estremamente difficile se non impossibile, cioè una vera *probatio diabolica*.

Ciò vale soprattutto nei casi in cui i danni contestati siano legati all’illegitimità prosecuzione per molto tempo, senza soluzione di continuità, dell’attività d’impresa a capitale interamente perduto; con l’aggravante che, nel

⁽⁶⁾ Emblematica in tal senso è la diversa concezione della legittimazione del curatore ad agire per i danni derivati alla massa dei creditori del fallimento da fatti di bancarotta preferenziale: se la giurisprudenza penale non dubita di tale legittimazione (v. Cass. pen., sez. 4, 27.9.2007, n. 40288), molto più tortuoso è stato invece il percorso che ha portato la giurisprudenza civilistica a conclusioni non dissimili. Fino al recente passato, infatti, i giudici civili negavano la legittimazione del curatore, sulla base della considerazione che il pagamento preferenziale danneggia il singolo creditore e non il patrimonio sociale, del resto potendosi ovviare all’alterazione della “par condicio” determinata dal pagamento preferenziale con l’azione revocatoria, che è azione di massa (al contrario dell’azione ex art. 2395 c.c., che spetta al singolo creditore danneggiato).

Solo recentemente, vi è stato un *revirement* grazie a Cass., S.U., 23.1.2017, n. 1641, in *Le società*, 2017, 5, 595, con nota di FAUCEGLIA, così massimata: “*Sussiste la responsabilità degli amministratori di una società che, in una situazione di evidente dissesto della stessa e violando gli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori, eseguano pagamenti preferenziali che attribuiscono ai creditori soddisfatti un’utilità maggiore rispetto a quella da questi conseguibile nel concorso fallimentare*”.

La pronuncia ed è stata poi seguita da Cass. (ord.), 12.10.2018, n. 25610, in *Le società*, 2018, 12, 1450; per la giurisprudenza di merito v. Trib. Milano (ord.), 28.7.2018, in *Il fallimento*, 2018, 12, 1491.

Circa i problemi di legittimazione attiva delle curatele rispetto a fenomeni illeciti di particolare rilievo per la portata dannosa alla massa, non possiamo qui non menzionare l’interessante dibattito, suscitato da due sentenze di segno opposto del 2017 della S.C., sulla estensione agli istituti bancari, in solido con gli amministratori, della responsabilità risarcitoria per fatti di ricorso abusivo al credito, e della correlata legittimazione attiva del curatore all’azione risarcitoria, che in precedenza era stata esclusa da ben tre pronunce consecutive delle SS:UU. (le nn. 7029, 7030 e 7031 del 2006): sul punto rinviando all’articolo di INZITARI, *Il curatore è legittimato all’azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4/2017, in cui l’AUTORE analizza il *leading case* (come da lui stesso definito) di Cass., 20.4.2017, n. 9983, di cui riportiamo una delle massime pubblicate: “*Il curatore fallimentare è legittimato ad agire ai sensi dell’art. 146 della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942) in correlazione con l’art. 2393 c.c., nei confronti della banca, ove la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell’abusivo ricorso al credito da parte dell’amministratore della predetta società*”.

Il principio è stato recepito immantinente da Trib. Milano 22.5.2017, in *Diritto fall.*, 2017, II, 1005 ss., così massimata: “*Il curatore è legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva di credito allorché essa sia convenuta quale terza responsabile del danno cagionato alla società fallita in solido con gli amministratori*”.

Di segno opposto Cass., 12.5.2017, n. 11798, che assumendo l’azione risarcitoria promossa dalla curatela in termini di illecito aquiliano anziché quale azione ex art. 2393 c.c., aveva escluso la legittimazione attiva del Fallimento, in considerazione della non riconducibilità di tale azione tra quelle c.d. “di massa”.

frattempo, i malfattori non lasciano traccia contabile del loro operato, oppure manovrano la contabilità e i bilanci in modo da celare il più possibile le loro nefandezze.

La giurisprudenza, pur profondamente legata al rigore “garantista” della teoria classica del risarcimento danni, ha dovuto prendere atto che, in una materia così fatta, è spesso insensato parametrare l’onere probatorio rispetto a singole operazioni economiche e pertanto ammette, già da tempo, il ricorso a criteri presuntivi e sintetici di prova.

Il più noto, ma ormai sussidiario, è il criterio già visto del differenziale attivo/passivo concorsuale.

Col volgere del tempo si è fatto strada il criterio del « differenziale dei netti patrimoniali », in ragione del quale il danno può essere individuato nella differenza tra il patrimonio netto al momento in cui gli amministratori avrebbero dovuto percepire la perdita del capitale sociale e quello esistente al momento in cui la società è stata effettivamente posta in liquidazione ⁽⁷⁾ o, alternativamente, è fallita, al netto dei costi ineliminabili della liquidazione calcolati secondo un criterio di normalità (tra le molte, v. già Cass., 8.2.2005, n. 2538).

Un ruolo molto attivo sul tema spetta alla giurisprudenza ambrosiana.

Si veda per tutte la pronuncia di Trib. Milano - Sezione Specializzata Imprese B, 23/09/2015, in *Pluris online*, la cui massima così recita:

“Il danno da illecita prosecuzione dell’attività sociale in presenza di una causa di scioglimento consiste, in linea teorica, nell’aggravamento della “perdita netta” ovvero, in quell’erosione del “patrimonio netto” che la prosecuzione dell’attività caratteristica (non meramente conservativa del valore e dell’integrità del patrimonio ex art. 2486 c.c.) abbia eventualmente prodotto. Non consiste, invece, nella “differenza tra attivo e passivo fallimentare”, differenza che attiene a due “grandezze” che non sono riconducibili alla condotta in tesi illecita degli amministratori, potendo lo stato passivo ricomprendere posizioni debitorie anteriori al verificarsi dello stato di scioglimento, ed essendo “l’attivo fallimentare” frutto anche della condotta (recuperatoria/liquidatoria) del curatore”.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, mette conto richiamare nuovamente Cass., 20.4.2017, n. 9983, già citata in nota 6, pubblicata in numerose riviste tra cui *Il fallimento*, 2017, 8-9, 908, con nota di TARZIA; *ibidem*, 2017, 11, 1157, con nota di BALESTRA; in *Le società*, 2018, 6, 765, con nota di CARMELLINO, così massimata:

“In ipotesi di azione ex art. 146 l. fall. nei confronti dell’amministratore, ed ai fini della liquidazione del danno cagionato da quest’ultimo per aver proseguito l’attività ricorrendo abusivamente al credito pur in presenza di una causa di scioglimento della società, così violando l’obbligo di cui all’art. 2486

⁽⁷⁾ La messa in liquidazione non è certo un “ombrello” che copre tutto, dovendo anche i liquidatori muovere il loro operato secondo le regole proprie del mandato loro ascripto, per non incorrere a loro volta in responsabilità da *mala gestio*.

c.c., il giudice può avvalersi in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo sia congruente con le circostanze del caso concreto e che, quindi, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato ed abbia specificato le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla sua condotta. (Cassa con rinvio, Corte d'Appello Milano, 07/10/2011)".

Così identificato l'orientamento giurisprudenziale più aggiornato, frutto del percorso testé illustrato, non mancano come ben si vede controindicazioni all'adozione "acritica" di un siffatto criterio, così come di ogni altro criterio "sintetico", come da noi definito in contrapposizione al criterio "analitico" fondato sul principio di causalità materiale.

In proposito, la sentenza della S.C. testé citata si pone nel solco della più volte citata sentenza estesa da RORDORF di Cass., S.U., 6.5.2015, n. 9100, sebbene quest'ultima abbia preso in esame un caso in cui il danno veniva quantificato in base al differente criterio sintetico della differenza tra attivo e passivo concorsuale.

Per comprendere le analogie tra le due sentenze, trascriviamo una delle massime ufficiali di quest'ultima, pubblicata tra le altre in *Giur. It.*, 2015, 6, 1413, con nota di SPIOTTA; *ibidem*, 2015, 7, 1640, con nota di DI MAJO; *Dir. Fall.*, 2015, 6, 657, con nota di VECCHIONE:

"Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, secondo comma, legge fall., la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, sempreché il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo. (Cassa con rinvio, App. Napoli, 13/10/2006)".

Nella parte motiva della sentenza, viene sottolineata l'importanza dell'allegazione, da parte dell'attore, del fatto illecito "astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato", perché in assenza di ciò verrebbe meno ogni fondamento logico e giuridico per addebitare all'amministratore un danno commisurato alla differenza tra attivo e passivo fallimentare in ragione del mero fatto, non altrimenti colorato di significato, della mancata (o irregolare) tenuta della contabilità.

Si legge in motivazione: *“La contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa, non li determina; ed è da quegli accadimenti che deriva il deficit patrimoniale, non certo dalla loro (mancata o scorretta) registrazione in contabilità”*.

Ecco allora che non basta allegare che la contabilità mancava o era tenuta irregolarmente, ma occorre anche spiegare perché, nel caso concreto, le carenze contabili legittimerebbero la quantificazione del danno nei termini appena visti, alla luce di una valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.

Ammoniscono infatti le Sezioni Unite che una quantificazione equitativa del danno in misura pari allo sbilancio tra attivo e passivo fallimentare non deve tradursi in un puro arbitrio, sicché *“sarà pur sempre necessario indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto”*.

Ragionare diversamente, secondo la S.C., significherebbe *“attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria”*; cosa che *“potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento (si pensi, ad esempio, all'art. 96 c.p.c., u.c., in materia di responsabilità processuale aggravata), ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali”*⁽⁸⁾.

Oggi la norma c'è, ma non sembra pensata in funzione sanzionatoria, come tosto vedremo in sede di esegesi del testo normativo.

3.2. L'interpretazione del comma 3 dell'art. 2486 c.c.

Come abbiamo visto, il nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c. introduce un criterio presuntivo di quantificazione del danno che attinge al portato giurisprudenziale testé ricordato.

Trattasi di una presunzione *iuris tantum*, che ammette la prova

⁽⁸⁾ Circa il ruolo sanzionatorio del risarcimento danni, si veda, in ambito affatto diverso, la pronuncia di Cass., S.U., 5.7.2017, n. 16601: *“Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico”*.

contraria ⁽⁹⁾, come del resto si desume dal passaggio della norma “.. *salva la prova di un diverso ammontare*”; è dunque ammesso provare che il danno è inferiore o nullo, oppure anche, in una logica di graduazione di domande attoree, che esso è superiore.

In astratto, il nuovo dettato normativo dovrebbe agevolare l'ottenimento di congrue condanne risarcitorie a carico degli amministratori.

Tuttavia, le curatele attrici non dovranno cadere in facile inganno.

La norma attiene infatti alla prova del *quantum* del danno, ma nulla dice circa la prova del fatto illecito, del danno inteso in sé e per sé e del nesso causale tra il primo e il secondo elemento della fattispecie.

Non a caso, l'*incipit* del comma è il seguente: “*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, ...*”.

Dunque, resta integro l'ostacolo per così dire “di partenza”, ovvero la prova di tutti e tre i requisiti della domanda risarcitoria.

In prima battuta, ciò sembra ricondurre pianamente alla teoria della “causalità materiale”.

Sennonché, come già osservato, tale impostazione non è risultata (sempre) appagante, tanto da indurre lo sviluppo dei “criteri sintetici” su cui già ci siamo soffermati.

Qui si impone allora qualche precisazione, ad evitare possibili equivoci di fondo.

La giurisprudenza della S.C. (tra cui anche la citata sentenza Rordorf) ha ormai chiarito che i “criteri sintetici” *de quibus* non sono e non possono essere “alternativi” al criterio della causalità materiale, ma semmai debbono con esso combinarsi, nel senso che l'attore dovrà pur sempre allegare e provare i fatti illeciti che costituiscono la causa immediata e diretta dei danni lamentati, per poi esigere un danno in misura pari alla “perdita incrementale”, quando non addirittura alla differenza tra attivo e passivo concorsuale, sussistendone i presupposti.

Non sempre però le cose sono lineari.

Quando la contabilità è assente o totalmente inattendibile, o comunque quando non è possibile, per questa od altre ragioni, la ricostruzione dell'andamento sociale e, per ciò stesso, l'identificazione dei fatti specifici cui sia eziologicamente riconducibile il danno; in tutti questi casi, che non son certo espressione di una casistica residuale, la prova dei fatti costitutivi della domanda può essere, e spesso sostanzialmente è, del tutto impossibile.

⁽⁹⁾ L'inversione dell'onere probatorio era già stato sperimentato dalla giurisprudenza di legittimità, che lo aveva affermato proprio nel caso in cui la contabilità era assente o tenuta in modo talmente irregolare, da non consentire la ricostruzione puntuale dell'andamento economico-patrimoniale della società e, per ciò stesso, dei fatti illeciti cui è causalmente riconducibile il danno risentito dalla società.

Di tale orientamento — dissonante da quello più rigoroso fondato sulla prova del nesso di “causalità materiale” — sono espressioni Cass., 11.3.2011, n.5876 e Cass., 4.4.2011, n. 7606, che in ragione del contrasto indotto in seno al S.C. hanno portato la questione sul tavolo delle SS.UU., pronunciatesi con la “sentenza Rordorf”.

Come abbiamo visto, la giurisprudenza ne ha preso atto coniando la soluzione in base ai “criteri sintetici”.

La riforma ha ora recepito detta giurisprudenza, affermando che in casi consimili ⁽¹⁰⁾ “*il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*”.

Senonché, la risposta normativa concerne la quantificazione del danno, che come abbiamo visto è cosa diversa dalla prova dei requisiti della domanda.

Il diverso e prioritario problema — come da *incipit* della nuova norma — di “*accertare la responsabilità degli amministratori*”, va dunque risolto *aliunde*.

Ma nei casi limite già visti, contraddistinti dalla totale assenza di contabilità (o da contabilità tenuta in modo non intelleggibile), la prova dell'illecito dannoso è preclusa dalla impossibilità di ricostruire i fatti sociali, sicché, in definitiva, il solo illecito che sia possibile affermare e contestare con certezza agli amministratori può proprio essere (e di fatto molto spesso è) di non avere tenuto correttamente la contabilità.

Come dunque ben si vede, in questi casi la prova della responsabilità degli amministratori e la prova (presuntiva) della quantificazione del danno si combinano e confondono tra loro, in un assetto che non appare del tutto equilibrato e convincente.

Alla medesima singolare conclusione si perviene dalla pura analisi tecnica del terzo comma dell'art. 2486 c.c.

La nuova norma pone una presunzione a supporto della prova della quantificazione del danno, ma non “copre” il fattore antecedente costituito dalla prova della responsabilità dell'amministratore, richiedendo che esso sia pienamente provato altrimenti.

Va peraltro osservato che gli elementi fattuali posti a fondamento della presunzione sul *quantum* — quali l'incremento del *deficit* patrimoniale occasionato dalla prosecuzione dell'attività a capitale perduto e la gestione sociale in totale assenza di contabilità — hanno un contenuto di disvalore molto accentuato, e tale da attribuire ad essi una sicura attinenza con la dimostrazione dei requisiti dell'azione: è questo del resto il portato del percorso giurisprudenziale, da cui la riforma ha tratto alimento.

In altri termini, provare questi fatti significa provare non soltanto (in via presuntiva) il *quantum* del danno, ma altresì, perlomeno, il “nucleo” dei requisiti di responsabilità dell'amministratore.

Decisiva in tal senso è la impossibilità, che con l'assenza di supporto contabile si determina, di provare altrimenti il danno contestato all'amministratore infedele.

⁽¹⁰⁾ Il nuovo comma dell'art. 2486 c.c. fa riferimento alla impossibilità di ricostruire “*i netti patrimoniali*”: la locuzione è atecnica, ma doveva senza dubbio essere difficile alludere in modo più chiaro e netto all'impossibilità di ricostruire le vicende societarie e gli specifici atti illeciti dannosi, senza incorrere in possibili aporie e scoordinamenti logici.

La presunzione dettata per il *quantum* del danno, allora, assume una portata sostanziale che va al di là del mero regime dell'onere della prova della quantificazione del danno.

Certo, la prova dell'illecito andrà calibrata di volta in volta in base al caso concreto, in modo da soddisfare appieno la necessità di allegazione dell'indempimento dell'amministratore che, almeno in astratto, sia idoneo a porsi come causa del danno contestato ⁽¹¹⁾.

Nondimeno, nei casi-limite qui considerati il fatto fondante la presunzione legale tenderà ad espandere la sua valenza sostanziale, consentendo di enucleare dalla grave violazione afferente l'assenza di supporto contabile il fondamento stesso dei requisiti dell'azione.

Dato peraltro che, come si osserva nella sentenza Rordorf, la contabilità registra i fatti gestionali e non li determina, non potrà negarsi al convenuto la possibilità di dimostrare che, nel caso di specie, i fatti illeciti causativi del danno risiedono altrove.

Ci pare allora che, su queste basi e con i dovuti correttivi ⁽¹²⁾, si possa rievocare l'orientamento di cui alle già citate pronunce di Cass., 11.3.2011, n.5876 e Cass., 4.4.2011, n. 7606, di cui riportiamo le massime:

— Cass., 11.3.2011, n. 5876: *“La totale mancanza di contabilità sociale (o la sua tenuta in modo sommario e non intelligibile) è, di per sé, giustificativa della condanna dell'amministratore al risarcimento del danno, in sede di azione di responsabilità promossa dalla società a norma dell'art. 2392 cod. civ., vertendosi in tema di violazione da parte dell'amministratore medesimo di specifici obblighi di legge, idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale; al di fuori di tale ipotesi, che giustifica l'inversione dell'onere della prova, resta a carico del curatore l'onere di provare il rapporto di causalità tra la condotta illecita degli amministratori e il pregiudizio per il patrimonio sociale. (Rigetta, App. Napoli, 08/10/2004)”*;

— Cass., 4.4.2011, n. 7606: *“In tema di azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare contro gli ex amministratori e sindaci della società fallita, compete a chi agisce dare la prova dell'esistenza del danno, del suo ammontare e del fatto che esso sia stato causato dal comportamento illecito di*

⁽¹¹⁾ Dall'esame della casistica giurisprudenziale si evince che spesso, nonostante l'assenza di contabilità, i fatti gestionali sarebbero comunque “ricostruibili” alla luce di altri dati a disposizione della parte attrice, oppure che l'attore si sarebbe limitato ad allegare, appunto, il solo fatto dell'assenza di contabilità, ma non avrebbe anche comprovato che nemmeno altrove esso avrebbe potuto attingere per provare i suoi assunti. Di qui la reiezione di domande risarcitorie che, sulla carta, apparirebbero scontate.

In casi del genere, dunque, il cuore del problema risiede nella corretta allegazione della domanda, che non deve limitarsi alla mera e superficiale constatazione dell'assenza di contabilità, ma deve anche spingersi a mettere in luce, con dovizia di elementi obiettivi di riscontro, che tutti gli altri elementi a disposizione (es. documentazione bancaria, ottenuta anche tramite la Centrale Rischio della Banca d'Italia; documentazione amministrativa se esiste; insinuazioni al passivo ed altri dati acquisiti in corso di procedura concorsuale; etc.) non appaiono sufficienti a ricostruire attendibilmente i fatti gestionali più significativi ed idonei a mettere in luce l'origine dei danni lamentati.

⁽¹²⁾ Che riconducono, ancora una volta, alla corretta allegazione della domanda: v. la nota precedente.

un determinato soggetto, potendosi configurare un'inversione dell'onere della prova solo quando l'assoluta mancanza ovvero l'irregolare tenuta delle scritture contabili rendano impossibile al curatore fornire la prova del predetto nesso di causalità; in questo caso, infatti, la citata condotta, integrando la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli amministratori, è di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio. (Nell'affermare detto principio, la S.C. ha escluso la responsabilità degli organi societari perché, nella specie, i libri sociali non potevano dirsi totalmente assenti e la documentazione, benché incompleta e idonea a determinare l'inattendibilità dei bilanci e dei conti profitti e perdite, non era tale da precludere al curatore la possibilità di provare il nesso di causalità tra il comportamento omissivo degli amministratori ed il citato pregiudizio). (Rigetta, App. Catania, 25/06/2004)".

Come abbiamo visto, la sentenza delle S.U. estesa da Rordorf ha confutato criticamente il suddetto orientamento, mettendone in luce i limiti ma al tempo stesso evidenziandone gli aspetti qualificanti, che crediamo possano essere ora ulteriormente rimeditati alla luce del nuovo assetto normativo.

* * *

La norma sin qui commentata induce altre suggestive considerazioni, che tuttavia appartengono ad un incerto "futuribile" che non può essere ancora diagnosticato.

Alludiamo alla portata dei nuovi obblighi, incombenti agli amministratori, preordinati alla rilevazione tempestiva degli indici di crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale, ed all'obbligo di attivarsi senza indugio per adottare ed attuare uno dei nuovi strumenti che il C.C.I.I. pone a disposizione per il superamento della crisi stessa e per il recupero della continuità aziendale.

Da una parte, la violazione di tali doveri dovrebbe "spostare l'asticella" del danno e della sua quantificazione rispetto a quello identificabile a partire dal momento della perdita del patrimonio netto.

Sotto altro profilo, ci sarà da domandarsi che effetti possa produrre "a favore" dell'amministratore rispetto all'addebito di responsabilità, la circostanza che questi, pur proseguendo l'attività a capitale perduto, abbia nondimeno "tentato" la via delle soluzioni coniate dal C.C.I.I.

Ma per addentrarci in simili problemi, sembra veramente troppo presto.

**IL PROFESSIONISTA INDIPENDENTE NEL CCII:
I NUOVI REQUISITI E LE NUOVE FUNZIONI NELLE PROCEDURE
DI ALLERTA E NELL'ESECUZIONE DEGLI STRUMENTI NEGOZIALI
STRAGIUDIZIALI OMOLOGATI (E NON)**

PARTE I

di ALESSANDRO SOLIDORO e MONICA BRUNO

1. Introduzione.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza conferma, diversamente dalle prime riflessioni della Commissione Rordorf⁽¹⁾, il ruolo centrale assunto dal professionista indipendente nelle procedure di regolazione della crisi e introduce delle ipotesi ulteriori previste dall'*iter* dei c.d. strumenti di allerta: l'attestazione dell'adeguatezza degli indici, a far ragionevolmente presumere la sussistenza dello stato di crisi, in rapporto alla specificità dell'impresa — art. 13, comma 3, del CCII⁽²⁾ —; l'attestazione finalizzata all'archiviazione delle segnalazioni ricevute dai creditori qualificati quando non corrispondono ad un reale stato di crisi, *ex* art. 18, comma 3, del CCII⁽³⁾.

⁽¹⁾ La Commissione di riforma delle procedure concorsuali, nella *“Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali”*, ha, infatti, affermato che: *“È dubbio se, nel rinnovato quadro normativo che s'intende disegnare, conservi reale utilità la figura del professionista indipendente — ma pur sempre designato dallo stesso debitore — chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario (oltre alle altre numerose, ma eventuali, funzioni attribuitegli nell'ambito della procedura di concordato dalla normativa vigente)”*. Ritenendo anche che le attestazioni, in virtù delle modifiche dell'art. 161 della legge fallimentare che consentono la nomina del commissario giudiziale anche nella fase di presentazione della domanda di concordato con riserva, siano quasi sempre destinate a successiva revisione ad opera del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa. Tali argomentazioni evidentemente, per quanto detto nell'*incipit*, non sono state affermate nella stesura definitiva del CCII.

⁽²⁾ L'art. 13, terzo comma, recita che: *L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo.*

⁽³⁾ L'art. 13, terzo comma, recita che: *l collegio, sentito il debitore e tenuto conto degli elementi di valutazione da questi forniti nonché dei dati e delle informazioni assunte, quando ritiene che non sussista la crisi o che si tratti di imprenditore al quale non si applicano gli*

Scopo del lavoro è, pertanto, l'esame della disciplina contenuta nel CCII per individuare le eventuali criticità e l'evoluzione della funzione affidata al professionista indipendente.

2. Dalla prima riforma fallimentare del 2006 al CCII.

La disciplina relativa al professionista indipendente, ex art. 67, lett. d), della riforma fallimentare del 2006, ha sollevato non poche discussioni dottrinali in tema di requisiti tecnici, di indipendenza e di competenza alla nomina ⁽⁴⁾.

Diciamo subito che, riguardo al profilo inerente ai requisiti tecnici, con il decreto n. 169 del 2007, correttivo di una prima disciplina difforme, le diverse figure di professionista indipendente introdotte per i diversi istituti relativi al fallimento e alla soluzione della crisi, sono state uniformate in considerazione delle competenze tecnico contabili: così, il professionista incaricato, oltre ai requisiti indicati all'art. 28, lettere a) e b), della legge fallimentare, deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili ⁽⁵⁾.

strumenti di allerta, dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute. Il collegio dispone in ogni caso l'archiviazione quando l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 2, lettere a), b) e c). All'attestazione devono essere allegati i documenti relativi ai crediti. L'attestazione ed i documenti allegati sono utilizzabili solo nel procedimento dinanzi all'OCRI. Il referente comunica l'archiviazione al debitore ed ai soggetti che hanno effettuato la segnalazione.

⁽⁴⁾ Si v. S. FORTUNATO, "La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa", in *Fall.*, 2009, 889.

⁽⁵⁾ Sul punto si v. P. BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni « di buon senso » in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim.*, in *Fall.*, 2009, 469 e M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 258 ss.: "È allora evidente che la « terzietà » dell'esperto non riposa tanto nella nomina da parte del tribunale (come vorrebbe certa giurisprudenza minoritaria), secondo cui il ricorso per la nomina di un professionista chiamato ad attestare la fattibilità di un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., stante il ruolo fidefaciente dell'esperto, che impone modalità di designazione che ne garantiscano la terzietà, va proposto al tribunale, quanto piuttosto nel possesso dei requisiti prescritti dalla legge; sicché la serietà e la certezza dell'attestazione sono assicurate sufficientemente dal fatto che l'esperto, oltre ai requisiti ex art. 28, lett. a) e b) deve essere designato fra i revisori contabili e dal fatto che è allo stesso certamente estensibile la responsabilità prevista dall'art. 64 cod. proc. civ. richiamato dall'art. 2501 quinquies comma 6, cod. civ.". Con il decreto 169/2007 la disposizione all'art. 67, comma 3, cod. civ. è divenuta la disciplina di riferimento: « un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b) ai sensi dell'art. 2501 bis, comma 4, cod. civ. ». Tribunale di Vicenza, 4 giugno 2009, in www.unijuris.it: « Ritenuto che dopo la riforma attuata con il decreto correttivo 169/07 dell'art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim. è venuto meno il dubbio in precedenza esistente circa la competenza alla nomina dell'esperto con riferimento ad un piano presentato da una soc. per az., in quanto il nuovo riferimento esplicito all'art. 28 lett. a) e b) ha chiaramente escluso che trovi in qualche modo applicazione l'art. 2501 sexies, comma terzo cod. civ.; che, pertanto, a parere di questo Giudice compete all'imprenditore e non al Presidente né, più in generale al Tribunale, dichiara la propria incompetenza alla nomina

In relazione, invece, ai dubbi interpretativi in tema di procedimento di nomina se di competenza (o meno) dell'Autorità Giudiziaria, è intervenuto il decreto sviluppo. Le perplessità generate dal silenzio normativo, unite al rinvio contenuto all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare — all'art. 2501 *bis*, comma 4, del codice civile, che disciplina i compiti dell'esperto nell'operazione di fusione e rimanda all'art. 2501 *sexies*, cod. civ., che (a sua volta) investe per la nomina ⁽⁶⁾ il Tribunale — aveva fatto sorgere (in dottrina) il dubbio se il dispositivo fosse riferito al solo contenuto della relazione o se avesse dovuto prevedere anche le modalità di nomina dell'esperto. Tali profili problematici, come preannunziato, sono stati risolti dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che, ridisegnando la lettera *d*) dell'art. 67 legge fallimentare, ha stabilito la designazione dell'esperto attestatore da parte del debitore.

Il decreto sviluppo è intervenuto anche sul requisito dell'indipendenza: l'art. 33 ha stabilito che: *“... il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo...”*. A sua volta, l'art. 2399 c.c. dispone che non possono essere eletti alla carica di sindaco: *“a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382”* (ovvero *l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o chi è stato condannato ad una pena che prevede anche solo temporaneamente l'interdizione dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi*); *“b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo”*; *“c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza”* ⁽⁷⁾. A tale elenco vanno aggiunte le altre ipotesi previste dalla

dell'esperto che deve attestare il piano di risanamento di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) legge fallim., essendo la scelta rimessa all'imprenditore». Tribunale di Bologna, 15 aprile 2009; Tribunale di Treviso - decreto del 20 aprile 2009; Tribunale di Milano - 10 marzo 2009; Tribunale di Mantova 31 marzo 2009, in *www.unijuris.it*. Sulla terzietà si v. E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁽⁶⁾ Nelle sole ipotesi in cui la società prodotta della fusione sia una società per azioni o accomandita per azioni.

⁽⁷⁾ Si v. F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *www.ilfallimentarista.it*.

circolare CNDCEC n. 30/IR-2013 e dai Principi di attestazione, riferite tanto ai rapporti personali quanto a quelli di natura professionale e le indicazioni delle Linee guida per il finanziamento alle imprese e dei Principi di attestazione ⁽⁸⁾.

Tuttavia e nonostante i vari interventi, molte sono ancora le ombre sulle ipotesi di incompatibilità soprattutto sotto il profilo dell'attività prestata e con particolare riferimento alla consulenza anche occasionale.

È opportuno, allora, esaminare l'attuale figura del professionista indipendente con il fine di verificare se le problematiche, sorte all'indomani della sua introduzione, possono dirsi oggi risolte.

3. Le novità in tema di requisiti.

Il CCII aggiunge, tra i requisiti, l'iscrizione all'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese che richiede dei precisi e gravosi obblighi formativi ⁽⁹⁾.

3.1. I requisiti di professionalità e gli obblighi formativi *ex art. 356 CCII*.

L'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, introduce la definizione di professionista indipendente, qualificato come *il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: a) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; ...*

Si osserva, immediatamente, che, rispetto al passato, ove si faceva riferimento ai requisiti del curatore fallimentare, l'attuale impianto normativo si riferisce all'iscrizione all'albo dei gestori della crisi, nonché al registro dei revisori legali.

A norma dell'art. 356 del CCII, possono ottenere l'iscrizione (all'albo dei gestori della crisi) i soggetti che — in possesso dei requisiti di cui all'articolo

⁽⁸⁾ F. SALVARDI, *I requisiti dell'attestatore alla luce della L. 134/12 e della circolare dell'IRDCEC dell'11.02.13: Focus sull'indipendenza*, 29 settembre 2013; A. Rossi, *I requisiti di professionalità ed indipendenza del professionista attestatore*, *Euroconference News*, 28 settembre 2013. Si v. no: Università degli Studi di Firenze, CNDCEC e Assonime "Linee - guida per il finanziamento alle imprese in crisi. Ultima edizione"; COMMISSIONE DEL COMITATO SCIENTIFICO DELLA FONDAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI DI FIRENZE - Area Procedure Concorsuali: "Guida operativa per la redazione delle relazioni art. 161, comma 3, L.F. e art. 160, comma 2, L.F."; CNDCEC, CIRCOLARE N. 30/IR DELL'11 FEBBRAIO 2013: "Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni".

⁽⁹⁾ Si v. G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza - d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 -*, Torino, 2019; *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, (a cura di) M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019.

358, comma 1, lettere a), b) e c) — dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'articolo 4, comma 5, lettere b), c) e d) del decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni ⁽¹⁰⁾.

L'art. 358, comma 1, lettera a), b) e c), si riferisce agli avvocati, ai dottori commercialisti e agli esperti contabili e ai consulenti del lavoro ⁽¹¹⁾.

L'art. 4, comma 5, lettere b), c) e d) — del decreto del Ministro della Giustizia n.202/2014 — prevede ulteriori requisiti che consistono: “... b) *nel possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento istituiti a norma dell'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, di durata non inferiore a duecento ore nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovra indebitamento, anche del consumatore*” ⁽¹²⁾.

Il successivo comma 6, stabilisce che per avvocati, commercialisti ed esperti contabili e notai, la durata dei corsi è di quaranta ore.

Chiarito il combinato disposto relativo ai requisiti formativi, sorge il dubbio se il professionista indipendente, investito in un incarico previsto dalle

⁽¹⁰⁾ L'art. 358 CCII continua prevedendo che “Ai fini del primo popolamento dell'albo, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettere a), b) e c) che documentano di essere stati nominati, alla data di entrata in vigore del presente articolo, in almeno quattro procedure negli ultimi quattro anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali. Costituisce condizione per il mantenimento dell'iscrizione l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, ai sensi del predetto decreto. La Scuola superiore della magistratura elabora le linee guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento. I requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettera b), devono essere in possesso della persona fisica responsabile della procedura, nonché del legale rappresentante della società tra professionisti o di tutti i componenti dello studio professionale associato”.

⁽¹¹⁾ La norma continua e individua altre due categorie: b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

⁽¹²⁾ E continua stabilendo che I corsi di perfezionamento sono costituiti con gli insegnamenti concernenti almeno i seguenti settori disciplinari: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e previdenziale. La specifica formazione di cui alla presente lettera può essere acquisita anche mediante la partecipazione ad analoghi corsi organizzati dai soggetti indicati al comma 2, dell'articolo, in convenzione con università pubbliche o private; c) nello svolgimento presso uno o più organismi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti ai sensi del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, professionisti delegati per le operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari ovvero nominati per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore a norma dell'articolo 15 della legge, di un periodo di tirocinio, anche in concomitanza con la partecipazione ai corsi di cui alla lettera b), di durata non inferiore a mesi sei che abbia consentito l'acquisizione di competenze mediante la partecipazione alle fasi di elaborazione ed attestazione di accordi e piani omologati di composizione della crisi da sovra indebitamento, di accordi omologati di ristrutturazione dei debiti, di piani di concordato preventivo e di proposte di concordato fallimentare omologati, di verifica dei crediti e di accertamento del passivo, di amministrazione e di liquidazione dei beni; d) nell'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, di durata complessiva non inferiore a quaranta ore, nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore, acquisito presso uno degli ordini professionali di cui al predetto comma 2 ovvero presso un'università pubblica o privata.

norme del CCII e diverso da quello di curatore o di commissario giudiziale o di liquidatore, debba, oltre all'albo dei revisori legali, essere iscritto all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria, ex art. 356 CCII, previo assolvimento degli obblighi formativi sopra indicati.

La risposta non può che essere positiva: se l'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, definisce la figura del professionista indipendente, con generico riferimento alle norme contenute nel codice ⁽¹³⁾, non è peregrino pensare che tutte le volte in cui egli è coinvolto, anche nel ruolo di attestatore, debba essere accertato il possesso dei requisiti formativi emergenti dal combinato disposto dell'art. 356 CCII con l'art. 4, comma 5, lettere b), c) e d) e comma 6 del decreto del Ministro della Giustizia n. 202/2014.

Contra si potrebbe argomentare che, per la nomina a curatore, gli artt. 356 e 358 del CCII sono espressamente richiamati dall'art. 125, che non vi è alcun richiamo per la nomina del commissario giudiziale nel concordato preventivo e che l'art. 114, per la nomina a liquidatore, rinvia solo all'art. 358 sempre del CCII.

In altri termini, si potrebbe ipotizzare che il mancato rinvio all'art. 2, comma 1, lett. o), dell'art. 356 del CCII, escluderebbe il professionista indipendente dall'applicazione della relativa disciplina in ordine agli obblighi formativi.

In realtà, però, l'applicazione al professionista indipendente delle norme contenute all'art. 356 CCII rinviene proprio dalla lettera dell'art. 2, comma 1, lett. o) che richiede, in capo al professionista, oltre l'iscrizione al registro dei revisori legali, l'iscrizione all'albo dei gestori della crisi e insolvenza che, conseguentemente, impone, ai fini della stessa iscrizione, il soddisfacimento degli obblighi formativi.

È chiaro che la richiesta di un'ulteriore e gravosa formazione — anche in diritto civile, tributario o previdenziale, così come richiede la norma — può sembrare eccessiva rispetto alle reali e necessarie competenze, specie se si considerano gli incarichi strettamente tecnici. Tuttavia, è probabile che la *ratio* vada ricercata nei nuovi compiti che il professionista oggi è chiamato ad assolvere e che richiedono ulteriori e aggiornate conoscenze: si pensi, p.e., all'ipotesi dell'attestazione circa la fattibilità giuridica o a quella richiesta dall'art. 18, terzo comma, del CCII.

⁽¹³⁾ L'art. 2 del CCII, rubricato "Definizioni", al primo comma chiarisce: ai fini del presente codice si intende per: ... "professionista indipendente": il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1. essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2. essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399, cod. civ.; 3. non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa".

3.2. I requisiti d'indipendenza.

L'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, fissa i c.d. requisiti di onorabilità e d'indipendenza, rispettivamente alla lett. b) e c): *“b) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; c) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; in particolare, il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa”*.

Dalla mera lettura della norma, emerge che il requisito dell'indipendenza, non risulta sostanzialmente modificato e continua a rispondere alle esigenze di terzietà e imparzialità per la funzione che il professionista svolge e che, per determinati istituti, spetterebbe normalmente al Tribunale, ma anche di attendibilità delle proprie attestazioni/affermazioni che interessano coloro che a vario titolo sono coinvolti nel risanamento. In particolare, pare riaffermarsi il principio della c.d. “autovalutazione” che tante critiche ha suscitato in passato e che pare mutuato dalla disciplina della revisione legale: art. 10 comma 2 d.lgs. 39/2010: *“Il revisore legale e la società di revisione legale non effettuano la revisione legale dei conti di una società qualora tra tale società e il revisore legale o la società di revisione legale o la rete sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa”*.

Tanto pare, ulteriormente, confermato anche dalla competenza alla nomina dell'imprenditore e che, evidentemente, fissa il principio che la « terzietà » dell'esperto non si cristallizza nella nomina da parte del Tribunale ⁽¹⁴⁾, quanto piuttosto nel possesso dei requisiti prescritti dalla legge; sicché la serietà e la puntualità dell'attestazione sono assicurate sufficientemente dal fatto che il professionista, oltre agli altri requisiti, deve essere designato fra i revisori contabili e fra gli iscritti all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria, ex art. 356 CCII.

A tal proposito, considerato che l'art. 13, al terzo comma, affida al professionista indipendente l'attestazione dell'adeguatezza degli indici costruiti in *house* e che la stessa attestazione è parte integrante del bilancio,

⁽¹⁴⁾ Così come sostenuto dalla giurisprudenza minoritaria, secondo cui il ricorso per la nomina di un professionista chiamato ad attestare la fattibilità di un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare, stante il ruolo dell'esperto ne impone modalità di designazione che ne garantiscano la terzietà va proposto al Tribunale. Si v. M. BRUNO, *op. cit.*, p. 264.

viene da domandarsi se la verifica del bilancio da parte dell'organo di controllo debba investire anche la sussistenza del requisito d'indipendenza.

Per quanto detto è evidente che il possesso dei requisiti del professionista, richiesti dalla norma, deve trasparire dalle dichiarazioni/certificazioni, dallo stesso rese, e che devono essere tali da garantire ed affermare il convincimento nei terzi, coinvolti, che non vi siano elementi tali da compromettere l'indipendenza di giudizio; sul punto è utile richiamare il Principio di Attestazione 2.5.4.: *“Occorre ricordare che l'indipendenza è, innanzitutto, uno status mentale, per cui alle limitazioni specificate dalla legge fallimentare si deve aggiungere, ai fini di una corretta valutazione, sempre e comunque, pur in presenza dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f., l'autocensura a cui il revisore legale deve sottoporsi qualora consideri compromessa la sua obiettività di giudizio in ragione di particolari rapporti con il ricorrente ovvero con un terzo soggetto interessato all'operazione.”*.

In altri termini, come affermato nei commenti alla riforma del 2006, il ruolo centrale affidato al professionista è dovuto a quelle particolari competenze tecniche e qualità deontologiche che lo pongono in un rapporto di indipendenza tra gli interessi dell'imprenditore e quello dei terzi coinvolti a vario titolo. Conseguentemente, il giudizio da parte dell'organo di controllo, in assenza di particolari elementi, non dovrebbe spingersi fino ad indagare/accertare la sussistenza del requisito dell'indipendenza, fermandosi, invece, alle informazioni/dichiarazioni contenute nell'attestazione ⁽¹⁵⁾.

4. Il ruolo del professionista indipendente.

L'intervento del professionista indipendente si può racchiudere in due macro ambiti: (1) nelle procedure di allerta e (2) nell'adozione dei c.d. strumenti negoziali stragiudiziali e in quelli soggetti a omologazione ⁽¹⁶⁾.

4.1. Il ruolo del professionista nelle procedure di allerta.

Il professionista indipendente interviene nelle procedure c.d. di allerta ai sensi dell'artt. 13 e 18 del CCII: l'art. 13, al terzo comma, richiede l'attestazione circa l'adeguatezza degli indici predisposti dalla società, a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi, in rapporto alla specificità dell'impresa; l'art. 18, terzo comma, dispone l'archiviazione da parte del collegio — ex art. 17 CCII — quando l'organo di controllo societario, se esistente, o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso le pubbliche ammini-

⁽¹⁵⁾ V. LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in www.ilfallimenarista.it.

⁽¹⁶⁾ A. SOLIDORO, *Gli strumenti stragiudiziali: piani attestati e accordi di ristrutturazione nella riforma del Codice della crisi*, in *Crisi e Risanamento*, 33, Milano, 2019, p. 17 ss.

strazioni per i quali decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'art. 15, comma 2, lett. a), b) e c).

4.1.1. L'attestazione ex art. 13, terzo comma, CCII.

Riguardo all'attestazione ex art. 13, terzo comma, CCII, è chiaro che il professionista deve: *in primis*, effettuare un'attenta analisi del bilancio diretta anche alla verifica dell'attendibilità della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica al fine di assicurarsi che offra un "quadro fedele"; *in secundis*, deve esaminare le ragioni che hanno condotto a scartare i c.d. indicatori *ex lege* e, *in tertiis*, deve tener conto delle indicazioni introdotte dal legislatore al primo comma dell'art. 13, CCII: *costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.*"

La norma che sembra, a prima vista, fare riferimento ai tipici indici di bilancio introduce dei criteri di adattamento alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore che, indubbiamente, non sono di facile determinazione. Occorre, infatti, sottolineare che l'avvalersi di mere statistiche, che riportano i dati di settore e/o di mercato, potrebbe incidere sulla determinazione del reale stato in cui l'impresa versa, ex art. 2, primo comma, lett. a), con diverse implicazioni, anche di natura penale — ex art. 323, lett. d), del CCII⁽¹⁷⁾ —.

Oltretutto, l'analisi per risultati statici potrebbe far perdere di vista quell'esame dinamico della gestione che è necessario rilevare per dare evi-

⁽¹⁷⁾ "La relazione dell'esperto dovrà pertanto riportare: l'attività svolta dall'impresa ed il contesto del mercato merceologico di riferimento, le verifiche svolte in merito alla composizione delle singole voci che compongono il bilancio, le ragioni che suggeriscono l'adozione di indici diversi rispetto a quelli elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e, infine, la tipologia degli indici scelti ed il risultato della loro analisi; a tal proposito è stato rilevato che risulta assai complicato per il professionista motivare un'inidoneità riferita, così come richiesto dalla norma, alla specificità delle caratteristiche dell'impresa", così A. I. BARATTA, *La nuova tipologia di attestazione prevista dall'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it che riprende R. RANALLI, *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *Il caso*.

denza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale, così come richiesto dalla norma.

In sostanza, il cruscotto di indicatori non può condurre ad un'indagine quantitativa statica, ma dev'essere predittiva e segnaletica, atta ad intercettare tempestivamente i sintomi della crisi, e scevra da profili di valutazione soggettiva.

In questo senso l'art. 13 individua come indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adequazione dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi e rinvia espressamente al successivo art. 24, rubricato "*Tempestività dell'iniziativa*" che, ai fini dell'applicazione delle misure premiali, considera altri indicatori, che sono: — l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; — l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; — il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi del citato articolo 13.

È chiaro che la costruzione degli indici è di competenza dell'organo amministrativo, che, oltretutto, può avvalersi dell'elaborazione delle *soft rules* — dall'ISA 570 all'OIC 9 o alle elaborazioni dell'ODCEC in tema di Sistema di allerta interna — ed è altrettanto chiaro che l'attestatore non può tralasciare, nell'esame dell'adequazione, di valutare l'idoneità degli indicatori a individuare la "*twilight zone*", che è alla base degli strumenti di allerta, e la loro congruità con le specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, ma ancor più chiaro è che il professionista, nel valutare l'idoneità degli indicatori, deve escludere l'inserimento di misurazioni che possono prestarsi a valutazioni soggettive che svilirebbero l'intento del legislatore di definire la zona d'ombra attraverso determinazioni quantitative ⁽¹⁸⁾.

4.1.2. **L'attestazione ex art. 18, terzo comma, CCII.**

L'attestazione, del professionista indipendente, è richiesta anche nelle ipotesi in cui l'imprenditore voglia richiedere l'archiviazione delle segnalazioni ricevute quando non corrispondono ad un reale stato di crisi. Tale

⁽¹⁸⁾ R. RANALLI, *Gli indicatori della crisi driver per le segnalazioni all'OCRI*, in *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, (a cura di M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019, p. 74: "*Mentre, in astratto, gli indicatori possono avere anche solo natura quantitativa, gli indici appartengono invece al più ristretto ambito degli elementi quantitativi. Ed è solo a questi ultimi che il legislatore ha inteso fare riferimento nel momento stesso in cui, nell'incipit della norma, delinea gli indicatori della crisi negli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario. Il concetto di equilibrio, infatti, presuppone necessariamente la comparazione di grandezze quantitative*".

opportunità è stata, probabilmente, introdotta dal legislatore quale argine ai possibili “falsi positivi”.

L'art. 18, terzo comma, in una prima parte, prevede l'archiviazione su iniziativa del collegio (*ex art. 17 CCII*) e, in una seconda, dispone l'archiviazione sulla base di un'attestazione da parte del professionista indipendente (se manca l'organo di controllo) che attesti l'esistenza e il *quantum* dei crediti d'imposta o di crediti scaduti verso la pubblica amministrazione e che sia tale da comportare, se portata in compensazione con le posizioni debitorie pendenti, il mancato superamento delle soglie rilevanti ai fini delle segnalazioni ricevute da parte dei creditori pubblici qualificati — Agenzia delle Entrate, INPS, Agente della riscossione —.

La *ratio* della norma, così come indicato nella Relazione illustrativa, va ricercata nella volontà del legislatore di evitare che imprese in (apparente) difficoltà per carenza di liquidità, a causa del mancato pagamento da parte di debitori pubblici, debbano subire conseguenze pregiudizievoli ulteriori a causa dei tempi delle procedure di liquidazione e di pagamento.

È particolare, però, notare che il legislatore ha investito il professionista, dell'onere di definire la sostanza della posizione creditoria, quando avrebbe potuto coinvolgere direttamente l'imprenditore. Oltretutto, la norma non richiede che i crediti da portare in compensazione siano stati accertati definitivamente e che si riferiscano a periodi di imposta definiti. Da ciò ne deriva una forte criticità per il professionista, anche in termini di assunzione di responsabilità, che deve attestare quanto meno la sussistenza del credito stesso⁽¹⁹⁾. Chiaramente, egli dovrà basarsi sulla documentazione ricevuta dall'imprenditore — sulla quale probabilmente conviene effettuare una verifica (su delega dello stesso imprenditore?) presso i creditori “segnalatori” — e che deve essere allegata all'attestazione. Diversamente, onde mitigare la responsabilità che non può comunque essere esclusa, dovrà farsi rilasciare dall'imprenditore una dichiarazione di veridicità della situazione vantata nei confronti dei creditori qualificati.

4.2. Il professionista attestatore in esecuzione degli strumenti negoziali stragiudiziali.

Il CCII conferma il ruolo di attestatore del professionista indipendente nella disciplina degli strumenti negoziali stragiudiziali soggetti (o meno) ad omologa e introduce, tra le altre, una novità: è previsto che, il professionista indipendente, deve attestare, oltre che la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano, anche la fattibilità giuridica.

Riguardo al giudizio sulla veridicità dei dati è, oramai noto, che l'espres-

⁽¹⁹⁾ Si v. L. GAMBI, *Il ruolo dei creditori pubblici qualificati nell'allerta*, in *www.fpcu.it*; F. PONGIGLIONE, *L'attestatore e le attestazioni conquistano nuovo risalto e dignità*, in *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, (a cura di) M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019, p. 107 ss.

sione non può essere intesa quale “veridicità oggettiva”, quanto invece riferita al processo di rilevazione dell’informazione economico-finanziaria che provenga da un sistema amministrativo-contabile adeguato ⁽²⁰⁾, ossia idoneo a minimizzare il rischio di errori rilevanti. Il principio cardine è quello fissato per la redazione del bilancio, ex art. 2423 c.c., e che deve corrispondere ad un’attestazione che tenga conto, da un lato, della reale esistenza e valore dei beni e delle attività e, dall’altro, delle passività. Oltretutto, la verifica non deve riguardare solo l’esame della mera corrispondenza tra i valori del piano e quelli rappresentati in contabilità, ma deve consistere in un’attività di revisione vera e propria che sia condotta in conformità ai relativi principi ⁽²¹⁾.

Sul punto la Raccomandazione n. 11 delle Linee guida ⁽²²⁾ interviene specificando che: *“Data l’impossibilità, specialmente nelle imprese di dimensioni medio-grandi, di eseguire una completa verifica di tutti i dati aziendali in tempi ragionevoli e con costi non esorbitanti, il professionista dovrà porre particolare attenzione: (a) agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi, con particolare riferimento, in considerazione dell’importanza dei flussi di cassa attesi, alle componenti del capitale circolante; (b) all’insussistenza di elementi che destino sospetti circa la correttezza e l’affidabilità delle rappresentazioni contabili dei fatti di gestione. Lo standard di diligenza nell’esecuzione di tali verifiche dipende dalle circostanze concrete. All’uopo potranno essere utilizzati anche i principi e le prassi di revisione consolidati, declinati tuttavia in base alle caratteristiche dell’impresa e alle sue dimensioni. Ne consegue che: (1) in presenza di dati forniti unicamente dal debitore, senza precise assunzioni di responsabilità da parte di soggetti indipendenti e qualificati (quale il soggetto eventualmente incaricato della revisione legale o esperti nominati ad hoc per la valutazione di specifici cespiti), il professionista si assume l’integrale responsabilità della veridicità dei dati aziendali; (2) in presenza di dati recenti verificati da un revisore, è legittimo per il professionista fare un sia pur non completo e incondizionato affidamento sul lavoro già svolto. Lo stesso può dirsi, limitatamente ai dati che ne sono oggetto, in presenza di perizie, verifiche e pareri di congruità provenienti da soggetti qualificati in relazione all’indagine concretamente effettuata. Anche in presenza di verifiche fatte da altri, tuttavia, qualora emergano elementi di*

⁽²⁰⁾ La norma 4.2.1. dei Principi di Attestazione dei piani di risanamento, a cura del CNDCEC ha chiarito che *“L’espressione “veridicità” utilizzata nella legge fallimentare non può essere intesa nel senso di “verità oggettiva”, quanto piuttosto nel senso che il processo di produzione dell’informazione economico-finanziaria si basi su un sistema amministrativo-contabile adeguato (cioè idoneo a contenere il rischio di errori rilevanti) e che i redattori dell’informazione operino le stime in modo corretto, pervenendo a un’informazione attendibile e imparziale”*.

⁽²¹⁾ Si v. la Circolare n. 30/IR dell’11 febbraio 2013, cit.; Cassazione civile, sez. I, 4 maggio 2018, n. 10752, in *www.ilcaso.it*. Per la Cassazione civile sez. I, 31 gennaio 2014, n. 2130: *“il presupposto indispensabile per consentire ai creditori di valutare sulla base di dati reali la convenienza della proposta e la fattibilità economica del piano”*.

⁽²²⁾ Raccomandazione 11 delle Linee Guida, cit., p. 35 e ss.

anomalia (c.d. “red flags”), il professionista deve indagare al fine di giungere al giudizio di veridicità dei dati.”.

Il giudizio sulla fattibilità economica, che consiste in una verifica *ex ante* di idoneità del piano a superare la crisi d'impresa, al pari di quello di veridicità, non può consistere in mere affermazioni apodittiche, ma implica una dichiarazione che consiste in una previsione circa la realizzabilità dei risultati indicati nel piano, in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione; per i principi di attestazione, norma 6.7.1, *“il giudizio di fattibilità si sostanzia in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi riportati nel piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione”.*

È chiaro che la necessità di verificare la coerenza delle scelte di risanamento con la situazione effettiva dell'impresa deve tener presente, oltre che il fattore tempo, gli eventuali aggiustamenti a seguito dell'avverarsi delle variabili previste o meno dal piano ⁽²³⁾.

Tuttavia, mentre il sindacato del giudice, nel verificare la fattibilità giuridica intesa come riscontro della compatibilità del piano con le norme inderogabili, non ha particolari margini, il giudizio sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità degli obiettivi rappresentati, può incontrare il limite della verifica della sussistenza o meno di una assoluta manifesta inettitudine del piano presentato a realizzare gli obiettivi prefissati. Sul punto la Cassazione si è espressa *sulla fattibilità in termini non già di certezza, ma di mera probabilità, comunque inferiore ai rischi ai quali i creditori sarebbero rimasti esposti per effetto della dichiarazione di fallimento* ⁽²⁴⁾.

Accanto al giudizio di veridicità e di fattibilità economica, introdotti con la riforma della legge fallimentare del 2006, l'attuale impianto normativo del CCII affida al professionista indipendente anche il giudizio relativo alla fattibilità giuridica, sino ad oggi, reputato di competenza del Tribunale.

4.2.1. L'attestazione della fattibilità giuridica.

Il CCII richiama, nell'ambito delle soluzioni negoziali stragiudiziali omologabili (e non), il giudizio di fattibilità giuridica agli artt.:

— l'art. 56, rubricato *“Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento”* prevede, al quarto comma, che *“un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano”*;

— l'art. 57, rubricato *“Accordi di ristrutturazione dei debiti”*, stabilisce al quarto comma che *“un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attesta-*

⁽²³⁾ Si v. la Raccomandazione 2.1 delle Linee Guida, cit., p. 10.

⁽²⁴⁾ Cass. 9 maggio 2013, n. 11014 in *www.ilcaso.it*.

zione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3."

In tema di concordato l'art. 87, al secondo comma, continua (invece) a richiedere la sola fattibilità economica: *Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.*

Per la giurisprudenza, intervenuta in passato sul significato del nuovo termine "fattibilità" e sul limite al principio dell'insindacabilità della « fattibilità economica » da parte del giudice, il controllo sulla « fattibilità giuridica » è di stretta competenza del Tribunale che effettua un sindacato di primo livello volto a verificare la compatibilità delle modalità di attuazione della proposta con le norme di legge e la coerenza complessiva del piano stesso ⁽²⁵⁾.

4.2.2. **L'attestazione della fattibilità giuridica ed economica: luci ed ombre.**

La separazione del concetto di fattibilità in giuridica ed economica, così come trasfusa nel codice della crisi, la si deve alla sentenza della Cassazione, Sez. Unite, n. 1521 del 2013 che ha (anche) recepito, nella disciplina del concordato, l'orientamento della "teoria della causa concreta" ⁽²⁶⁾: con riferimento alla dicotomia relativa alla fattibilità, la Suprema Corte ha precisato che: *"Al riguardo va innanzitutto premesso che la fattibilità non va confusa con la convenienza della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale (salva l'ipotesi di cui alla L.F., articolo 180, comma 4, come modificato dal Decreto Legge n. 83 del 2012), così come analogamente non può essere identificata con una astratta verifica in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo, anche se in qualche misura da questi possa dipendere. È invece più propriamente da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica. Una prima conclusione che si può trarre da questa premessa può dunque essere individuata nel fatto che certamente il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista".*

⁽²⁵⁾ G. CIERVO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in <http://www.nuovodirittodellesocieta.it>; D. GALLETTI, *Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di actio finium regundorum?*, in *ilFallimentarista.it*.

⁽²⁶⁾ Per tutte si v. Cassazione n. 10490/ 2006, secondo cui la causa va intesa come "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

In tema invece di causa concreta il Collegio ha ritenuto che: *“che una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice sotto il profilo or ora evidenziato presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, il che equivale a dire l'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi”*, da cui ne consegue che *“il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano va stabilito, in via generale, in ragione del contenuto della proposta e quindi della identificazione della causa concreta del procedimento nel senso sopra richiamato”*.

In sostanza, la causa è da intendersi *“come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”*.

Successivamente la Cassazione ⁽²⁷⁾ ha avuto modo di specificare il principio che *“l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati”*. Orientamento questo, ormai, consolidato; anche di recente la Cassazione, n. 3863/2019 ⁽²⁸⁾, ha confermato che al Tribunale spetta non solo giudicare il profilo di stretta legalità della proposta, ma anche di scongiurare *« una manifesta inettitudine di quest'ultimo a raggiungere gli obiettivi prefissati »*.

In sostanza, se la conformità delle previsioni, contenute nel piano, con le norme inderogabili, è di competenza del Tribunale, questi potrà esprimersi

⁽²⁷⁾ Con la sentenza n. 9061/2017, in www.sentenze.laleggepertutti.it, la Cassazione si è espressa ritenendo che: *“È abbastanza evidente che l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati. Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Difatti non può esser predicato il primo concetto (il “controllo circa l'effettiva realizzabilità della causa concreta”) se non attraverso l'estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola, e al di là di quanto attestato da un generico riferimento all'attuabilità del programma. Da questo punto di vista non è esatto porre a base del giudizio una summa divisio tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato). Il giudice, in verità, è tenuto a una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato, e la differenza (nozionistica) appena richiamata serve semplicemente a questo: che mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi”*.

⁽²⁸⁾ In www.unijuris.it.

sul piano della fattibilità economica solo nel caso di manifesta irrealizzabilità della causa concreta del concordato, interpretata come soddisfazione anche minima dei creditori nel rispetto dei termini indicati nella proposta. Di contro, la c.d. convenienza economica spetta ai creditori.

Se quanto riportato è riferito alle discussioni, dottrinali e giurisprudenziali, che hanno interessato l'istituto del concordato, così come riformato nella legge fallimentare, si osserva che il legislatore, del CCII, non solo recepisce, nella disciplina delle soluzioni negoziali stragiudiziali, la dicotomia tra fattibilità giuridica ed economica, *ex artt.* 56 e 57, ma attribuisce il vaglio dei presupposti giuridici al professionista indipendente a cui, conseguentemente, spetterà la verifica della compatibilità del piano o dell'accordo con le norme inderogabili dell'ordinamento e la sua idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Si ritiene, altresì, che egli debba operare anche una verifica delle singole situazioni giuridiche rappresentate e che potrebbero richiedere l'ausilio di terzi soggetti esterni dei quali ne risponde anche in termini di responsabilità ⁽²⁹⁾. Tanto discende dalla considerazione che la fattibilità giuridica può essere, in concreto, ricondotta ad aspetti che esulano dalle competenze del professionista, a meno che non voglia sostenersi che queste possano dirsi acquisite dalla introduzione della specifica formazione richiesta oggi dal CCII e di cui si è detto ⁽³⁰⁾.

Vi è, anche, un'ulteriore considerazione che nasce dal contenuto della disciplina degli accordi di ristrutturazione ove permane la previsione dell'omologazione da parte del Tribunale, ai sensi dell'art. 44 CCII, e che pare disegnare una sovrapposizione di competenze.

In altri termini, pare lecito chiedersi, in considerazione della nuova funzione attribuita al professionista indipendente e relativa al vaglio della fattibilità giuridica, se il potere del giudice si limita alla verifica del contenuto del piano o dell'*iter* procedurale o se, come affermato da tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza formatasi all'indomani della riforma della legge fallimentare, continua ad estendersi (anche) alla verifica degli aspetti di legalità sostanziale e, in particolare, alla verifica del soddisfacimento dei soggetti terzi estranei.

Allo stesso modo, in termini di fattibilità economica, ai fini del piano attestato di risanamento, permane il dubbio, risolto in materia concordataria

⁽²⁹⁾ Si v. A. SOLIDORO, *op. cit.*, p. 19: "Ci si limita qui a osservare che il sindacato di fattibilità giuridica appare estraneo alle competenze professionali proprie richieste all'attestatore/professionista indipendente, obbligando quindi quest'ultimo, non tanto a estendere il proprio range di nozioni, ma ad avvalersi, di pareri di ulteriori esperti legali per pervenire al ragionevole convincimento che il piano non sia incompatibile con norme inderogabili".

⁽³⁰⁾ Ovviamente, il professionista indipendente è anche tenuto ad attestare la idoneità del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, come richiesto dal primo comma dell'art. 56 del CCII, e l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini, così come richiesto dall'art. 57, ultimo comma del CCII, e a rinnovare l'attestazione in ipotesi di modifiche sostanziali intervenute prima o dopo l'omologazione.

dalla giurisprudenza oramai consolidata, se l'attestazione corretta è quella che giudica *ex ante* un piano fattibile in quanto "non manifestamente inidoneo" a raggiungere la propria finalità, o al contrario è quella che giudica *ex ante* un piano fattibile solo se "manifestamente idoneo" a raggiungere le finalità prefisse?

È chiaro che, per non svilire la portata (anche) pratica dell'istituto, è bene aderire alla prima interpretazione poiché è (altrettanto) chiaro che la riuscita, degli istituti stragiudiziali, dipende anche dalla collaborazione dei creditori, ai fini del raggiungimento degli obiettivi prefissati, determinati anche dalla esenzione da revocatoria.

La Cassazione, tuttavia, con la sentenza n. 13719 del 5 luglio 2016⁽³¹⁾, chiamata ad esprimersi sulle ipotesi di esenzione da revocatoria, ha ritenuto che il Tribunale possa verificare *ex ante* la « manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo ». In sostanza, occorre verificare se il piano risulti, *ab origine*, attuabile.

Ovviamente, siffatta posizione apre la strada alla preoccupazione che l'attestazione possa essere facilmente, anche nei casi in cui l'ipotesi sia non manifestamente inidonea e salvo dimostrare la sua manifesta idoneità, travolta dal fallimento e che, conseguentemente, gli atti possano essere revocati, rendendo così, oltremodo, complicata la conclusione di quei contratti che permettono l'attuazione del piano stesso⁽³²⁾.

A cascata, il vaglio della "manifesta attitudine", quale indirizzo giurisprudenziale, si riflette sul contenuto della relazione che deve essere in grado, *ex post* e in caso di liquidazione giudiziale, di reggere e consentire la realizzazione della esenzione da revocatoria.

In termini diversi, al fine di soddisfare l'orientamento della "manifesta attitudine", appare necessaria un'indagine capillare sui presupposti del piano e sulle prospettive future che devono dirsi già realizzabili *ab origine*.

Tale intento ha, probabilmente, condotto all'analiticità pretesa dall'art. 56, comma secondo del CCII, che stabilisce il c.d. contenuto minimo: "a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e dell'ammontare dei

⁽³¹⁾ In www.ilcodicedeiconcordati.it.

⁽³²⁾ Non dimentichiamo che: "... nella logica di una valutazione *ex ante* di piani che hanno lo scopo di tranquillizzare i soggetti terzi affinché mantengano relazioni economiche con l'impresa debitrice in crisi, e di consentire nel contempo il riequilibrio finanziario e lo sdebitamento di quest'ultima, confinare lo strumento ai casi di manifesta attitudine, vuol dire azzerarne la portata pratica. La manifesta attitudine appare presupporre la necessaria realizzazione del piano, quando lo strumento esentativo da revocatoria presuppone invece proprio che il piano stesso non sia andato a buon fine e quindi il debitore sia successivamente fallito. Si verrebbe a creare una curiosa tautologia: il debitore è fallito in quanto il piano non era manifestamente idoneo a risolvere la crisi in una in cui versava e conseguentemente l'esenzione della revocatoria non opererebbe mai. Verrebbe quasi da dire che, in termini generali, il manifesto successo non è neppure un requisito richiesto per l'intrapresa legittima di una qualunque iniziativa imprenditoriale", così A. Solidoro, *op. cit.*, p. 20.

crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; d) gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto” ⁽³³⁾.

Non può, tuttavia, sottacersi che l'adozione di un'interpretazione restrittiva, intesa in senso negativo, dell'orientamento della Suprema Corte, potrebbe condurre all'inutilizzabilità dell'istituto proprio per sistematica disapplicazione del sistema di esenzione e per una non corretta applicazione di una logica di giudizio che si collochi temporalmente ex-ante nella valutazione della fattibilità dei piani: se da un lato la manifesta attitudine richiede la necessaria realizzazione del piano, dall'altro l'esenzione da revocatoria presuppone, invece, che il piano stesso non sia andato a buon fine ⁽³⁴⁾. Evidentemente, e in conclusione, per evitare che ciò accada il legislatore, dettando il contenuto seppur minimo ha, probabilmente, voluto indicare, così come fissato dalle linee guida elaborate dal CNDCEC, gli elementi che accanto alle prospettive di risanamento il professionista deve esaminare analiticamente nella propria attestazione.

⁽³³⁾ Al piano devono essere allegati: — le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi precedenti, ed i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; — una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività; — l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; — l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto; — un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; — una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

⁽³⁴⁾ Si ribadisce che occorre mantenere alto il livello di attenzione sapendo distinguere da una parte l'assunzione di un ragionevole rischio imprenditoriale da parte dell'imprenditore in crisi e dei soggetti economici che con esso sono chiamati a concludere relazioni commerciali — supportati da un serio strumento di previsione sull'andamento gestionale ed economico finanziario atteso (il piano) — e dall'altra l'aspettativa che il piano stesso assicuri certezza in ordine alle evoluzioni prospettiche in esso previste, così A. SOLIDORO, op. cit., p. 20.

MASSIME (*)

FALLIMENTO — *Tribunale territorialmente competente — Sede Sociale — Delibera di trasferimento non iscritta al Registro delle Imprese — Irrilevanza.*

Poiché la sede effettiva dell'impresa coincide, fino a prova contraria, con la sua sede legale, ai fini dell'individuazione del Tribunale territorialmente competente *ex art. 9 LF* la delibera di trasferimento della sede sociale adottata dall'assemblea in epoca anteriore al deposito dell'istanza di fallimento, ma non ancora iscritta al registro delle imprese alla data di tale deposito, è ininfluenta.

Corte di Cassazione, 11 febbraio 2019 n. 3945

* * *

CONCORDATO PREVENTIVO — *Proposta di concordato — Somme indicate nella proposta — Riconoscimento di debito — Esclusione.*

Solo a seguito del positivo esperimento della votazione, i valori e le somme indicate nella proposta di concordato preventivo diventano cogenti per il ceto creditorio; la proposta, in quanto tale, non costituisce invece riconoscimento di debito.

Tribunale di Asti, 24 maggio 2019

* * *

SOVRAINDEBITAMENTO — *Requisiti di ammissibilità — Meritevolezza — Atto in frode — Caratteristiche.*

L'atto in frode ai creditori — che *ex art. 14 quinquies L. 3/2012* e *art. 173 LF* è condizione ostativa all'ammissione alle procedure di liquidazione dei beni, di concordato fallimentare e di sovraindebitamento — non è un atto che sia solo "pregiudizievole" delle ragioni creditorie, ma è un atto altresì caratterizzato da "dolosa" e "artificiosa" preordinazione.

Tribunale di Benevento, 23 aprile 2019

(*) Massime a cura di Federica Cassese e Maddalena Arlenghi.

* * *

AZIONE REVOCATORIA — *Trasferimento immobile in adempimento di accordi di separazione — Pendenza debitoria antecedente all'impegno di trasferimento — Sussistenza requisiti art. 2901 cc — Revocabilità.*

Ai sensi dell'art. 2901 cc può essere revocato il contratto con cui un coniuge — in adempimento di impegno liberamente assunto in pendenza di esposizione debitoria nei confronti di un terzo creditore — trasferisca all'altro coniuge o ad un figlio un bene, al dichiarato fine di dare esecuzione agli obblighi di separazione consensuale omologata.

Tribunale di Reggio Emilia, 28 maggio 2019

* * *

AZIONE REVOCATORIA — *Astensione obbligatoria Giudice Delegato — Violazione — Istanza di ricusazione.*

Per la sua esperibilità l'azione revocatoria ordinaria presuppone la sola esistenza del debito e non anche la sua concreta esigibilità. Pertanto l'acquisto da parte del fideiussore della qualità di "debitore" nei confronti del creditore precedente risale al momento della nascita del credito e non a quello di scadenza dell'obbligazione del debitore principale, con la conseguenza che occorrerà far riferimento a quel primo momento per stabilire l'anteriorità o meno dell'atto pregiudizievole.

Tribunale di Vicenza, 23 settembre 2019

* * *

FALLIMENTO — *Istanza per la dichiarazione — Condizioni — Insolvenza prospettica.*

La insolvenza è tradizionalmente connessa allo stato di irreversibilità della situazione di grave crisi in cui l'impresa versa, il che fa emergere un profilo del suo accertamento e della natura del presupposto oggettivo del fallimento che si esprime nella formulazione di un giudizio prognostico. Poiché poi le procedure vanno intese non come semplici rimedi *ex post* a situazioni dannose, al pari delle revocatorie ad esempio, ma, soprattutto nella loro evoluzione necessitata dall'orientamento delle direttive europee, come strumento di emersione tempestiva della crisi per ridurre al minimo l'impatto

della stessa ed il pregiudizio delle ragioni creditorie, è chiaro che si possa e debba ricorrere ad una procedura che presuppone l'insolvenza non solamente in caso di insolvenza conclamata e risalente, ma anche quando essa si sta per manifestare all'esterno in tutta la sua gravità.

Allora diviene importante capire quando si è di fronte a c.d. *insolvenza prospettica* e, invece, quando si è di fronte a sola crisi di varia entità. L'insolvenza prospettica, creazione tutta dottrinale e giurisprudenziale, è necessariamente legata ad un orizzonte temporale molto contenuto, perché quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili.

In merito alla insussistenza, allo stato, della condizione di dichiarazione di fallimento, rappresentata da 20.000 euro di debiti scaduti al termine della istruttoria, si osserva che la volontà del legislatore della riforma del 2006 era quella di deflazionare il numero di istanze prefallimentari da sottoporre al vaglio del Tribunale e le conseguenti dichiarazioni, ciò esclude che essendo una condizione della dichiarazione, possa venire meno o essere omessa in presenza di grandi asseriti dissesti. Recentemente la Suprema Corte ha chiarito che ogni eventuale incertezza in merito al ricorrente di tale condizione non nuove al convenuto, ma impedisce la declaratoria di fallimento (Cfr. Cass. 25.06.2018 n. 16683). Per questa ragione in ogni caso allo stato la declaratoria di fallimento non sarebbe pronunciabile.

Tribunale di Milano - Sezione Fallimentare - decreto 3 ottobre 2019

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO PENALE D'IMPRESA

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

*Corte di cassazione, Sez. III Penale, 2 aprile 2019 (dep. 22 agosto 2019),
n. 36320, Pres. Ramacci, Rel. Gentili*

Il Tribunale di Teramo, con ordinanza del 28 settembre 2018, ha rigettato il ricorso presentato dalla P. Srl in liquidazione in concordato preventivo avverso il provvedimento di sequestro preventivo sino alla concorrenza della somma di Euro 154.000,00 emesso dal Gip del locale Tribunale nel corso delle indagini a carico di D.F.E., già Commissario liquidatore della ricorrente, indagato in relazione al reato di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 10-*bis*.

In sintesi il Tribunale, considerata la sussistenza del *fumus* del reato in questione, ha escluso che la circostanza che la P. avesse presentato istanza per essere ammessa al concordato preventivo potesse comportare la legittimità del mancato versamento delle imposte da parte della medesima.

Ha interposto ricorso per cassazione avverso la predetta ordinanza la citata società insistendo per la violazione di legge da cui sarebbe affetto il provvedimento impugnato; ciò in quanto il termine per il versamento delle imposte da parte del sostituto di imposta era scaduto in data 21 settembre 2015, mentre la istanza prenotativa di ammissione al concordato preventivo era stata presentata fin dall'aprile precedente, per cui l'omesso pagamento delle imposte era conseguenza del divieto imposto al debitore istante dei pagamenti ai singoli creditori successivamente alla presentazione della domanda di concordato; ciò, ad avviso della ricorrente, escluderebbe il *fumus delicti*.

[...]

Il ricorso è fondato e, pertanto, lo stesso deve essere accolto.

Il *punctum* su cui si incentra il primo motivo di impugnazione formulato dalla ricorrente attiene alla ritenuta violazione di legge commessa dal Tribunale di Teramo, in funzione di giudice del riesame dei provvedimenti cautelari, nel non aver rilevato la insussistenza del *fumus commissi delicti* essendo stato giustificato, secondo la ricorrente, l'omesso versamento da parte del

legale rappresentante della P. srl delle ritenute da questa operate in qualità di sostituto di imposta dalla circostanza che la medesima avesse presentato, fin da epoca anteriore alla scadenza del termine per l'adempimento del debito tributario, istanza di ammissione al concordato preventivo.

Il motivo di impugnazione è fondato.

Rileva, infatti, la Corte che, sebbene anche nel recente passato, non siano mancate sul punto pronunzie, anche di questa stessa Sezione, di segno diverso (si vedano, infatti, fra le più recenti, Corte di cassazione, Sezione III penale, n. 31 marzo 2016, n. 12912; idem Sezione III penale, 31 ottobre 2013, n. 44283, nelle quali si rileva che anche l'ammissione al concordato preventivo anteriore alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta non esclude la sussistenza del reato tributario consumatosi a seguito dell'omesso versamento dell'imposta come risultante dovuta), tuttavia si è da ultimo affermato il diverso principio, che ora e qui si condivide e si ritiene, pertanto, di dover confermare onde dargli continuità, in base al quale questa Corte ha ritenuto che, in tema di sequestro preventivo, non sia configurabile il *fumus* del reato connesso all'omesso versamento delle imposte nel caso in cui il debitore sia stato ammesso prima della scadenza al concordato preventivo con pagamento dilazionato e/o parziale della imposta (Corte di cassazione, Sezione III penale, 4 settembre 2018, n. 39696; idem Sezione IV penale, 17 novembre 2017, n. 52542); in particolare è stato, infatti, rilevato che in una tale situazione il comportamento del soggetto che sarebbe obbligato al versamento delle imposte, ed abbia omesso di ottemperare a tale obbligo, risulterebbe essere scriminato dalla previsione di cui all'art. 51 c.p., in quanto egli avrebbe agito, o meglio avrebbe omesso di agire, nell'adempimento di un dovere — quello di non eseguire pagamenti una volta formulata l'istanza di ammissione al concordato preventivo nei confronti di specifici creditori — sancito in forza della disposizione contenuta nel R.D. n. 267 del 1942, art. 167, in base alla quale i pagamenti effettuati dall'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo non si sottraggono alla regola della inefficacia, essendo, pertanto non dovuti, soprattutto se relativi a debiti sorti anteriormente al sorgere della procedura, a meno che non siano stati espressamente autorizzati dal giudice delegato (Corte di cassazione, Sezione I civile, 12 gennaio 2007, n. 578).

Né ritiene il Collegio, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale di Teramo, che sia elemento idoneo a giustificare la qualificabilità in termini di rilevanza penale della omissione tributaria posta in essere dal legale rappresentante della P. Srl il fatto che il momento della scadenza del debito tributario per cui è processo sia maturato anteriormente al momento in cui l'ammissione di quella al concordato preventivo è stata formalmente deliberata.

Infatti, sebbene il Collegio non ignori che, anche nelle immediatezze cronologiche della adozione della presente decisione questa Corte abbia ritenuto che la scriminante di cui all'art. 51 c.p., invocata anche nella presente

fattispecie, sia ravvisabile solo se i provvedimenti che impongono il dovere di non adempiere l'obbligo tributario, come l'ammissione al concordato preventivo ovvero, in alternativa il provvedimento del Tribunale che abbia vietato il pagamento dei crediti anteriori, siano intervenuti prima della scadenza dell'obbligo tributario e dunque non siano successivi alla consumazione del reato (così: Corte di cassazione, Sezione III penale, 22 gennaio 2019, n. 2860; ed apparentemente negli stessi termini anche la già citata Corte di cassazione, Sezione III penale, 4 settembre 2018, n. 39696), ritiene il Collegio medesimo di doversi discostare da questa, pur autorevole, interpretazione, sulla base di una dato sistematico che depone in senso opposto all'orientamento ora riportato.

Invero, come questa Corte, sebbene nella sua ripartizione civile, ha in diverse occasioni ritenuto, la decorrenza degli effetti della ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo, per effetto del combinato disposto dell'art. 188, comma 2, (allora applicabile *ratione temporis*, ma senza che la sua abrogazione abbia inciso sulla possibilità di riferire il principio esposto anche ad altre più recenti, fattispecie), R.D. n. 267 del 1942, artt. 167 e 168, va collocata, per effetto della sua efficacia retroattiva, alla data, non della adozione del provvedimento di formale ammissione, ma a quella della presentazione della relativa domanda; sicché, in applicazione della generale moratoria dei debiti di impresa per tutta la durata della procedura, anche i pagamenti eseguiti successivamente a questo adempimento, ma prima del decreto di apertura della procedura, sono inefficaci ai sensi del R.D. n. 267 del 1942, art. 167 (Corte di cassazione, Sezione I civile, 13 luglio 2018, n. 18729, ord.; idem Sezione I civile, 27 settembre 2017, n. 22601).

In applicazione del medesimo principio non può non rilevarsi che, una volta intervenuto il provvedimento di ammissione del debitore al concordato anche le pregresse condotte omissive, consistenti in omessi pagamenti di obbligazioni giunte a maturazione nell'intervallo fra la presentazione della istanza e la sua positiva evasione da parte dell'organo giurisdizionale a ciò preposto, cessano, laddove mai in precedenza esse la avessero avuta, di avere rilevanza penale, atteso che tali condotte neppure possono essere considerate compiute *contra ius* in quanto legittimate, a tutto voler concedere a posteriori, dall'avvenuta ammissione alla procedura concorsuale.

Sulla base dei rilievi esposti, assorbenti di ogni altro motivo di censura formulato dalla ricorrente, la ordinanza impugnata deve essere annullata, con rinvio al Tribunale di Teramo che, in diversa composizione personale, provvederà, alla luce di quanto sopra enunciato, a rivalutare l'originario ricorso proposto dalla P. Srl in concordato preventivo, in persona del suo legale rappresentante, in sede cautelare.

Crisi di liquidità e concordato preventivo: l'omesso versamento delle ritenute e dell'IVA dichiarate è destinato a rientrare nel paradigma dei nuovi istituti di regolazione della crisi d'impresa? (di

LUCA TROYER)

1. *La fattispecie concreta: la condotta omissiva scriminata fin dal deposito della domanda di concordato preventivo.*

La pronuncia che qui si annota⁽¹⁾ è stata resa nell'ambito di un *sub-procedimento* cautelare reale, ove il Tribunale del riesame confermava l'ordinanza di applicazione della misura ablativa del sequestro preventivo nei confronti di una società in liquidazione in concordato preventivo il cui amministratore era indagato per l'illecito di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000 (*"Omesso versamento di ritenute dovute o certificate"*).

Invero il Tribunale del riesame avvalorava, sulla scorta di quanto già statuito dal Giudice per le indagini preliminari, la sussistenza del *fumus commissi delicti* di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000 sul rilievo che la sola presentazione dell'istanza di ammissione al concordato preventivo non comportava la liceità del mancato versamento delle imposte da parte della società indagata.

Sul punto, la difesa dell'indagato presentava ricorso per cassazione avverso l'ordinanza genetica della cautela reale insistendo, in principalità⁽²⁾, sulla sussistenza del vizio di violazione di legge nella misura in cui non è stata adeguatamente valorizzata la circostanza secondo la quale il deposito — avvenuto nel mese di aprile 2015 — della domanda di ammissione alla procedura concorsuale del concordato preventivo sia anteriore rispetto al termine ultimo — la cui scadenza era fissata per il 21 settembre 2015 — per il versamento delle imposte da parte del sostituto. Da ciò ne conseguiva, sulla scorta delle disposizioni della legge fallimentare, che l'omissione nel pagamento delle imposte derivava dal divieto imposto al debitore istante di effettuare i pagamenti ai singoli creditori successivamente alla presentazione della domanda di concordato preventivo⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cass. pen., Sez. III, 2 aprile 2019 (dep. 22 agosto 2019), n. 36320, Pres. RAMACCI, Rel. GENTILI in *DeJure*.

⁽²⁾ Per mera completezza espositiva si evidenzia che il secondo motivo di gravame dedotto dalla difesa concerne l'assenza del dolo generico richiesto per l'integrazione della condotta di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000. Il soggetto passivo d'imposta, infatti, non si sarebbe rappresentato e non avrebbe tantomeno voluto l'omesso versamento delle ritenute. Siffatta circostanza risulta facilmente deducibile anche dalla presentazione dell'istanza di concordato preventivo che, per sua natura, mira ad un accordo coi creditori per il soddisfacimento del debito.

⁽³⁾ Il riferimento è alla disposizione di cui all'art. 167 L. Fall. (*"Amministrazione dei beni durante la procedura"*) che spetta, ex comma 1, al commissario giudiziale nominato dal tribunale. Per quanto di interesse ai fini del presente elaborato, al comma 2, è prevista espressamente l'inefficacia di taluni atti nominati in pendenza della procedura: *"I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti"*

A fronte delle argomentazioni svolte dalla difesa, la Corte di cassazione ha ritenuto fondato il ricorso, annullando con rinvio l'ordinanza applicativa del sequestro preventivo.

La Corte di legittimità nell'arresto in esame ha tracciato un inedito sentiero ermeneutico nell'ipotesi in cui il contribuente si trovi a dover affrontare una crisi di liquidità che gli impedisca di versare le ritenute dichiarate dopo aver presentato domanda di concordato preventivo, scriminando l'omissione in forza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere ex art 51 c.p., come vedremo più approfonditamente di seguito.

2. Crisi di liquidità e prigione per debiti: un binomio inscindibile?

Prima di procedere all'analisi della fattispecie concreta che qui interessa, è fondamentale svolgere una breve disamina circa l'origine delle disposizioni in materia di omessi versamenti (delle ritenute certificate ex art. 10-bis e dell'IVA ex art. 10-ter D.Lgs. 74/2000). Dopodiché ci si soffermerà sull'inquadramento della crisi di liquidità offerto in sede giurisprudenziale che, si anticipa fin da ora, esige la sussistenza di specifiche condizioni ⁽⁴⁾ nonché il rispetto di stringenti parametri in punto di onere di allegazione ⁽⁵⁾. Proprio

di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”.

Ad ogni modo, l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non incide sulla disciplina dell'inefficacia degli atti compiuti dal debitore. Il Legislatore, infatti, ha riproposto il medesimo disposto letterale di cui all'art. 167, comma 2 L. Fall., confluito nell'art. 94, comma 2 (*“Effetti della presentazione della domanda di concordato”*), la cui entrata in vigore è prevista per il 15 agosto 2020: *“Fermo il disposto dell'articolo 46, i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”*. L'art. 46, richiamato in apertura, contempla gli *“Effetti della domanda di accesso al concordato preventivo”* così codificati: *“Dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di cui all'articolo 44, comma 1. La domanda di autorizzazione contiene idonee informazioni sul contenuto del piano. Il tribunale può assumere ulteriori informazioni, anche da terzi e acquisisce il parere del commissario giudiziale, se nominato. Successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione, sull'istanza di autorizzazione provvede il giudice delegato. I crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili. I creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione prevista dai commi 1, 2 e 3. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori”*.

⁽⁴⁾ Il riferimento è ad un duplice ordine di condizioni: (i) non imputabilità al contribuente delle difficoltà finanziarie e (ii) impossibilità di fronteggiare le stesse con misure idonee anche sfavorevoli per il patrimonio personale del contribuente; *ex multis*: Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2014 (dep. 25 febbraio 2015), n. 8352, Pres. FIALE, Rel. ACETO in CED.

⁽⁵⁾ L'onere di allegazione richiesto all'imputato-contribuente è assai stringente. Invero, costante giurisprudenza non ritiene sufficiente la mera allegazione della sussistenza di una crisi di liquidità, ma esige l'indicazione di circostanze specifiche e concrete della crisi di

per queste ragioni, nonostante la tendenza del contribuente sia quella di invocare la crisi di liquidità per spiegare le proprie omissioni tributarie, i giudici — soprattutto in sede di legittimità — raramente accolgono le richieste di assoluzione prospettate dalla difesa dell'imputato sulla base di una assai rigorosa interpretazione del dettato normativo, che conduce ad una vera e propria inversione dell'onere della prova liberatoria a carico dell'imputato. Ne deriva, pertanto, una inversione di tendenza: data la pressoché totale impossibilità di ottenere una pronuncia assolutoria, si è assistito negli anni ad una fuga verso soluzioni processuali che consentano di sottrarsi ad un giudizio di penale responsabilità⁽⁶⁾ o di approdare ad un giudizio di non punibilità⁽⁷⁾ o di estinzione⁽⁸⁾ del reato.

2.1. *L'eccentricità degli illeciti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter D.Lgs. 74/2000.*

Nella versione originaria del *corpus* normativo di cui al D.Lgs. 74/2000, la quasi totalità degli illeciti (a cui si affiancano le tre fattispecie collaterali integrate dagli artt. 8, 10 e 11⁽⁹⁾) che, pur prescindendo dal momento dichiarativo, sono connotate dall'attitudine lesiva) origina il proprio disvalore penale nella fraudolenta ostensione, all'interno della dichiarazione annuale, della situazione reddituale e della base imponibile del contribuente⁽¹⁰⁾.

Tuttavia l'entrata in vigore degli illeciti di cui agli artt. 10-bis⁽¹¹⁾ e

liquidità; *ex multis*: Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 2614, Pres. SQUASSONI, Rel. ORILIA in *CED*.

⁽⁶⁾ Il riferimento, in questo caso, è appunto al concordato preventivo che prevede la regola dell'inefficacia dei pagamenti effettuati. Pertanto anche il pagamento dei debiti tributari, inserendosi nella generale regola di cui all'art. 167 L. Fall., è da considerarsi inefficace e l'omissione scriminata.

⁽⁷⁾ Il riferimento è a quanto previsto dagli artt. 13 e 13-bis D.Lgs. 74/2000, introdotti a seguito della riforma avvenuta con il D.Lgs. 158/2015 che non interviene solo sulla riformulazione del fatto tipico delle diverse fattispecie, bensì anche sulla punibilità del contribuente, innalzando le soglie ed introducendo speciali cause di non punibilità connesse al pagamento spontaneo dell'imposta non versata.

⁽⁸⁾ Il riferimento è alla sospensione del procedimento con messa alla prova di cui agli artt. 168-bis ss. c.p. e 464-bis ss. c.p.p., introdotta con la L. 67/2014.

⁽⁹⁾ Il riferimento è alle fattispecie di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 D.Lgs. 74/2000), di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 D.Lgs. 74/2000) e di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 D.Lgs. 74/2000) che contemplano, quale elemento soggettivo, il dolo specifico di "consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto" (art. 8), di "evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di consentire l'evasione a terzi" (art. 10) o di "sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila" (art. 11).

⁽¹⁰⁾ F. ZUNICA-A. GENTILI, *I delitti di occultamento, omesso versamento e indebita compensazione*, in A. SCARCELLA (a cura di), *La disciplina penale in materia d'imposte dirette e I.V.A.*, Torino, 2019, p. 235.

⁽¹¹⁾ La norma di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000 ("Omesso versamento di ritenute dovute o certificate"), introdotta con l'art. 1, comma 414, legge 30 dicembre 2004, n. 311, nell'attuale versione risalente al D.Lgs. 158/2015, punisce, con la reclusione da sei mesi a due anni, "chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti

10-ter⁽¹²⁾ D.Lgs. 74/2000 introduce una rima di eccentricità, elevandosi ad *unicum* dell'intero sistema penale⁽¹³⁾.

Emblematica, a tal proposito, è una considerazione svolta da autorevole dottrina secondo cui l'intervento riformistico che si innesta sul *corpus* penal-tributario di cui al D.Lgs. 74/2000 sembrerebbe risolversi, di fatto, “nella reintroduzione, in forma moderna, del vecchio e barbaro istituto dell'arresto per debiti, questa volta solo fiscali. Come è noto, non esistono nel sistema penale incriminazioni di meri inadempimenti di obbligazione, se non accompagnati almeno da comportamenti fraudolenti, e cioè da significativi disvalori di azione”⁽¹⁴⁾. E ancora: “Neppure il legislatore del '30 si è spinto così in avanti: l'ultima Thule del codice Rocco può essere considerato il delitto di inadempimento di pubbliche forniture (art. 355 c.p.): ove il mancato adempimento della fornitura è, però, legato ad un preciso contesto e a condizioni di necessità che giustificano l'intervento della sanzione penale”⁽¹⁵⁾.

Quindi, svincolando il disvalore penale degli illeciti tributari in parola dal momento dichiarativo, si assiste alla formazione di un “diritto penale tributario della riscossione”⁽¹⁶⁾ dove lo Stato presidia con una sanzione criminale l'effettiva percezione dei tributi, indipendentemente dal perfezionamento di condotte mendaci o fraudolente e prescindendo addirittura dal dolo di evasione (tipico degli illeciti di cui al D.Lgs. 74/2000), ritenendo sufficiente il solo dolo generico⁽¹⁷⁾.

La criminalizzazione delle condotte che si sostanziano in un omesso versamento di imposte impone altresì delle considerazioni in merito all'interazione delle stesse con la cd. “crisi di liquidità”. Esemplificando: fino a che punto può spingersi l'imprenditore nelle scelte attinenti la propria attività tipica, evitando così di imbattersi nella “prigione per debiti”?

In altri termini, il rigore della formulazione normativa, che per l'integrazione della condotta non richiede il fine di evadere le imposte, sembra lasciare

dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta”. La disposizione, tuttavia, non è un *novum* poiché la condotta era precedentemente sanzionata dall'art. 2 del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito dalla legge 7 agosto 1982, n. 516, norma a sua volta sostituita dall'art. 3 del d.l. 16 marzo 1991, n. 83, convertito dalla legge 15 maggio 1991, n. 154. In seguito, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 74/2000, il Legislatore ha abrogato espressamente, con l'art. 25, lett. d), l'illecito in parola per poi reintrodurlo con la Legge Finanziaria 2005.

⁽¹²⁾ La norma di cui all'art. 10-ter D.Lgs. 74/2000 (“Omesso versamento di IVA”), introdotta dall'art. 35, comma 7, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, nell'attuale versione, punisce, con la reclusione da sei mesi a due anni, “chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta”.

⁽¹³⁾ S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. XIII, *I reati tributari*, R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), Torino, 2017, pp. 313-314.

⁽¹⁴⁾ Così E. MUSCO, *Reati tributari* (voce), in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2007, p. 1064.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, pp. 291 ss.

⁽¹⁷⁾ E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016, p. 301.

all'interprete margini interpretativi alquanto ridotti in ordine alla possibilità di distinguere la condizione di colui che omette il versamento con il fine di non adempiere l'obbligazione tributaria, da quella di chi, invece, vi è costretto da una perdurante mancanza di risorse finanziarie⁽¹⁸⁾.

La ricerca del *discrimen* tra le due alternative deve prendere l'abbrivio dall'individuazione della condotta tipica su cui si radica il disvalore penale⁽¹⁹⁾. Sul punto si sono registrate due differenti opzioni interpretative, che trovano conferma tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

La prima impostazione valorizza il mancato accantonamento delle risorse economiche da cui ne discende, quale naturale conseguenza, l'omesso versamento delle imposte⁽²⁰⁾; mentre la seconda impostazione, valorizzando al massimo la lettera della legge, ancora il disvalore penale al solo omesso pagamento delle ritenute certificate ovvero dell'IVA, entro il termine previsto dal Legislatore⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ L. CUOMO-P. MOLINO, *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, p. 415. La rilevanza del tema è da ricondursi altresì all'attuale congiuntura economica, segnata da una fase di profonda recessione che ha portato un gran numero di piccole-medie imprese a palesare delle difficoltà nell'adempimento dei debiti tributari.

⁽¹⁹⁾ Si consenta di richiamare L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: tout comprendre c'est tout pardonner?*, in questa *Rivista*, 2013, 4, p. 965.

⁽²⁰⁾ Per una disamina approfondita dei diversi orientamenti si vd. S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, cit., p. 320.

Per quanto riguarda la prima impostazione ermeneutica, radicare il disvalore penale sul mancato accantonamento delle risorse economiche comporterebbe il riverberarsi di riflessi appropriativi nella condotta del sostituto. Quest'ultimo, infatti, si comporterebbe sostanzialmente *uti dominus* rispetto a *res* altrui (le ritenute) sottoposte a vincolo di destinazione, di cui ha la detenzione. In questo modo gli illeciti vengono ricondotti sotto il paradigma dei reati contro il patrimonio nella misura in cui gli omessi versamenti sarebbero nient'altro che declinazioni dell'appropriazione indebita "alla scadenza del termine ultimo di corresponsione all'Erario di somme incassate dal contribuente quale sostituto d'imposta [avendo] luogo l'interversione del possesso sanzionata dall'art. 646 c.p." in F. MUCCIARELLI-C. E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto sequestrabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 4, p. 257; L. CUOMO-P. MOLINO, *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità*, cit., p. 413; G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. 74/2000)*, online su *www.penalecontemporaneo.it*, 7 ottobre 2013, p. 5.

Anche la giurisprudenza nel suo massimo consenso ha accolto tale lettura della dottrina statuendo che "ogni qualvolta il sostituto d'imposta effettua tali erogazioni, insorge [...] a suo carico l'obbligo di accantonare le somme dovute all'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria", cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37425, Pres. LUPO, Rel. CORTESE in *CED*.

⁽²¹⁾ S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, cit., pp. 320-321. L'impostazione in chiave appropriativa non convince in quanto il sostituto non detiene alcuna somma altrui, rispetto alla quale, quindi, non potrà realizzarsi alcuna interversione del possesso, limitandosi solamente a non versare il debito d'imposta. Le somme trattenute non sono mai fuoriuscite dal patrimonio del debitore contribuente e quindi il mancato versamento non può realizzare il delitto di appropriazione indebita, cfr. E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 274. Si vd. *Cass. pen.*, Sez. Un., 27 ottobre 2004 (dep. 19 gennaio 2005), n. 1327, Pres. MARVULLI, Rel. FAZZIOLI in *DeJure* a proposito del mancato versamento alla Cassa edile delle somme "trattenute" dal datore di lavoro sulla retribuzione del dipendente per ferie, gratifiche natalizie e festività. Si tratterà, quindi, di una ipotesi di appropriazione indebita quando il denaro "è rappresentato da una quota ideale del 'patrimonio' del possessore, indistinta da tutti gli altri beni e rapporti che contribuiscono a costituirlo. La somma 'trattenuta' o 'ritenuta' rimane, infatti, sempre nella esclusiva disponibilità del 'possessore', non soltanto perché non è mai materialmente versata al lavoratore, ma soprattutto in quanto mai potrebbe

L'adesione all'uno o all'altro modello esegetico presenta delle ricadute sul piano della configurabilità dell'elemento soggettivo, ossia in relazione alla possibilità di escludere la penale responsabilità del contribuente che abbia omesso il pagamento delle imposte a causa di una crisi di liquidità⁽²²⁾.

Se, infatti, viene valorizzato, oltre alla condotta di omissione, anche il momento del mancato accantonamento delle risorse economiche, la crisi di liquidità non può essere invocata, gravando sull'agente un duplice onere ossia quello di accantonare le risorse economiche prima e di adempiere all'obbligazione tributaria poi⁽²³⁾. Così facendo, il dolo andrebbe ricercato nella rappresentazione e volizione, in capo al contribuente, di non accantonare quanto necessario per assolvere all'obbligo tributario e non potrebbe essere escluso dalla semplice incapacienza o, persino, dall'insolubilità dell'agente al momento del termine ultimo posto dalla norma penale⁽²⁴⁾.

Tuttavia, tale impostazione esegetica sembrerebbe ampliare, peraltro contro la volontà legislativa, il perimetro di penale rilevanza delle condotte in esame.

Invero, posto che gli illeciti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter D.Lgs. 74/2000 sono tipizzati come reati omissivi propri istantanei⁽²⁵⁾, tutto il disvalore della condotta è incentrato sull'omesso versamento del tributo. Pertanto, la fase dell'accantonamento delle risorse rappresenta una condotta antecedente, ben distinta dal mancato versamento e priva di rilevanza penale⁽²⁶⁾.

esserlo, avendo il dipendente soltanto il diritto di percepire la retribuzione al netto delle trattenute effettuate alla fonte dal datore di lavoro. Le 'trattenute', quindi, si risolvono a ben vedere in una operazione meramente contabile diretta a determinare l'importo della somma che il datore di lavoro è obbligato a versare, in base ad una norma di legge o avente forza di legge, alla scadenza pattuita in conseguenza della corresponsione della retribuzione. Al contrario, in tutti gli altri casi trattati dalla giurisprudenza, il denaro o la cosa mobile di cui l'agente si appropria, non fanno mai parte ab origine del 'patrimonio' del possessore, ma si tratta sempre di denaro o di cose di 'proprietà' diretta od indiretta di altri, che pur confluendo per una determinata ragione nel 'patrimonio' dell'agente, non divengono, proprio per il vincolo di destinazione che le caratterizza, di sua proprietà, in deroga — come espressamente previsto dall'art. 646 c.p. ai principi del diritto civile in tema di acquisto della proprietà delle cose fungibili. Sicché, ove l'agente dia alla cosa una destinazione diversa da quella consentita dal titolo per cui la possiede, ovvero a richiesta o alla scadenza non restituisca la cosa o il denaro, commette il reato di appropriazione indebita, tutti casi, tradizionalmente individuati dalla giurisprudenza di legittimità, in cui la somma entra ab extrinseco a far parte del patrimonio del possessore e con questo non si confonde proprio perché connotata da un vincolo specifico di destinazione".

⁽²²⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 966.

⁽²³⁾ G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente*, cit., p. 4.

⁽²⁴⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 966.

⁽²⁵⁾ A. IORIO-S. MECCA, *I nuovi reati di omesso versamento e indebita compensazione*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 4263 in S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, cit., p. 320. Tuttavia non manca chi sostenga, al contrario, che gli illeciti abbiano natura di reati a condotta mista: commissiva quanto alla presentazione della dichiarazione e omissiva quanto al mancato versamento, momento che qualifica la rilevanza penale del fatto, cfr. Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2014 (dep. 14 marzo 2014), n. 12248, Pres. SQUASSONI, Rel. SCARCELLA in *CED*.

⁽²⁶⁾ Difatti: "Ai fini della sussistenza del dolo generico richiesto per la punibilità del reato di cui all'art. 10-ter, d.lgs. n. 74/00 (Omesso versamento dell'IVA), il giudice deve accertarne l'esistenza, attesa la non configurabilità del tentativo, nel momento in cui il reato si perfeziona, ossia alla data di scadenza ultima entro cui effettuare il versamento" (Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2014 (dep. 14 marzo 2014), n. 12248, cit.). La pronuncia appena richiamata è utile

Ad ogni modo residua una modalità di recupero della tipicità della fase di accantonamento delle risorse economiche qualora il contribuente si sia posto volontariamente nella condizione di non poter adempiere all'obbligazione entro il termine previsto, secondo il paradigma della *omissio libera in causa*, in cui l'*omissio* “(e cioè la condotta) che realizza il fatto di reato non è libera ‘in sé’ (in quanto il soggetto versa, in quel momento, in stato di incapacità), ma era tale in causa, e cioè in rapporto alla sua origine (in quanto il soggetto ha scelto liberamente, quand’era capace, di porsi nello stato di incapacità, al fine di delinquere)”⁽²⁷⁾.

Attribuendo centralità alla sola condotta omissiva, dovrà dunque escludersi il dolo se, entro lo spirare del termine previsto *ex lege*, il contribuente versi nell'impossibilità obiettiva — non dovuta a dolo — di onorare il debito nei confronti dell'Erario⁽²⁸⁾.

È evidente che la circostanza andrà ad elidere, tanto sul piano logico quanto sul piano giuridico, l'obbligo penalmente tutelato.

Ad ogni modo si consideri che la dimensione teleologica nella costruzione dell'elemento soggettivo (la disposizione, infatti, ritiene sufficiente il solo dolo generico, che ammette anche la forma più lieve del dolo eventuale) avrebbe potuto giocare un ruolo fondamentale quale “filtro tipizzante” anche per tutte quelle omissioni realizzatesi in situazioni di crisi di liquidità.

La *querelle* dottrinale si è presto trasferita in sede applicativa dove, a fronte di pronunce assolutorie — non sempre pienamente condivisibili sotto il profilo teorico-sistematico⁽²⁹⁾ — per lo più nel giudizio di merito, si sono contrapposte sentenze di condanna — caratterizzate sovente da un'interpretazione della normativa ossessivamente rigorosa — prevalentemente in sede di legittimità.

2.2. Le iniziali aperture delle Corti di merito.

Prima di analizzare l'attuale orientamento giurisprudenziale è opportuno, seppur brevemente, soffermarsi sull'originario quadro delle pronunce di merito caratterizzate — si badi — dal minimo comune denominatore dato dall'assoluzione degli imputati⁽³⁰⁾.

All'esito assolutorio i giudici del merito pervengono valorizzando, di volta in volta, un differente sotto-elemento della categoria della colpevolezza,

nella misura in cui consente di ancorare l'accertamento del dolo alla data della scadenza ultima entro cui effettuare il versamento dell'imposta.

⁽²⁷⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 966.

⁽²⁸⁾ Quindi il mancato accantonamento della provvista necessaria ad adempiere all'obbligazione tributaria rimane irrilevante salvo che non si rientri nel paradigma dell'*omissio libera in causa*, richiamato pocanzi.

⁽²⁹⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 969; S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, cit., p. 330.

⁽³⁰⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 969.

affondando le radici su un “*pre-giudizio valoriale di concreta non meritevolezza di punizione*” per i fatti contestati ai contribuenti ⁽³¹⁾.

In tale modo è possibile riscontrare tre differenti sentieri esegetici così compendiabili:

(i) Assenza dell'elemento soggettivo *tout-court*, ossia involontarietà dell'omissione calata in un contesto di grave illiquidità incolpevole in quanto originata da inadempimenti di terze parti ⁽³²⁾ ovvero discendente da mutamenti della compagine endosocietaria in cui l'amministratore entrante si trova a dover affrontare una crisi ereditata dalla precedente gestione e a cui tenta di porre rimedio sollecitando l'immissione di nuovo capitale da parte dei soci per provvedere al pagamento delle imposte ⁽³³⁾;

(ii) Sussistenza della forza maggiore *ex art. 45 c.p.*, ossia l'illiquidità si risolve in una “forza irresistibile” allorché sia alternativamente dimostrata la predisposizione di strumenti *ex ante* astrattamente idonei al superamento della crisi ovvero — in caso di mancata previa attivazione — l'assoluta inidoneità degli strumenti a disposizione per fronteggiarla. Inoltre è neces-

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ Tribunale di Firenze, Uff. Gip, sentenza 27 luglio 2012, giud. BELSITO in *www.archiviopenale.it*. In tale pronuncia, il Giudice per le indagini preliminari medico assolve l'imputato con formula “*perché il fatto non costituisce reato*” sul rilievo che l'illiquidità va ad elidere il dolo. La fattispecie concreta riguardava un imprenditore che si era trovato in estrema difficoltà economica poiché una società “*non aveva onorato le scadenze di svariati pagamenti a fronte dei quali aveva emesso delle ricevute 'importanti', motivo per cui lui, che già in precedenza era in estrema difficoltà economica in considerazione della difficile congiuntura, [...] non era stato in grado di ottemperare (al pagamento dell'IVA, NdR)*”. E ancora, in motivazione, il Gip conclude che “*tenuto conto del fatto che la condotta omissiva del contribuente in tanto può essere sanzionata, in quanto si versi in una ipotesi di dolo, seppur generico, nel caso di specie non può che emettersi sentenza di assoluzione per carenza dell'elemento psicologico del reato. Il processo penale, a differenza di quello tributario, impone di valutare e di provare la volontarietà dell'omissione (nel senso richiesto dalla norma violata, di tal che deve risultare che l'agente si è rappresentato, e ha voluto l'omissione del versamento nel termine richiesto) volontarietà che nel caso di specie non sussiste, causa la crisi finanziaria in cui si era venuto a trovare l'imputato in conseguenza, anche, delle condotte di soggetti terzi inadempienti nei suoi confronti, crisi che lo ha posto in una condizione di 'illiquidità' che non lo rende nel caso di specie, pur se inadempiente al pagamento dell'Iva, penalmente perseguibile*”.

⁽³³⁾ Tribunale di Milano, Sez. III penale, sentenza 19 ottobre 2013, giud. GAMACCHIO.

A proposito dei mutamenti della compagine endosocietaria, pare utile soffermarsi brevemente sull'ipotesi di diversità soggettiva tra il soggetto che ha operato l'accantonamento delle risorse economiche e quello che ha omesso il versamento dell'imposta. Nella pronuncia sopracitata, il Tribunale di Milano esclude il dolo sul rilievo che l'amministratore entrante si sarebbe attivato, sollecitando i soci, a reperire liquidità. Ad ogni modo, qualora l'amministratore entrante dimostri di aver omesso il pagamento non avendo trovato nulla nelle casse sociali ed essendosi congruamente attivato per cercare risorse a tal fine, non può essere rimproverabile poiché l'obbligo di accantonamento faceva capo ad un altro soggetto. Da quest'ultimo rilievo è chiaro che il disvalore penale della fattispecie si radichi su due distinti momenti: l'accantonamento e il versamento dei denari. Sul punto, cfr. Tribunale di Milano, 28 aprile 2011, giud. MANNUCCI, ove il liquidatore di una società è stato assolto *ex art. 45 c.p.* non avendo — al momento del suo insediamento nella carica di liquidatore — trovato alcuna disponibilità nella cassa sociale con riferimento ad una società che non aveva più accesso al credito bancario e che era debitrice nei confronti del fisco, a vario titolo, della somma di 9 milioni di euro (situazione che la portava al fallimento). Tutt'al più sarà possibile rilevare una responsabilità *ex art. 48 c.p.* del precedente amministratore che, prima non ha provveduto all'accantonamento e, poi, ha lasciato l'amministratore nell'impossibilità di adempiere all'obbligo fiscale non avendo quest'ultimo alcuna disponibilità di cassa e nessuna possibilità di accedere al credito bancario, G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente*, cit., pp. 14-15.

sario verificare l'imprevedibilità della crisi, che quindi non deve discendere da scelte consapevoli del contribuente. Paradigmatici sono due casi portati all'attenzione dei giudici capitolini: nella prima ipotesi, la forza maggiore è invocabile nella misura in cui il contribuente abbia destinato le risorse economiche, provenienti dalle ritenute operate, all'adempimento di altre obbligazioni inerenti all'attività d'impresa ⁽³⁴⁾; nella seconda ipotesi, invece, viene attribuito rilievo agli inadempimenti di altre Pubbliche Amministrazioni, controparti del contribuente inadempiente ⁽³⁵⁾;

(iii) Combinazione tra assenza della volontà dolosa e inesigibilità della condotta o forza maggiore: l'elemento soggettivo in capo al contribuente si trova a metà strada tra la carenza del dolo e l'inesigibilità della condotta quando il mancato pagamento discende da un comportamento a sua volta omissivo e dilatorio tenuto da enti pubblici ⁽³⁶⁾. Siffatto sentiero ermeneutico, quindi, non attribuisce rilievo a qualsivoglia crisi di liquidità, bensì solo a quella determinata da fattori assolutamente estranei alla sfera di controllo dell'imprenditore, e in alcun modo riconducibili ad una sua *mala gestio* ⁽³⁷⁾.

2.3. La codificata chiusura della Corte di cassazione.

Tale iniziale orientamento di merito è stato contrastato da altro indirizzo molto più severo della Suprema Corte ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ Tribunale di Roma, sentenza 12 giugno 2013, giud. Di NICOLA a tenore del quale, nel caso di specie, *“l'esistenza di un grave stato di crisi finanziaria dipendente da vicende e fatti contingenti che impedirono il corretto adempimento degli obblighi di versamento delle imposte non può assolutamente rientrare, come sostenuto dalla difesa in un caso di forza maggiore, trattandosi, comunque, si ripete, di situazione creata, voluta, programmata, realizzata dal C. e, quindi del tutto esulante dalla forza maggiore prevista dall'art. 45 c.p. e dall'art.6, co.5 D.to Leg.vo 472/97”*.

⁽³⁵⁾ Tribunale di Roma, sentenza 7 maggio 2013, giud. Di NICOLA a tenore del quale: *“in base a quanto descritto si ritiene di poter affermare che: l'inadempimento dell'obbligazione tributaria non è riconducibile in via esclusiva alla mancanza di liquidità derivante dall'inadempimento di pubbliche amministrazioni; in ogni caso, posta la già rilevata prevedibilità dei ritardi nell'incasso di quanto dovuto dalla P.A., oltre che il recupero dei crediti già maturati, non ricorre nel caso di specie quel carattere di eccezionalità ed imprevedibilità che vale a connotare l'invocata esimente della forza maggiore”*.

⁽³⁶⁾ Tribunale di Milano, Uff. Gip, sentenza 7 gennaio 2013, giud. CASTELLI: *“Non sussiste il dolo del reato di omesso versamento di ritenute certificate in capo al sostituto di imposta che non abbia potuto adempiere all'obbligazione tributaria perché la società di cui è legale rappresentante affronta una mancanza di liquidità dovuta a gravi e non prevedibili inadempimenti da parte di Enti pubblici, pur essendosi egli attivato per il recupero di quei crediti ed avendo effettuato i versamenti dovuti non appena in grado di farlo”*; Tribunale di Milano, Uff. Gip, sentenza 19 settembre 2012, giud. DOMANICO: *“Ai fini della sussistenza del reato di omesso pagamento di ritenute certificate, non può desumersi il dolo, nemmeno nella forma eventuale, dal mancato pagamento tempestivo delle ritenute senza che sia adottata altra circostanza idonea a fornire autonoma prova della sua sussistenza”* entrambe in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2013.

⁽³⁷⁾ Tribunale di Novara, sentenza 20 marzo 2013, giud. FILICE.

⁽³⁸⁾ Sul punto è necessario citare un recente arresto giurisprudenziale che, nel dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal PG, conferma l'assoluzione dell'imputato dal reato di omesso versamento di IVA sul rilievo della carenza del dolo generico — integrato dalla condotta omissiva posta in essere nella consapevolezza della sua illiceità, non rilevando i motivi della scelta dell'agente di non versare il contributo —. Nel caso di specie, l'imputato-contribuente, legale rappresentante di una S.p.A., ha scelto i dipendenti e i fornitori

Emblematico è il primo *dictum* offerto dalle Sezioni Unite Favellato che, a proposito di un omesso versamento di ritenute certificate, evidenziando l'esistenza, in capo al contribuente-sostituto, dell'obbligo di accantonare annualmente le somme da versare all'Erario, non ammette la possibilità di invocare, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità a meno che non venga dimostrato che l'omesso stanziamento dei denari non dipende da una libera scelta del contribuente medesimo ⁽³⁹⁾.

Al medesimo esito si giunge anche in relazione all'illecito di omesso versamento dell'IVA ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia, il passaggio della citata sentenza della Suprema Corte non è argomentato in modo del tutto soddisfacente e, per fare chiarezza, è necessario richiamare il precedente arresto Provenzale che nella costruzione dell'illecito di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000 attribuisce rilievo centrale all'indebita appropriazione di somme altrui di cui si ha la detenzione, concludendo, pertanto, che *“non è manifestamente irrazionale il mancato rilievo di impreviste difficoltà economiche”* ⁽⁴¹⁾.

Una lettura congiunta delle tre pronunce pocanzi menzionate consente di approdare ad una prima — parziale — conclusione: per la Corte di legittimità la crisi di liquidità può trovare spazi operativi limitati e ad una duplice

in una prospettiva di continuità aziendale, nella convinzione che tale opzione avrebbe consentito la prosecuzione dell'attività d'impresa, il conseguimento di ricavi, la produzione di utili e, quindi, anche l'adempimento alla scadenza della obbligazione tributaria esclude la rappresentazione della mancanza delle risorse economiche necessarie per assolvere a tale adempimento tributario alla scadenza prefissata. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2019 (dep. 16 ottobre 2019), n. 42522, Pres. ROSI, Rel. LIBERATI in *DeJure*.

⁽³⁹⁾ Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37425, cit. secondo cui: *“Non può, quindi, essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta (protrattasi, in sede di prima applicazione della norma, nel 2005) di non far debitamente fronte alla esigenza predetta (per l'esclusione del rilievo scriminante di impreviste difficoltà economiche in sé considerate v., in riferimento alla norma in esame, Sez. 3, n. 10120 del 01/12/2010, dep. 2011, Provenzale)”*.

⁽⁴⁰⁾ Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424, Pres. LUPO, Rel. CORTESE in *CED* che riporta il medesimo principio di diritto di cui alla sentenza Provenzale.

⁽⁴¹⁾ Cass. pen., Sez. III, 1 dicembre 2010 (dep. 11 marzo 2011), n. 10120, Pres. SQUASSONI, Rel. FRANCO in *CED*. Esemplificando, un motivo di gravame della pronuncia qui in esame eccipe l'illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 74/2000 per ingiustificata disparità di trattamento, irragionevolezza, nonché violazione del principio di uguaglianza poiché il reato si configura solo per le ritenute risultanti dalla dichiarazione rilasciata dal sostituto al sostituto. L'illecito sanziona una condotta che si consuma in un momento diverso da quello relativo alla dichiarazione, fulcro dell'intero *corpus* penale tributario. Inoltre, la norma attribuisce rilevanza penale all'indebito trattenimento delle ritenute a prescindere dalla loro natura tributaria, diversamente dalle altre condotte che riguardano le imposte sui redditi e l'Iva. Vi sarebbe, dunque, un trattamento peggiore del sostituto d'imposta. Altresì l'assenza del dolo specifico di evasione farebbe sì che il reato sarebbe configurabile anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore versi in una crisi di liquidità. La Suprema Corte esclude tale rilievo di illegittimità costituzionale affermando che: a) la norma sanziona una condotta diversa ed autonoma rispetto alle altre di cui al D.Lgs. 74/2000; b) è irrilevante la circostanza per cui la norma va a colpire l'indebito trattenimento di ritenute non aventi natura tributaria nonché l'assenza del dolo di evasione; c) la previsione dell'illecito di cui all'art. 10-bis trova fondamento nel profilo di indebita appropriazione di somme altrui di cui si ha la detenzione; d) da ciò ne consegue che non è manifestamente irrazionale il mancato rilievo di impreviste difficoltà economiche.

condizione, ossia che il soggetto non abbia ricevuto l'IVA per le prestazioni compiute e non sia stato in grado di far fronte con altre risorse al debito tributario ⁽⁴²⁾.

In seguito, all'originario rigore ermeneutico della Cassazione si sono contrapposte delle sporadiche (e caute) aperture — sempre in sede di legittimità — così riassumibili:

(i) La crisi di liquidità assume rilevanza decisiva ai fini dell'esclusione della volizione del fatto di reato ravvisandosi l'assenza di dolo al ricorrere di indicazioni specifiche e concrete atte a dimostrare una reale impossibilità incolpevole all'adempimento ⁽⁴³⁾.

Le *“indicazioni specifiche e concrete”* citate, la cui sussistenza consentirebbe — almeno astrattamente — di addivenire ad una pronuncia assolutoria, impongono di *“assolvere gli oneri di allegazione concernenti sia il profilo della non imputabilità a lui medesimo della crisi economica che ha investito l'azienda, sia l'aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto”* ⁽⁴⁴⁾.

Non potrebbe negarsi, nei casi di omesso versamento, l'assenza di dolo, a fronte dell'assoluta impossibilità di onorare l'adempimento tributario in ragione di una crisi di liquidità, occorrendo, nondimeno, che l'imputato dimostri *“che le difficoltà finanziarie non siano a lui imputabili e che le stesse, inoltre, non possano essere altrimenti fronteggiate con idonee misure anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale”* ⁽⁴⁵⁾.

Quindi, la mera allegazione della crisi di liquidità non è da sola sufficiente, dovendo coesistere altresì la non imputabilità della stessa in capo al contribuente e l'impossibilità di adottare misure idonee — anche pregiudizievoli per il patrimonio privato — atte a contenere siffatta crisi.

Ad ogni modo, la Corte di cassazione non predilige l'argomento del dolo in quanto: *“Nel caso di reati omissivi propri unsussistenti, come quello in esame, la causa di forza maggiore in grado di escludere il dolo deve essere valutata al momento della consumazione del reato, non può essere retroagita, né può*

⁽⁴²⁾ L. TROYER-A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., p. 968: le pronunce richiamate, infatti, impongono che l'omissione tributaria non dipenda dalla libera scelta del contribuente di non far fronte al pagamento.

⁽⁴³⁾ Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 2614, cit.

⁽⁴⁴⁾ *Ex multis*: Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2014 (dep. 25 febbraio 2015), n. 8352, cit. La Corte prosegue affermando che *“occorre cioè la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse economiche e finanziarie necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili”*. Nel caso di specie, gli argomenti spesi dalla difesa a sostegno dell'impossibilità oggettiva ad adempiere si collocano sul piano della commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (nella specie: motivi a delinquere o motivi che misurano l'intensità del dolo). In tema di onere di allegazione, cfr. Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2014 (dep. 4 aprile 2014), n. 15416, Pres. SQUASSONI, Rel. ANDRONIO in *DeJure*; Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266, Pres. SQUASSONI, Rel. PEZZELLA in *DeJure*.

⁽⁴⁵⁾ Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2014 (dep. 25 febbraio 2015), n. 8352, cit.; Cass. pen., Sez. III, 5 dicembre 2013 (dep. 4 febbraio 2014), n. 5467, Pres. FIALE, Rel. DI NICOLA in *CED*.

essere identificata con fattori che incidono solo sull'intima dissociazione dell'autore della condotta, pur volontaria, dalle conseguenze che ne derivano. Dedurre la crisi della liquidità dell'impresa quale fattore che esclude l'intenzione di non adempiere, ma non la 'suitas' dell'omissione, è operazione dogmaticamente errata che presuppone l'esistenza, a fini di integrazione della fattispecie, di momenti di valorizzazione dello scopo della condotta del tutto esclusi dalla natura generica del dolo" (46). E ancora: "Quando il legislatore ha voluto attribuire all'elemento soggettivo del reato il compito di concorrere a tipizzare la condotta e/o quello di individuare il bene/valore/interesse con essa leso o messo in pericolo, lo ha fatto in modo espresso, escludendo, per esempio, dall'area della penale rilevanza le condotte solo eventualmente (e dunque non intenzionalmente) volte a cagionare l'evento (art. 323 c.p., artt. 2621, 2622 e 2634 c.c., D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, art. 27, comma 1), incriminando, invece, quelle ispirate da un'intenzione che va oltre la condotta tipizzata (i reati a dolo specifico), attribuendo rilevanza allo scopo immediatamente soddisfatto con la condotta incriminata (per es., art. 424 c.p.), assegnando al momento finalistico della condotta stessa il compito di individuare il bene offeso (artt. 393 e 629 c.p., artt. 416, 270, 270-bis e 305 c.p., artt. 289-bis, 630 e 605 c.p.)" (47).

(ii) L'elisione del rimprovero penale ad opera della Suprema Corte viene raggiunta prevalentemente valorizzando la categoria ermeneutica dell'inesigibilità (48) (i.e. forza maggiore).

Sul punto, esiste un significativo contributo della giurisprudenza di legittimità a proposito dell'illecito di cui all'art. 10-ter D.Lgs. 74/2000 secondo cui: "l'inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore cui

(46) Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2017 (dep. 25 gennaio 2018), n. 3647, Pres. CAVALLIO, Rel. ACETO in CED a proposito di una crisi di liquidità connessa alla insolvenza dei debitori.

(47) Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2017 (dep. 25 gennaio 2018), n. 3647, cit.

(48) Secondo una consolidata tradizione giurisprudenziale, la forza maggiore è "la 'vis cui resisti non potest', a causa della quale l'uomo 'non agit sed agitur' (Sez. 1, n. 900 del 26/10/1965, Sacca, Rv. 100042; Sez. 2, n. 3205 del 20/12/1972, Pilla, Rv. 123904; Sez. 4, n. 8826 del 21/04/1980, Ruggieri, Rv. 145855). Per questa ragione, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la forza maggiore rileva come causa esclusiva dell'evento, mai quale causa concorrente di esso (Sez. 4, n. 1492 del 23/11/1982, Chessa, Rv. 157495; Sez. 4, n. 1966 del 06/12/1966, Incerti, Rv. 104018; Sez. 4 n. 2138 del 05/12/1980, Biagini, Rv. 148018); essa sussiste solo e in tutti quei casi in cui la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antigiuridica è dovuta all'assoluta ed incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando, mai quando egli si trovi già in condizioni di illegittimità (Sez. 4, n. 8089 del 13/05/1982, Galasso, Rv. 155131; Sez. 5, n. 5313 del 26/03/1979, Geiser, Rv. 142213; Sez. 4, n. 1621 del 19/01/1981, Sodano, Rv. 147858; Sez. 4 n. 284 del 18/02/1964, Acchiardi, Rv. 099191). Poiché la forza maggiore postula la individuazione di un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente, si da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente, questa Suprema Corte ha sempre escluso, quando la specifica questione è stata posta, che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante. (Sez. 3, n. 4529 del 04/12/2007, Cairone, Rv. 238986; Sez. 1, n. 18402 del 05/04/2013, Giro, Rv. 255880; Sez. 3, n. 24410 del 05/04/2011, Bolognini, Rv. 250805; Sez. 3, n. 9041 del 18/09/1997, Chiappa, Rv. 209232; Sez. 3, n. 643 del 22/10/1984, Bottura, Rv. 167495; Sez. 3, n. 7779 del 07/05/1984, Anderi, Rv. 165822)".

egli non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono dal suo dominio finalistico” ⁽⁴⁹⁾.

Quale corollario, ne consegue che: “a) il margine di scelta esclude sempre la forza maggiore perché non esclude la *suitas della condotta*; b) la mancanza di provvista necessaria all’adempimento dell’obbligazione tributaria penalmente rilevante non può pertanto essere addotta a sostegno della forza maggiore quando sia comunque il frutto di una scelta/politica imprenditoriale volta a fronteggiare una crisi di liquidità; c) non si può invocare la forza maggiore quando l’inadempimento penalmente sanzionato sia stato concausato dal mancato pagamento alle singole scadenze mensili e dunque da una situazione di illegittimità; d) l’inadempimento tributario penalmente rilevante può essere attribuito a causa di forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all’imprenditore che non ha potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico” ⁽⁵⁰⁾.

Proprio con riferimento all’omesso versamento dell’IVA, il contribuente potrebbe invocare la scusante della forza maggiore a condizione che allegghi “la circostanza di non avere tempestivamente versato l’IVA a causa degli inadempimenti dei clienti che avrebbero dovuto versare la provvista al fornitore necessaria per il versamento della imposta” ⁽⁵¹⁾ e che giustifichi “le ragioni che lo avevano indotto ad emettere fattura, in tal modo divenendo soggetto passivo dell’imposta, anteriormente alla ricezione del relativo corrispettivo” ⁽⁵²⁾.

3. Considerazioni prasseologiche: rimedi alternativi all’inapplicabilità della crisi di liquidità.

Dato lo scarso successo ottenuto in sede giudiziale dall’allegazione della crisi di liquidità da parte del contribuente inadempiente, è opportuno vagliare quali siano le soluzioni operative alternative utilizzate nella prassi per mitigare il rischio penale.

Innanzitutto lo stesso Legislatore, con la riforma del *corpus* normativo penaltibutario realizzata ad opera del D.Lgs. 158/2015, ha introdotto delle clausole di non punibilità in caso di sia pur tardiva estinzione del debito tributario.

Il riferimento è, in prima battuta, a quanto previsto dall’art. 13 D.Lgs. 74/2000 (“*Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario*”) che, rispetto agli illeciti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter D.Lgs. 74/2000, consente di approdare ad un giudizio di non punibilità — e quindi ad una pronuncia assolutoria predibattimentale *ex art. 469 c.p.p.* — in due differenti ipotesi

⁽⁴⁹⁾ Cass. Pen., Sez. III, 9 settembre 2015 (dep. 29 ottobre 2015), n. 43599, Pres. FIALE, Rel. ACETO, in *CED*.

⁽⁵⁰⁾ Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2017 (dep. 25 gennaio 2018), n. 3647, cit.

⁽⁵¹⁾ Cass. pen., Sez. III, 21 marzo 2019 (dep. 29 maggio 2019), n. 23796, Pres. IZZO, Rel. RAMACCI in *CED*.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

aventi entrambe, quale esito conclusivo, l'integrale pagamento del debito tributario.

La prima alternativa, contemplata nel comma 1, vuole l'integrale pagamento dell'imposta, comprensiva altresì della sanzioni amministrative e degli interessi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Ad ogni modo, qualora, sempre prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, sia in corso una rateizzazione del debito tributario, il Legislatore, ex comma 3, riconosce un'altra *chance* assolutoria, ossia la richiesta di un rinvio dell'udienza di tre mesi, prorogabile dal giudice una sola volta di ulteriori tre mesi, per il pagamento del residuo. È prassi consolidata, almeno presso il Tribunale di Milano, riconoscere dei rinvii più lunghi — addirittura di sei mesi — per favorire una pronuncia di assoluzione⁽⁵³⁾.

Accanto alla previsione di tale specifica causa di non punibilità, bisogna menzionare i due riti speciali che riconoscono più benefici al richiedente: il patteggiamento⁽⁵⁴⁾ e la sospensione del procedimento con messa alla prova, quest'ultima ammessa in ragione della cornice edittale degli illeciti di cui si discute⁽⁵⁵⁾.

Per quanto riguarda il patteggiamento, il Legislatore ha previsto, ex art. 13-bis, comma 2 D.Lgs. 74/2000, che per i delitti dello stesso decreto, l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. possa essere chiesta dalle parti *“solo quando ricorra la circostanza di cui al comma 1, nonché il ravvedimento operoso, fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 13, commi 1 e 2”*.

A propria volta il comma 1, richiamato espressamente dal disposto del comma 2, prevede che, fuori dei casi di non punibilità previsti dall'art. 13 D.Lgs. 74/2000, le pene per i delitti di cui al decreto siano diminuite fino alla

⁽⁵³⁾ La Corte Costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 13, comma 3 D.Lgs. 74/2000 nella parte in cui prevede che, qualora prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo, con facoltà per il giudice di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, e non consente, invece, di concedere un termine più lungo coincidente con lo scadere della rateizzazione. La Corte, con ordinanza n. 256/2017, aveva già dichiarato inammissibile la questione di legittimità sul rilievo della genericità dell'intervento richiesto alla Corte (non vengono, infatti, chiarite le ipotesi in cui sarebbe ammessa la proroga, la natura facoltativa od obbligatoria della stessa, nonché la durata) combinata con la pluralità di soluzioni che comportano, in astratto, una eccessiva manipolatività della disposizione riconducibile ad un esercizio di bilanciamento di interessi, demandato alla discrezionalità legislativa. I giudici costituzionali sono nuovamente intervenuti, con ordinanza n. 126/2019, riproducendo i medesimi argomenti della prima ordinanza, quindi il termine di tre mesi prorogabile solo una volta e per ulteriori tre mesi è costituzionalmente legittimo.

⁽⁵⁴⁾ A tal proposito, l'art. 445 c.p.p. prevede gli effetti del patteggiamento: (i) non pagamento delle spese processuali e non applicazione delle pene accessorie e delle misure di sicurezza — ad eccezione della confisca — nei casi di pena non superiore ai due anni di reclusione, soli o congiunti alla pena pecuniaria; (ii) inefficacia della sentenza nei giudizi civili o amministrativi ad eccezione dei giudizi disciplinari; (iii) estinzione del reato se nel termine di cinque anni (delitto) o due anni (contravvenzione) l'imputato non commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, nei casi di pena non superiore ai due anni di reclusione, soli o congiunti alla pena pecuniaria. Ciò comporta altresì l'estinzione di ogni effetto penale.

⁽⁵⁵⁾ La sospensione del procedimento con messa alla prova è ammessa per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva fino a quattro anni, sola o congiunta alla pena pecuniaria (art. 168-bis c.p.).

metà e non si applichino le pene accessorie di cui all'art. 12⁽⁵⁶⁾ se, *“prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie”*.

Sicché, attenendosi al combinato disposto del comma 1 e del comma 2 dell'art. 13-bis D.Lgs. 74/2000, sembrerebbe che, per tutti gli illeciti tributari, condizione imprescindibile per il patteggiamento sia l'integrale pagamento del debito tributario.

Sennonché tale circostanza deve interagire con quanto specificamente previsto per gli illeciti di omesso versamento di ritenute certificate o di IVA. Invero, l'art. 13 — non a caso richiamato nella parte finale dell'art. 13-bis, comma 2 — prevede che i reati di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater non siano punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario (comprensivo di sanzioni amministrative ed interessi) sia stato integralmente estinto.

Alla luce di tale impianto normativo, una recente pronuncia della Corte di cassazione⁽⁵⁷⁾ ha offerto un rimedio a quella che, altrimenti, sarebbe una insanabile contraddizione interna del sistema. Infatti la coesistenza delle norme sta a significare che *“rappresentando il pagamento del debito tributario, da effettuarsi entro la dichiarazione di apertura del dibattimento (ovvero entro lo stesso termine ultimo previsto per richiedere il rito speciale), in via radicale e pregiudiziale, causa di non punibilità dei reati ex artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater, lo stesso non può logicamente, allo stesso tempo, per queste stesse ipotesi, fungere anche da presupposto di legittimità di applicazione della pena che, fisiologicamente, non potrebbe certo riguardare reati non punibili”*⁽⁵⁸⁾. Pertanto l'imputato ha dinanzi a sé due alternative: (i) o provvede, entro l'apertura del dibattimento di primo grado, all'integrale pagamento del debito tributario — comprensivo di imposte ed interessi — da cui consegue la declaratoria di assoluzione per non punibilità o (ii) provvede entro l'apertura del dibattimento ad un pagamento parziale, in modo da ottenere il consenso del Pubblico Ministero ad un patteggiamento con pena sospesa non più condizionato al risarcimento integrale del debito tributario, comprensivo di sanzioni ed interessi.

Ulteriore interessante possibilità di evitare una sentenza di condanna in

⁽⁵⁶⁾ Le pene accessorie di cui all'art. 12 D.Lgs. 74/2000 sono: (i) l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni; (ii) l'incapacità di contrattare con la PA per un periodo non inferiore ad un anno e non superiore a tre anni; (iii) l'interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria per un periodo non inferiore ad un anno e non superiore a cinque anni; (iv) l'interdizione perpetua dall'ufficio di componente di commissione tributaria; (v) la pubblicazione della sentenza.

⁽⁵⁷⁾ Cass. pen., Sez. III, 12 aprile 2018 (dep. 21 agosto 2018), n. 38684, Pres. ROSI, Rel. ANDREAZZA in CED.

⁽⁵⁸⁾ Cass. pen., Sez. III, 12 aprile 2018 (dep. 21 agosto 2018), n. 38684, cit.

manca della possibilità di un pieno adempimento degli obblighi tributari e della corresponsione di interessi e sanzioni è quella offerta dalla sospensione del procedimento con messa alla prova. È vero che tale rito alternativo esige l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, se possibile, il risarcimento del danno, tuttavia un risarcimento parziale all'Erario, ovvero un pagamento già concordato tramite una pur lunga rateizzazione viene di norma considerato sufficiente. Il pagamento, sia pur parziale o dilazionato del debito tributario, diviene dunque parte integrante del programma di trattamento della messa alla prova, oltre, come noto, al lavoro di pubblica utilità. L'esito positivo della prova estingue il reato a cui consegue una pronuncia assolutoria o *ex art. 129 c.p.p.* in sede di indagini ad opera del Gip o *ex art. 469 c.p.p.* ad opera del giudice dibattimentale.

4. *Diritto fallimentare e diritto penaltributario: il concordato preventivo e la liceità degli omessi versamenti prima dell'omologa della domanda.*

Come sopra anticipato, in siffatto contesto giurisprudenziale il sentiero processuale volto a valorizzare la crisi di liquidità è irto di difficoltà, sfociando sovente in esiti tutt'altro che favorevoli per l'imputato, mitigabili solo con l'adozione di accorte strategie processuali alternative al giudizio.

Deve essere considerato, tuttavia, che, in seguito all'innalzamento delle soglie di punibilità per le violazioni di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, con la novella del 2015, la crisi di liquidità "tributaria" deve essere inquadrata nel più generale contesto della crisi d'impresa.

Infatti è abbastanza evidente — tranne per i casi di imprese di grandi dimensioni⁽⁵⁹⁾ — che omettere il versamento di una somma superiore a centocinquantomila Euro di ritenute d'imposta o a duecentocinquantomila Euro di IVA con riferimento ad un singolo esercizio non può non essere espressione di una grave situazione di crisi.

Come noto, lo stato di crisi⁽⁶⁰⁾ legittima l'imprenditore commerciale a presentare istanza di concordato preventivo⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Per le imprese di grandi dimensioni, infatti, non si applica l'art. 12 CCII in tema di indici della crisi in quanto a tali realtà economiche si applica l'istituto dell'amministrazione straordinaria o procedure speciali di liquidazione coatta amministrativa e, in ogni caso, tali imprese già adottano, in via sistematica, assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e hanno i mezzi — di norma — per affrontare tale contingenza adeguatamente. Tuttavia anche tali imprese sono soggette all'onere di cui all'art. 2086, comma 2 c.c. Cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, p. 1196.

⁽⁶⁰⁾ Il Legislatore, fino all'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, non offre una definizione specifica di "crisi", demandando, quindi, l'opera interpretativa alla dottrina. Nella L. Fall., infatti, all'art. 160, comma 3, rispetto ai presupposti della procedura di concordato preventivo, viene evidenziato come "*ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*". Sul punto, vi è chi sostiene che la differenza tra lo stato di crisi e l'insolvenza sia da ricercarsi nella reversibilità o meno dello stesso. La tesi non convince appieno poiché, parlando di fallimento, anche l'insolvenza può essere reversibile. Quindi, altra dottrina sostiene che il *discrimen* tra i due presupposti

Fin dal deposito della domanda di concordato preventivo, il debitore passa da una gestione autonoma (privata) della propria impresa ad una gestione pubblica. Invero, per tutto il periodo che intercorre tra la domanda di concordato — pubblicizzata nel registro delle imprese — ed il conclusivo decreto di omologazione, a dimostrazione ulteriore della natura pubblicistica dell'istituto, la tutela diretta dei singoli creditori per titolo o causa anteriore è congelata (artt. 168, 169, 169-bis e 55, comma 1 l. fall.) e, durante la procedura, la gestione da parte del debitore dei suoi beni è sotto la vigilanza del commissario giudiziale ed esige l'autorizzazione del giudice delegato (art. 167 l. fall.).

Ciò posto, la giurisprudenza maggioritaria è da tempo orientata nel ritenere scriminate, ex art. 51 c.p. (*“Adempimento di un dovere”*), le omissioni realizzatesi dopo l'omologa della domanda di concordato preventivo poiché rientrano nel generale divieto di pagamento dei debiti scaduti, senza autorizzazione degli organi della procedura ⁽⁶²⁾.

oggettivi sia da ricercarsi nell'attualità dell'insolvenza (ossia non è possibile ottenere una sentenza dichiarativa di fallimento sul rilievo che l'insolvenza sia imminente) per quanto riguarda il fallimento e nel pericolo di insolvenza per quanto riguarda il concordato preventivo. Il debitore è da considerare, cioè, in stato di crisi anche quando, nonostante l'evidente impossibilità di predeterminare in anticipo e con esattezza il concreto evolversi degli eventi, presenti una oggettiva probabilità di non riuscire, nel breve periodo, ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Se, almeno in vigenza della L. Fall., i dubbi interpretativi sono giustificati, l'introduzione del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si presenta come uno strumento di supporto. Invero, è già il Legislatore ad offrire una definizione della *“crisi”* intesa, ex art. 2, comma 1, lett. a), quale *“stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*.

⁽⁶¹⁾ Sul punto è opportuno svolgere una breve precisazione rispetto alla legge applicabile. Come noto, infatti, con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, viene introdotto nell'ordinamento il codice della crisi e dell'insolvenza. Tuttavia il legislatore prevede un'entrata in vigore *“scaglionata”* delle disposizioni in esso contenute. L'entrata in vigore è fissata per il 15 agosto 2020, ad eccezione degli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 che entrano in vigore il 16 marzo 2019.

⁽⁶²⁾ Sul punto, cfr. Cass. pen., Sez. III, 8 giugno 2018 (dep. 4 settembre 2018), n. 39696, cit., nella parte in cui viene analizzata la sussistenza del *fumus*, in relazione all'ammissione al concordato preventivo (in epoca anteriore alla scadenza del termine per il pagamento dell'IVA) con inclusione anche del debito tributario. La Suprema Corte individua la compresenza di due differenti orientamenti: (i) irrilevanza della sola ammissione al concordato preventivo al fine di valutare il *fumus* per il sequestro preventivo poiché *“in tema di omesso versamento IVA, l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, seppure antecedente alla scadenza del termine previsto per il versamento dell'imposta, non esclude il reato previsto dall'art. 10 ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 in relazione al debito IVA scaduto e da versare”*. Questo orientamento, rigido sulla prevalenza della ragione tributaria penale, muove essenzialmente dal presupposto che l'IVA è un tributo comunitario, armonizzato, e che in base al diritto dell'Unione ed alle decisioni della Corte di Giustizia, gli Stati membri sono tenuti a garantire la riscossione integrale sul proprio territorio. Non essendo, quindi, possibile tagliare il debito IVA, anche in un concordato preventivo, il debitore anche se ammesso al concordato deve comunque pagare l'imposta per intero, e rispettare le scadenze dei pagamenti, anche sotto il profilo penale, con la configurabilità (sempre) del reato di omesso versamento IVA; (ii) coordinamento degli interessi del Fisco con gli interessi di altri creditori della procedura e quindi l'illecito di cui all'art. 10-ter D.Lgs. 74/2000 è configurabile solo nell'ipotesi di ammissione del debitore al concordato preventivo in epoca anteriore alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta per effetto della inclusione nel piano concordatario del debito d'imposta, degli interessi e delle sanzioni amministrative.

Nulla quaestio, dunque, per le omissioni tributarie poste in essere dopo l'omologa della domanda di concordato: queste sono legittime non solo sul versante del diritto fallimentare, bensì anche del diritto penale.

Più complessa la questione — oggetto della pronuncia qui in esame — delle omissioni tributarie fin dal momento del deposito della domanda. Prediligendo però una interpretazione di sistema, si perviene alla medesima conclusione di cui sopra: i mancati versamenti sono leciti perché gli effetti dell'ammissione alla procedura concorsuale retroagiscono al deposito della relativa domanda.

Nello specifico, la Suprema Corte, fissando come punto di partenza l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale *“in tema di sequestro preventivo, non sia configurabile il fumus del reato connesso all'omesso versamento delle imposte nel caso in cui il debitore sia stato ammesso prima della scadenza al concordato preventivo con pagamento dilazionato e/o parziale della imposta”*⁽⁶³⁾, allarga l'operatività del presente principio di diritto anche all'ipotesi in cui sia stata soltanto presentata domanda di ammissione al concordato, senza la relativa omologa ad opera del tribunale.

Schematizzando il percorso argomentativo seguito dalla Corte, l'omissione del contribuente-sostituto risulterebbe scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p. *“in quanto egli avrebbe agito, o meglio avrebbe omesso di agire, nell'adempimento di un dovere — quello di non eseguire pagamenti una volta formulata l'istanza di ammissione al concordato preventivo nei confronti di specifici creditori — sancito in forza della disposizione contenuta nell'art. 167 del rd n. 267 del 1942, in base alla quale i pagamenti effettuati dall'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo non si sottraggono alla regola della inefficacia, essendo, pertanto non dovuti, soprattutto se relativi a debiti sorti anteriormente al sorgere della procedura, a meno che non siano stati espressamente autorizzati dal giudice delegato”*⁽⁶⁴⁾.

Prendendo l'abbrivio dalla regola generale, funzionale al rispetto del principio della *par condicio creditorum*, di moratoria dei pagamenti per tutta la durata della procedura concorsuale, la Corte di cassazione penale statuisce

⁽⁶³⁾ Il riferimento è al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, si vd. *ex multis*: Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 2017 (dep. 17 novembre 2017), n. 52542, Pres. PICCIALLI, Rel. RANALDI in CED; Cass. pen., Sez. III, 8 giugno 2018 (dep. 4 settembre 2018), n. 39696, Pres. SARNO, Rel. SOCCI in CED a tenore della quale: *“In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, non è configurabile il ‘fumus’ del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per l'omesso versamento del debito IVA scaduto, nel caso in cui il debitore sia stato ammesso, prima della scadenza, al concordato preventivo con pagamento dilazionato e/o parziale dell'imposta, in quanto in forza dell'art. 182-ter r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dall'art. 1, comma 81, legge 11 dicembre 2016, n. 232, anche per l'IVA è possibile un accordo nel concordato preventivo per un pagamento dilazionato o parziale”* con nota di C. SANTORIELLO, *Non è reato il mancato versamento dell'IVA in caso di ammissione al concordato preventivo*, in *Il fisco*, 2018, 37, p. 3570.

⁽⁶⁴⁾ Cass. civ., Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 578, Pres. LOSAVIO, Rel. PANZANI in CED a tenore della quale: *“I pagamenti effettuati in esecuzione di contratti in corso dall'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo non si sottraggono alla regola dell'inefficacia — soprattutto se relativi a debiti sorti anteriormente all'inizio della procedura — a meno che siano stati autorizzati dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167 legge fallimentare”*.

il principio per cui l'omissione contributiva realizzata in epoca anteriore all'omologazione della domanda di concordato preventivo non è da sola idonea a fondare la penale rilevanza della condotta.

A tale esito la Corte perviene adottando una interpretazione sistematica, sviluppata in sede civile, a proposito del *dies a quo* per la decorrenza degli effetti derivanti dall'ammissione dell'imprenditore alla procedura dell'amministrazione controllata⁽⁶⁵⁾, principio poi ribadito anche con riferimento al concordato preventivo.

Pertanto, per effetto del combinato disposto degli artt. 167⁽⁶⁶⁾ e 168⁽⁶⁷⁾ l. fall., gli effetti dell'omologa dell'istanza di concordato preventivo retroagiscono al momento della relativa domanda: la diversa formulazione letterale delle due disposizioni non deve confondere, dovendosi al contrario valorizzare la *ratio* comune e ritenere, quindi, che *“la sanzione di inefficacia riguarda anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e quella del decreto di ammissione, si verifichino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla ‘par condicio’ che rischierebbero d'altronde di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame del Tribunale”*⁽⁶⁸⁾ nonché di incrinare la possibilità di rendere reversibile la condizione di temporanea difficoltà dell'impresa.

⁽⁶⁵⁾ Il riferimento è a Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2017, sentenza n. 22601, Pres. DIDONE, Rel. TERRUSI in CED, a proposito della procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria le cui disposizioni normative risultavano — *ratione temporis* — applicabili. Invero, ad opera dell'art. 147, comma 1 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con effetto a decorrere dal 16 luglio 2006, il Titolo IV della L. Fall. - *“Dell'amministrazione controllata”*, è stato abrogato così come sono stati soppressi tutti i riferimenti all'amministrazione controllata contenuti nella legge.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. nota 3 al presente elaborato.

⁽⁶⁷⁾ L'attuale versione dell'art. 168 L. Fall. (*“Effetti della presentazione del ricorso”*) statuisce che *“Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano. I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato”*.

⁽⁶⁸⁾ Cass. civ., Sez. I, 13 luglio 2018, ordinanza n. 18729, Pres. DIDONE, Rel. CENICCOLA in CED a tenore della quale: *“La L. Fall., art. 167, si limita a dichiarare l'inefficacia degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza autorizzazione ‘durante la procedura’ senza fare riferimento al decreto di ammissione; l'art. 168 l. fall., parallelamente ma più precisamente, fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore ‘dalla data della presentazione del ricorso’: le due norme sono accomunate dalla medesima ‘ratio’, presupponendo la regola, funzionale al principio della ‘par condicio creditorum’, di moratoria di tutti i pagamenti per tutto il tempo della procedura. E dunque, comune essendo lo scopo sotteso a tali disposizioni, la diversa formulazione letterale (il fatto cioè, che la prima norma usi l'espressione ‘durante la procedura’ e la seconda più incisivamente faccia riferimento alla ‘data della presentazione del ricorso’) non appare decisiva, dovendosi semmai ritenere che la sanzione di inefficacia riguardi anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e quella del decreto di ammissione, si verifichino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla ‘par condicio’ che rischierebbero d'altronde di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame del Tribunale”*.

Sicché, estendendo tale principio ermeneutico di matrice civilistica in sede penale, l'omissione tributaria realizzatasi *“dalla data di presentazione del ricorso”* non assume rilevanza penale ai fini dell'integrazione dell'illecito di cui all'art. 10-*bis* D.Lgs. 74/2000 in quanto ogni pagamento sarebbe viziato dalla sanzione dell'inefficacia *ex lege*. Proprio tale patologia dell'atto di disposizione patrimoniale scrimina una condotta omissiva che, in assenza di qualsivoglia procedura concorsuale, integrerebbe la tipicità dell'illecito tributario in parola.

Si tratta di un approdo indubbiamente innovativo. Infatti, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità, in forza della retroattività della regola della moratoria dei pagamenti *“durante la procedura”* di cui all'art. 167 l. fall. — prima di allora riconosciuta solo per gli atti posti in essere dopo l'omologa della domanda di concordato preventivo⁽⁶⁹⁾ —, della scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.* alle condotte omissive realizzate prima ancora dell'omologa, purché dopo il deposito dell'istanza di concordato.

In tal modo lo stato di crisi, presupposto oggettivo indefettibile del concordato preventivo — tanto nella legge fallimentare quanto nel codice della crisi e dell'insolvenza (nel seguito: CCII) — trova adeguata valorizzazione anche sul versante del diritto penale tributario. L'imprenditore, trovandosi in una situazione di *“inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*⁽⁷⁰⁾, al fine di non incorrere nei delitti di omesso versamento può depositare domanda di concordato preventivo⁽⁷¹⁾.

Pertanto, è da ritenere che già oggi, senza attendere che entri in vigore il nuovo Codice e, in particolare, la disciplina delle procedure d'allerta, all'imprenditore o all'amministratore esecutivo della società, il quale si trovi in una situazione di crisi di liquidità tale da impedire il versamento delle ritenute o dell'IIVA in misura superiore alle soglie di punibilità previste *ex D.Lgs. 74/2000*, convenga senz'altro valutare attentamente l'opportunità offerta dal ricorso alla procedura del concordato preventivo che, per sua natura, mira alla salvaguardia e alla conservazione del valore dell'impresa⁽⁷²⁾.

Del resto occorre osservare che il nuovo art. 2086, comma 2 c.c., come

(69) Si ricordi, invero, che il concordato preventivo è una procedura concorsuale che richiede, quale presupposto oggettivo, lo stato di crisi *ex art. 160 L. Fall.* anche se, comunque, la stessa legge fallimentare, *ex art. 160, ult. comma*, afferma che *“Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*.

(70) Si tratta della definizione di crisi offerta dal Legislatore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) CCII.

(71) Si tenga a mente, infatti, che il momento consumativo degli illeciti di omesso versamento è da ricercarsi nel mancato adempimento delle obbligazioni tributarie alla scadenza del termine previsto *ex lege*.

(72) S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, pp. 1334-1335: il CCII, infatti, presenta una *“impronta funzionalistica”* caratterizzata dal recupero, fin dove possibile, dell'impresa in difficoltà tramite una gestione procedimentalizzata della stessa, con il coinvolgimento, più o meno intenso, del ceto creditorio, le cui aspettative vengono a loro volta *“coordinate”* con l'obiettivo di risanamento (ove praticabile) dell'organismo produttivo.

riformulato dal CCII⁽⁷³⁾ — disposizione di immediata vigenza —, ampliando la portata della prescrizione di cui all'art. 2381, comma 5 c.c. a tutti gli imprenditori, contempla l'obbligo di istituire un assetto organizzativo che non sia solamente adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa — come finora previsto — ma che sia anche funzionale alla *“rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale”* al fine di consentire, una volta rilevato il pericolo *“di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

Sembrerebbe dunque che non si tratti solo di una facoltà, ma che possa addirittura costituire un dovere per l'agente modello — imprenditore o amministratore esecutivo di una società — la cui violazione potrebbe essere rilevante, rientrando nel paradigma di cui all'art. 40 cpv. c.p.⁽⁷⁴⁾, laddove successivamente si verificasse il fallimento ovvero la liquidazione giudiziale. L'imprenditore, individuale o collettivo, ricoprirebbe dunque fin da ora una posizione di garanzia per cui non ottemperare alle prescrizioni contenute nell'art. 2086, comma 2 c.c. equivarrebbe a non impedire l'evento, individuato, attualmente, nel fallimento e, in futuro, nell'apertura della liquidazione giudiziale.

Certamente, agli occhi dell'amministratore di una società⁽⁷⁵⁾ che si appresta a richiedere un concordato preventivo, il fatto che l'omologazione dello stesso venga equiparata al fallimento ai fini delle responsabilità penali per i fatti di bancarotta impropria ex art. 236 l. fall., con la conseguenza che il comportamento gestorio degli amministratori precedenti al deposito di tale istanza possa essere soggetto ad attento scrutinio da parte di un PM per verificare eventuali lesioni — anche molto risalenti — alla garanzia patrimoniale dei creditori e, se del caso, anche ai rigori della legge penale fallimentare, può costituire una circostanza deterrente.

Ciò in quanto l'art. 236 della vigente legge fallimentare del tutto irragionevolmente⁽⁷⁶⁾, in quanto con l'entrata in vigore della L. 80 del 2005

(73) Il comma è stato aggiunto dall'art. 375, comma 2 D.Lgs. 14/2019. Tale modifica, coerentemente con quanto disposto dall'art. 389, comma 2 D.Lgs. 14/2019 il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto, ossia 16 marzo 2019. L'intervento legislativo estende a tutte le forme di impresa quanto inizialmente previsto per le sole società per azioni ex art. 2381, comma 5 c.c. (*“Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate”*).

(74) G. CHIARAVIGLIO, *L'art. 236 della Legge Fallimentare e la “nuova” disciplina penale della crisi e dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 2019, 1, pp. 114-115.

(75) L'art. 236 L. Fall. non estende l'equiparazione del concordato al fallimento per quanto riguarda l'imprenditore individuale.

(76) Da ultimo si veda F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, p. 1207 e ss.; in senso conforme F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., pp. 1198; cfr. inoltre G. CHIARAVIGLIO, *L'art. 236 della Legge Fallimentare*, cit., p. 112.

l'insolvenza non è più il presupposto comune sia del concordato preventivo che del fallimento, ai fini dell'applicazione delle gravi comminatorie penali, non distingue tra un concordato richiesto in stato di crisi e quello determinato da una situazione di insolvenza ⁽⁷⁷⁾.

Ciò nonostante non si può non convenire con chi ha lucidamente osservato che *“la prassi dei risanamenti aziendali dimostra inequivocabilmente [...] come un intervento tempestivo aumenti in misura considerevole le probabilità di successo di risanamento aziendale”* ⁽⁷⁸⁾, mentre il ritardo nel prendere atto dei segnali di crisi conduce nella maggior parte dei casi ad un'insolvenza irreversibile.

5. *Le prospettive future della crisi da “illiquidità tributaria” nell'ambito del nuovo contesto del diritto penale dell'insolvenza.*

Molto opportunamente con l'entrata in vigore del CCII — e cioè dal 15 agosto 2020 — tale percorso sarà proceduralizzato. Rispetto alle avvisaglie della crisi, il nuovo codice interviene su due fronti — peraltro aventi un ambito di applicazione *ratione temporis* e *ratione personae* differente —: (i) predisposizione ed implementazione, da parte dell'organo amministrativo, di un assetto organizzativo *adeguato* in ottica di tempestiva rilevazione della crisi *ex art.* 2086, comma 2 c.c. (onere già da ora vigente) e (ii) segnalazione, da parte degli organi di controllo interni nonché di alcuni soggetti pubblici qualificati, dei probabili indici di crisi (obbligo di futura entrata in vigore).

Nel nuovo CCII la possibilità di intraprendere azioni correttive già nella fase della pre-crisi (c.d. *twilight zone*) combinata con un efficace sistema di *early warning* assume un rilievo precedentemente sconosciuto ⁽⁷⁹⁾. L'intenzione è chiaramente quella di favorire un approccio conservativo per aumentare le possibilità di successo del risanamento aziendale: non è un caso che la previsione di cui all'art. 2086, comma 2 c.c. sia entrata immediatamente in vigore ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁷⁾ Come è stato efficacemente rilevato da F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta*, cit., p. 1207, mentre l'insolvenza si risolve nella radicale e definitiva incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, lo stato di crisi “racchiude al suo interno situazioni maggiormente sfumate ed eterogenee, nelle quali possono rientrare” anche difficoltà meramente temporanee e reversibili.

⁽⁷⁸⁾ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *il Fallimento*, 2019, 4, p. 409.

⁽⁷⁹⁾ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta*, cit., p. 410.

⁽⁸⁰⁾ Tale strategia operativa è già da ora in vigore poiché l'art. 2086, comma 2 c.c. non prevede l'entrata in vigore differita. Quindi, almeno fino alla vigenza della L. Fall. e almeno per tutte le procedure pendenti in vigenza della normativa precedente, si applicano le regole precedenti *ex art.* 390, comma 1 CCII (“*Disciplina transitoria*”): “*I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3*”.

Oltre all'art. 375 CCII, il riferimento è altresì all'art. 378 CCII che descrive la responsabilità degli amministratori per la mancata conservazione del patrimonio aziendale introdu-

La tempestiva individuazione — per il contenimento e superamento — dello stato di crisi già in sede di predisposizione ed implementazione di un “adeguato” assetto organizzativo si combina con un onere di segnalazione degli “indizi della crisi” ex art. 13 CCII quali “*gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell’impresa e dell’attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell’attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l’esercizio in corso o, quando la durata residua dell’esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi*”.

I destinatari di tale obbligo segnalatorio sono duplici: da un lato l’organo di controllo interno della società (art. 14 CCII) e dall’altro i creditori pubblici qualificati, ossia l’Agenzia delle Entrate, l’Inps e l’agente per la riscossione (art. 15 CCII). Entrambi instaurano un contraddittorio con l’OCRI — Organismo di composizione della crisi d’impresa — il quale riceve le segnalazioni e gestisce il procedimento di allerta, nonché assiste l’imprenditore nel procedimento di composizione assistita della crisi (art. 16 CCII).

Per quanto riguarda i primi destinatari della nuova imposizione normativa, l’art. 14 CCII (“*Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*”) aggiunge in capo agli organi di controllo societari, al revisore contabile e alle società di revisione, oltre ai tradizionali controlli di merito e di legalità, anche il *tertium genus* del controllo di correttezza e adeguatezza organizzativa⁽⁸¹⁾, nonché proceduralizza l’obbligo di segnalazione immediata tanto all’organo amministrativo quanto all’OCRI circa l’esistenza di fondati indizi della crisi⁽⁸²⁾ introducendo per converso in favore dei summen-

cendo gli artt. 2476, comma 6 c.c. e 2486, comma 3 c.c. e all’art. 379 CCII che, modificando l’art. 2477 c.c., amplia l’ambito delle società di piccole dimensioni tenute alla nomina dell’organo di controllo.

⁽⁸¹⁾ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta*, cit., pp. 410-411.

⁽⁸²⁾ Art. 14 CCII (“*Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*”): “*Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell’ambito delle proprie funzioni, hanno l’obbligo di verificare che l’organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l’assetto organizzativo dell’impresa è adeguato, se sussiste l’equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l’esistenza di fondati indizi della crisi.*”

2. La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell’avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l’organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l’OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell’articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all’obbligo di segretezza.

3. La tempestiva segnalazione all’organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo

zionati organi di controllo un'inedita "clausola di esonero" della responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli cagionate da azioni o omissioni compiute dall'organo amministrativo successivamente alla segnalazione al predetto, sempre che sia poi seguita la dovuta segnalazione all'OCRI: ancora una volta, come era già accaduto per la l. fall⁽⁸³⁾, il dettato normativo si rivela quanto mai involuto, tuttavia tale clausola di esonero — nozione quanto mai atecnica — che testualmente sembrerebbe riguardare le sole responsabilità civili, nel contesto del CCII, per un'esigenza di coerenza sistematica e di razionalizzazione funzionalistica, dovrebbe essere considerata anche come una causa di non punibilità rispetto ad eventuali responsabilità penali.

Quindi già a livello di *corporate governance* interna, la società dovrà possedere tutti gli strumenti per un'azione in sincronia dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo per l'immediata individuazione dei segnali della crisi, tra cui, ad esempio, gli indizi di crisi riconducibile agli omessi versamenti tributari.

I secondi destinatari, invece, sono i creditori pubblici, tra cui figura altresì — come detto pocanzi — l'Agenzia delle Entrate⁽⁸⁴⁾ che, in presenza di una "*esposizione debitoria rilevante*" — per la cui valutazione il Legislatore offre uno specifico dato numerico soglia, spia decisiva, nella prassi, di una situazione potenzialmente critica del debitore —, è tenuta all'obbligo di

periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.

4. Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti".

⁽⁸³⁾ Si veda per tutti, sia con riferimento all'art. 217 bis l. fall, che all'art. 25 del CCII, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Milano, 2019, pp. 219 e 245 e ss..

⁽⁸⁴⁾ Art. 15 CCII ("Obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati"): "1. L'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge o se, per l'Agenzia delle entrate, non risulterà in regola con il pagamento rateale del debito previsto dall'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462 o non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società.

2. Ai fini del comma 1, l'esposizione debitoria è di importo rilevante:

a) per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sia pari ad almeno il 30 per cento del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a euro 25.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro, non inferiore a euro 50.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro, non inferiore a euro 100.000, per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro [...]".

segnalazione all'OCRI, pena l'inefficacia del titolo di prelazione sul credito vantato.

Le nuove previsioni normative, oltre ad ampliare il contenuto e la portata dei doveri degli amministratori, intervengono anche sulla perimetrazione della posizione di garanzia degli organi societari con conseguenti riverberi in sede penale, riconducibili ancora una volta al paradigma di cui all'art. 40 cpv. c.p. ⁽⁸⁵⁾, ferma restando la fattispecie di bancarotta di cui all'art. 223, comma 2, n. 2) l. fall. ⁽⁸⁶⁾ qualora gli amministratori esecutivi — adottando od implementando un assetto organizzativo non “*adeguato*” — ovvero i sindaci — omettendo di eseguire la segnalazione all'OCRI — abbiano cagionato “*con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento (rectius: il dissesto) della società*” ⁽⁸⁷⁾.

All'apprezzamento dell'adozione dell'assetto organizzativo “*adeguato*” conseguono infatti valutazioni sul piano della responsabilità degli amministratori non soltanto rispetto alle figure dei reati di bancarotta in un contesto di insolvenza, ma anche negli scenari in cui si verte in una situazione di crisi, ferma restando la previsione di cui all'art. 324 CCII (“*Esenzioni dai reati di bancarotta*”) ⁽⁸⁸⁾ che contempla la non applicazione delle ipotesi di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice agli atti di disposizione patrimoniale posti in essere in esecuzione della procedura di concordato preventivo. La disposizione si traduce, quindi, in un incentivo per l'imprenditore che decide di esternalizzare la crisi e di gestirla con i creditori a cui si accompagna la perimetrazione di una “*zona di rischio lecito nella trama della figure di bancarotta*” ⁽⁸⁹⁾.

L'imprenditore ovvero l'amministratore esecutivo di una società una volta che sarà entrato in vigore il CCII si troverà, dunque, teoricamente dinanzi ad un bivio: (i) ignorare i segnali d'allarme di una crisi in corso e proseguire nello svolgimento ordinario della propria attività tipica oppure (ii)

⁽⁸⁵⁾ F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., pp. 1192-1193; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”*, cit., p. 1335 secondo cui la disposizione di nuovo conio va ad irrobustire la posizione di garanzia degli amministratori e si abbina al “cambio di passo” preteso dall'ordinamento nei confronti dell'imprenditore con la gestione controllata della crisi e al vincolo di scopo impresso al patrimonio, in funzione di rilancio dell'organismo produttivo e di garanzia per i creditori.

⁽⁸⁶⁾ La previsione di cui all'art. 223 L. Fall. è altresì integralmente trasfusa nell'art. 329 CCII (“*Fatti di bancarotta fraudolenta*”) di futura entrata in vigore.

⁽⁸⁷⁾ G. CHIARAVIGLIO, *L'art. 236 della Legge Fallimentare*, cit., pp. 114-115.

⁽⁸⁸⁾ Per completezza espositiva si riporta il testo integrale dell'art. 324 CCII: “*Le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101*”. La disposizione non fa altro che riproporre quanto già previsto nella L. Fall. ex art. 217-bis.

⁽⁸⁹⁾ S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”*, cit., pp. 1336-1337. Oltre all'esenzione di cui all'art. 324 CCII, è utile richiamare anche quanto previsto dall'art. 25, comma 2 CCII che contempla un'inedita rinuncia alla sanzione penale per l'imprenditore che ha gestito tempestivamente la crisi, rispetto a condotte di bancarotta compiute prima dell'apertura della procedura liquidatoria, qualora il danno sia di speciale tenuità.

aderire alla “procedimentalizzazione” della crisi, prediligendo soluzioni concordate per il superamento della stessa. Di riflesso, l’alternativa prescelta comporterà delle significative ricadute anche sul piano penale sia per gli organi gestori che per quelli di controllo, sia per condotte poste in essere prima che dopo l’insorgere dell’obbligo di segnalazione ⁽⁹⁰⁾.

Per ciò che qui rileva l’art. 94 CCII, ricalcando la disciplina dell’inefficacia dei pagamenti su quella previgente di cui all’art. 167, comma 2 l. fall., potrebbe ragionevolmente fungere anche in futuro da base giuridica per scriminare le omissioni tributarie sin dal momento del deposito della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza e forse anche a partire dalla segnalazione effettuata dall’organo gestorio, anche se la non perspicua formulazione della misura premiale di cui all’art. 25, comma 1, lett. b) ⁽⁹¹⁾, sicuramente creerà qualche difficoltà ermeneutica all’opera razionalizzatrice dell’interprete.

In realtà, con riferimento agli omessi pagamenti tributari il fatto che la disciplina degli obblighi di segnalazione sia estesa anche all’Agenzia delle Entrate ⁽⁹²⁾ per l’omessa corresponsione di importi non particolarmente elevati di debito IVA scaduto e non versato in relazione alle comunicazioni della liquidazione periodica di cui all’art 21-*bis* d.l. 122/2010, deve far concludere nel senso che la crisi di liquidità, che si ripercuota sull’omesso versamento delle imposte dichiarate, verrà inevitabilmente attratta nella disciplina della crisi di impresa anche se non oggetto di spontanea segnalazione da parte degli organi societari.

Rimane il fatto che l’art. 341 CCII continua a ricalcare il modello dell’art. 236 l. fall., ampliando per di più il novero delle procedure della regolazione della crisi alle quali vengono estese le gravi comminatorie penali storicamente previste solo per le situazioni di insolvenza ⁽⁹³⁾, con il risultato di

⁽⁹⁰⁾ Secondo un’interessante, suggestiva ed in definitiva del tutto condivisibile ricostruzione ermeneutica proposta da S. Cavallini, *Il diritto della crisi*, cit., p. 1340, la peculiare impostazione sistematica della novella legislativa in materia priverebbe il giudice del sindacato sugli atti compiuti in assenza del contesto della crisi: “*Affermare che gli interessi penalmente presidiati dalle fattispecie di bancarotta siano disciplinati, bilanciati, al sopraggiungere della crisi significa, infatti, prendere atto che solo in quel momento essi divengono attuali agli occhi del diritto penale concorsuale (rectius: della fattispecie dell’art. 216, n. 1), non avendo di regola ragion d’essere la sussunzione entro un paradigma di pericolo concreto in manipolazioni che, proprio perché compiute al di fuori del contesto significativo rappresentato dalla crisi — ovvero del viatico dell’attualizzazione del bene giuridico di categoria —, non acquistano alcuna incidenza lesiva entro il modello disegnato dalla norma incriminatrice, esulandone perciò dallo schema tipico*”; si legga inoltre per un ulteriore puntuale approfondimento S. CAVALLINI., *La bancarotta patrimoniale*, cit. pp. 308 e ss.. Pertanto, in assenza del “contesto di crisi” sono altre le fattispecie penali che vengono in rilievo, come ad esempio l’illecito tributario di cui all’art. 10-ter D.Lgs. 74/2000.

⁽⁹¹⁾ “*le sanzioni tributarie per le quali è prevista l’applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell’ufficio che le irroga sono ridotte alla misura minima se il termine di pagamento scade dopo la presentazione dell’istanza di cui all’art. 19, comma 1, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza*”.

⁽⁹²⁾ Art. 15, comma 2, lett. a) CCII.

⁽⁹³⁾ F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., pp. 1192.

assoggettare alla stessa cornice edittale di pena anche condotte che difettano del disvalore tipico della bancarotta in quanto si inseriscono in un contesto di “*un mero stato di crisi, che non equivale ancora, soprattutto sul piano assiologico, a sacrificio degli interessi patrimoniali dei creditori*”⁽⁹⁴⁾.

Bibliografia

- CAVALLINI S., *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell’insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10.
- CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell’insolvenza*, Milano, 2019.
- CAVALLINI S., *L’omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. XIII, *I reati tributari*, R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), Torino, 2017.
- CHIARAVIGLIO G., *L’art. 236 della Legge Fallimentare e la “nuova” disciplina penale della crisi e dell’insolvenza*, in questa *Rivista*, 2019, 1.
- CUOMO L. - MOLINO P., *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità*, in *Cass. pen.*, 2015, 2.
- D’ALESSANDRO F., *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9.
- GIUOTTO A., *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, in *il Fallimento*, 2019, 4.
- LANZI A. - ALDROVANDI P., *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011.
- MUCCIARELLI F., *Risvolti penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9.
- MUSCO E. - ARDITO F., *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016.
- SOANA G. L., *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. 74/2000)*, online su [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 ottobre 2013.
- TROYER L. - INGRASSIA A., *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: tout comprendre c’est tout pardonner?*, in questa *Rivista*, 2013, 4.
- ZUNICA F. - GENTILI A., *I delitti di occultamento, omesso versamento e indebita compensazione*, in A. SCARCELLA (a cura di), *La disciplina penale in materia d’imposte dirette e I.V.A.*, Torino, 2019.

⁽⁹⁴⁾ Così F. GIUNTA-A. SCARCELLA, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma del diritto fallimentare*, 2006, II, pp. 1222-1223. Si veda sul punto anche S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, cit., p. 251-252.

MASSIME

Finanze e tributi — Omesso versamento IVA — Elemento soggettivo — Dolo generico — Rilevanza — Esclusione.

In tema di omesso versamento IVA, è richiesto il dolo generico, integrato dalla condotta omissiva posta in essere nella consapevolezza della sua illi-ceità, non rilevando i motivi della scelta dell'agente di non versare il tributo. (Fattispecie in cui la scelta di un contribuente, legale rappresentante di una S.p.A., di pagare i dipendenti e i fornitori in una prospettiva di continuità aziendale, nella convinzione che tale opzione avrebbe consentito la prosecu-zione dell'attività d'impresa, il conseguimento di ricavi, la produzione di utili e, quindi, anche l'adempimento alla scadenza della obbligazione tributaria esclude la rappresentazione della mancanza delle risorse economiche neces-sarie per assolvere a tale adempimento tributario alla scadenza prefissata).

Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2019 (dep. 16 ottobre 2019), n. 42522, Pres. Rosi, Rel. Liberati, massima non ufficiale.

* * *

Finanze e tributi — Omesso versamento IVA — Elemento psicologico — Crisi di liquidità — Rilevanza — Esclusione.

In tema di omesso versamento IVA, l'inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore a cui egli non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico. Quindi, se l'omesso versamento è dovuto ad una libera scelta imprenditoriale, non può essere invocata la forza maggiore per esclu-dere la sussistenza del dolo. (Fattispecie in cui l'imputato ha utilizzato il flusso finanziario derivante da una vendita sottocosto di un cespite immobi-liare per far fronte alle spese correnti, invece che accantonarlo per il succes-sivo versamento dell'imposta).

Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2019 (dep. 17 settembre 2019), n. 38482, Pres. Andreazza, Rel. Andronio, massima non ufficiale.

* * *

Tutela della privacy — Trattamento illecito di dati personali — Testo novellato dal D.Lgs. 101/2018 — Nocumento — Elemento costitutivo del reato — Sussistenza — Attività di spamming.

In tema di trattamento illecito di dati personali, a seguito della riforma intervenuta con il D.Lgs. 101/2018, il testo della norma incriminatrice di cui all'art. 167 D.Lgs. 196/2003 rimane invariato, essendo tuttora necessario il verificarsi del documento che, tuttavia, si configura come elemento costitutivo della fattispecie penale e non più alla stregua di una condizione obiettiva di punibilità, con la conseguenza che esso deve essere previsto e voluto — o comunque accettato dall'agente — come effetto della propria azione, indipendentemente dal fatto che costituisca o si identifichi con il fine della stessa. Nello specifico, affinché l'attività di *spamming* integri la condotta di documento, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 167 D.Lgs. 196/2003, è necessario che si verifichi per ciascun destinatario un effettivo documento, che non può certo esaurirsi nel semplice fastidio di dover cancellare di volta in volta le *e-mail* indesiderate, ma deve tradursi in un pregiudizio concreto, anche non patrimoniale, ma comunque suscettibile di essere giuridicamente apprezzato, richiedendosi in tal senso un'adeguata verifica fattuale volta ad accertare, ad esempio, se l'utente abbia segnalato al mittente di non voler ricevere un certo tipo di messaggi e se, nonostante tale iniziativa, l'agente abbia perseverato in maniera non occasionale a inviare messaggi indesiderati, creando così un reale disagio al destinatario. (Fattispecie in cui l'attività di *spamming* non è stata considerata penalmente rilevante poiché i destinatari delle comunicazioni non hanno manifestato alcuna opposizione a ricevere messaggi promozionali, peraltro circoscritti in un ristretto arco temporale e in misura contenuta).

Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2019 (dep. 10 ottobre 2019), n. 41604, Pres. Andreazza, Rel. Zunica, massima non ufficiale, Quotidiano del Diritto - Il Sole 24ore.

* * *

Finanze e tributi — Indebita compensazione — Momento consumativo — Individuazione — Presentazione dell'ultimo modello F24.

In tema di indebita compensazione, l'illecito si consuma al momento della presentazione dell'ultimo modello F24 relativo all'anno interessato e non in quello della successiva dichiarazione dei redditi, in quanto, con l'utilizzo del modello indicato, si perfeziona la condotta decettiva del contribuente, realizzandosi il mancato versamento per effetto della compensazione, ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 241/1997, di crediti in realtà non spettanti o inesistenti. (Fattispecie in cui la prova dell'esecuzione di compensazioni indebite è stata desunta dalle annotazioni sul libro giornale e dalle dichiarazioni IVA).

Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2019 (dep. 5 novembre 2019), n. 44737, Pres. Andreazza, Rel. Liberati, massima non ufficiale.

* * *

Autoriciclaggio — Bancarotta fraudolenta — Atto distrattivo — Affitto d'azienda — Pericolo concreto — Sussistenza.

La realizzazione di un fatto di autoriciclaggio esige una condotta logicamente e cronologicamente differente rispetto a quella del reato presupposto, oltre che accorgimenti dissimulativi volti ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni. In caso contrario si assisterebbe ad un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la condotta integrante reato presupposto e l'autoriciclaggio. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che l'affitto d'azienda, considerato atto distrattivo di un'ipotesi di bancarotta fraudolenta, non possa da solo integrare un fatto di autoriciclaggio essendo necessaria una ulteriore condotta di dissimulazione tale da essere concretamente idonea ad occultare la provenienza delittuosa del bene).

Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 2019 (dep. 30 ottobre 2019), n. 44198, Pres. De Crescenzo, Rel. Pellegrino, massima non ufficiale.

* * *

Autoriciclaggio — Condotta di impiego, sostituzione o trasformazione — Oggetto materiale del reato presupposto — Impiego d'azienda — Realizzazione prima della L. 186/2014 — Rilevanza penale.

Il reato di autoriciclaggio sussiste allorquando la condotta di impiego dell'oggetto materiale del reato presupposto sia stata posta in essere in epoca successiva all'introduzione dell'illecito (1 gennaio 2015), altrimenti si incorrerebbe nella violazione del divieto di retroattività della norma incriminatrice di cui all'art. 2 c.p. (Fattispecie in cui la condotta di impiego di un'azienda oggetto di distrazione fallimentare è antecedente all'introduzione dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 648-ter.1 c.p.).

Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 2019 (dep. 30 ottobre 2019), n. 44198, Pres. De Crescenzo, Rel. Pellegrino, massima non ufficiale.

* * *

Misure cautelari reali — Bene già sottoposto a sequestro preventivo — Assoggettabilità a sequestro preventivo cd. impeditivo — Condizioni di applicabilità.

Il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca diretta o per equivalente,

non impedisce il sequestro preventivo cd. impeditivo ove sussista il *fumus* di un diverso e successivo reato. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto applicabile il sequestro preventivo cd. impeditivo di una unità operativa di una società utilizzata per l'emissione di fatture per operazioni inesistenti, anche se era già stato disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta o per equivalente sul rilievo del differente oggetto e della differente finalità dei due istituti).

Cass. pen., Sez. III, 16 luglio 2019 (dep. 1 ottobre 2019), n. 40072, Pres. Gai, Rel. Semeraro, massima non ufficiale.

ATTUALITÀ

In vigore disposizioni urgenti in materia fiscale.

È stato pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale n. 252 del 26 ottobre 2019, il decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124 recante “*Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili*”, la cui entrata in vigore è fissata per il 27 ottobre 2019.

L'art. 39 del decreto legge, inerente le “*Modifiche della disciplina penale e della responsabilità amministrativa degli enti*”, interviene sia sul corpus penaltributario di cui al D.Lgs. 74/2000 sia sul sistema della responsabilità amministrativa da reato di cui al D.Lgs. 231/2001.

In merito alle modifiche apportate al D.Lgs. 74/2000, si assiste ad un generale inasprimento dell'apparato sanzionatorio per taluni reati (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ed occultamento o distruzione di documenti contabili) nonché all'abbassamento di alcune soglie di punibilità (dichiarazione infedele, omesso versamento di ritenute dovute o certificate e omesso versamento di IVA).

Viene, inoltre, aggiunto l'art. 12-ter (“*Casi particolari di confisca*”) che, nei casi di condanna o di sentenza di patteggiamento per taluno dei delitti di cui al D.Lgs. 74/2000, diversi dall'omesso versamento di ritenute dovute o certificate (art. 10-bis) e omesso versamento di IVA (art. 10-ter), prevede l'applicazione della confisca di cui all'art. 240-bis c.p.

Per quanto riguarda, invece, il sistema della responsabilità amministrativa da reato, l'art. 39, comma 2 d.l. 124/2019 introduce il nuovo illecito amministrativo di cui all'art. 25-quinquiesdecies D.Lgs. 231/2001 (“*Reati tributari*”).

Il Legislatore ha dunque inserito nel catalogo degli illeciti 231 il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture ed altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'art. 2 D.Lgs. 74/2000 che, se posto in essere da un soggetto apicale ovvero da un subordinato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, è punito con una sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

Tuttavia le disposizioni di cui all'art. 39 d.l. 124/2019 entreranno in vigore dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della legge di conversione (comma 3), non dalla data di pubblicazione del decreto legge.

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA TRIBUTARIA

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

*Comm. Trib. Reg. Lazio, Sent., 17 ottobre 2019, n. 5786 -
Pres. Maiello, Rel. Loreto*

(omissis)

L'Associazione culturale "L.M." ha impugnato l'avviso di accertamento (n. (...)) con cui l'Agenzia delle Entrate aveva recuperato a tassazione ai fini IRES, IVA, IRAP ricavi non dichiarati nel 2008 pari ad euro 37.400,00 comprensivi di sanzioni ed interessi.

La ripresa a tassazione si basava sugli esiti di una verifica fiscale condotta dalla Guardia di Finanza, a seguito della quale emergeva che l'Associazione, in relazione all'attività di organizzazione di feste per matrimoni, richiesta da n. 17 clienti, offriva i propri servizi subordinandoli al pagamento di quote associative pari ad Euro 2.200,00 ciascuno, quote che non venivano poi fatturate e dichiarate fiscalmente, in quanto ritenute di diretta attuazione degli scopi istituzionali dell'associazione e, quindi, attività non commerciale rientrante nella esenzione ai sensi dell'art. 148, comma 3, del TUIR per le imposte dirette e dell'art. 4, comma 4, del D.P.R. n. 633 del 21972 per l'IVA.

Ravvisando, invece, nel caso di specie lo svolgimento di attività meramente commerciale, l'Ufficio aveva operato il recupero a tassazione, atteso che i 17 "soci aggregati", interrogati dai militari operanti, avevano dichiarato di non avere più partecipato, successivamente alla organizzazione del proprio matrimonio, alla vita associativa: condizione, quest'ultima, che se insussistente, impedisce, ai sensi dell'art. 148, comma 8, lett. c) e 4, comma 7, del D.P.R. n. 633 del 1972, l'applicazione dell'agevolazione prevista dall'art. 148 comma 3 del TUIR.

Con sentenza n. 4875/13/2017 la CTP di Roma ha accolto parzialmente il ricorso.

I primi giudici, ravvisata la "*temporanea partecipazione alla vita associativa*" dei 17 clienti soci aggregati individuati dall'Ufficio e preso atto che dai bilanci dell'associazione emergeva che il totale dei corrispettivi per l'organizzazione di eventi eccedeva i costi di diretta imputazione degli eventi, ha

sostenuto la natura commerciale dell'attività di organizzazione di matrimoni, sufficiente a legittimare la pretesa tributaria.

Ha tuttavia accolto in parte le doglianze della ricorrente, riconoscendo l'errata quantificazione della base imponibile e scorporando quindi dalle quote versate l'IVA relativa, poiché gli associati dovevano ritenersi utilizzatori finali dei servizi prestati e quindi soggetti incisi dall'IVA, per cui l'imponibile indicato nell'avviso di accertamento veniva ridotto da euro 37.400 ad euro 31.166,67.

Avverso tale sentenza ha interposto appello la contribuente, innanzitutto reiterando tutte le doglianze già formulate in primo grado, e cioè: nullità dell'avviso di accertamento per carenza di motivazione, per assenza del presupposto impositivo e per carenza di istruttoria; ha inoltre dedotto la nullità della impugnata sentenza per carenza di motivazione, non rispondendo al vero la circostanza secondo cui nel 2008 l'attività commerciale era stata prevalente rispetto a quella istituzionale.

Ha quindi reiterato la richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti dei 17 clienti dell'associazione, già respinta in primo grado.

L'Ufficio si è costituito ed ha ribadito quanto già esposto in primo grado a sostegno della legittimità della ripresa a tassazione.

Motivi della decisione

In primo luogo deve ritenersi inammissibile la richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti dei 17 clienti individuati dall'Ufficio, dal momento che non si versa in ipotesi di cause inscindibili, e dunque di litisconsorzio necessario, nei confronti del quale l'art. 14 del D.Lgs. n. 546 del 1992 prevede l'integrazione del contraddittorio.

Ciò premesso, ed esaminando le censure avanzate in appello dall'associazione, deve rilevarsi che appare assorbente la censura relativa al difetto di motivazione della sentenza impugnata, laddove i primi giudici hanno ritenuto — aderendo al ragionamento dell'Agenzia — che *“sarebbe palese la natura non commerciale dell'attività di organizzazione di feste per matrimoni, stante l'obbligo da parte dei 17 clienti di procedere al pagamento di una quota associativa di Euro 2.200,00 non fatturata”*. Hanno altresì sostenuto che, poiché i clienti hanno dichiarato di non aver preso parte alla vita associativa, *“il beneficio di cui al comma 3 degli artt. 148 e 4, comma 4, del D.P.R. n. 633 del 1972 non si applica nel caso di temporanea partecipazione alla vita associativa”*. Inoltre, dai bilanci dell'associazione sarebbe emerso che i corrispettivi per l'organizzazione degli eventi superavano i costi di diretta imputazione dei servizi medesimi.

Tali affermazioni non sono divisibili.

Si premette che l'art. 148 del TUIR stabilisce, per le associazioni culturali, che non si considerano commerciali le attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti degli iscritti associati o partecipanti, a condizione che sia

garantita l'effettività del rapporto associativo, escludendo la temporaneità della partecipazione alla vita associativa.

Ebbene, venendo al caso di specie, l'appellante ha fatto rilevare che lo statuto dell'associazione prevede all'art. 4 che sono soci aggregati quelli ammessi ad usufruire delle strutture dell'Associazione previo pagamento delle relative quote, il che significa che nessuno può usufruire del castello di Arsoli, preso in locazione dall'Associazione per organizzarvi eventi, senza sottostare al regolamento associativo, che prevede l'iscrizione annuale come clausola indifferibile per poter usufruire delle strutture e dei servizi dell'Associazione.

Ma il socio aggregato, una volta accettato dal Consiglio direttivo, partecipa all'assemblea annuale per l'approvazione del bilancio ed esercita il diritto di voto nell'assemblea ed è invitato a seguire la vita sociale attraverso la home page del sito internet ed a partecipare agli eventi che l'associazione organizza.

È quanto avvenuto anche nei confronti dei 17 soci aggregati di cui si discute nel presente giudizio, dei quali sono agli atti le lettere con cui l'associazione ha comunicato loro l'avvenuta ammissione, la data di riunione dell'assemblea dei soci per l'approvazione del bilancio ed ha inviato loro la copia dello statuto sociale.

Dunque l'associazione ha posto in condizione ciascuno dei soci aggregati di partecipare attivamente alla vita della associazione ed agli eventi culturali che sarebbero stati svolti nel corso dell'anno, senza dover corrispondere alcun ulteriore corrispettivo.

E, dunque, se i soci, una volta pagata la quota associativa, non hanno ritenuto di continuare a prendere parte e ad interessarsi dell'attività dell'associazione, questo certamente non è dipeso — e non vi è prova al riguardo — da un divieto dell'appellante, ma da una libera scelta da parte dei soci medesimi.

Se si volesse dar credito al ragionamento sostenuto dall'Agenzia e fatto proprio dai primi giudici, allora l'Ufficio avrebbe dovuto effettuare una verifica non sui 17 soci aggregati, ma su tutti i soci per appurare se, al pagamento della quota associativa, aveva fatto seguito una costante e duratura partecipazione alla vita dell'associazione.

Ma ciò che appare decisivo, in realtà, è la correttezza dell'argomentazione di parte appellante: se i soci aggregati non hanno ulteriormente partecipato alla vita dell'associazione, di questo certo non può farsi carico l'associazione medesima.

Appare pertanto del tutto corretto l'operato dell'associazione L.M., che ha inserito l'ammontare delle 17 quote associative (e non 37, come indicato nella sentenza di primo grado) pagate dai clienti per l'organizzazione dei loro matrimoni, tra i corrispettivi specifici di cui all'art. 148, comma 3 del TUIR ed ex art. 4, comma 4, del D.P.R. n. 633 del 1972, stante la natura chiaramente istituzionale — e non commerciale — delle quote medesime.

Anche l'ulteriore argomentazione sostenuta dai primi giudici appare non

condivisibile: ci si riferisce alla asserita prevalenza dell'ammontare dei corrispettivi rispetto ai costi dei servizi effettuati per l'organizzazione delle predette feste per matrimonio. Tale calcolo è stato effettuato dai militari operanti sommando erroneamente il fatturato commerciale alle quote associative corrisposte dai soci aggregati le quali, come già precisato, non costituiscono entrate commerciali e non possono essere assunte come base imponibile. Non risultano, inoltre, prese in considerazione dall'Agenzia, tra le spese istituzionali, anche quelle sostenute per la locazione del castello di Arsoli, quelle relative ai lavori di ristrutturazione, alle utenze e all'organizzazione di convegni e mostre, dal momento che la valutazione andava fatta con riferimento alla intera annualità, e ciò conferma l'insufficiente valenza probatoria degli elementi portati dall'Ufficio a sostegno della pretesa erariale.

Deve pertanto ritenersi fondata la censura dell'appellante in ordine al vizio motivazionale della sentenza ed alla mancata valutazione dell'assoluta mancanza, nella specie, del presupposto impositivo.

L'appello dell'Associazione culturale merita accoglimento e, in totale riforma della sentenza di primo grado, si dichiara l'insussistenza dei presupposti per sostenere la pretesa tributaria di cui all'avviso di accertamento impugnato.

La particolarità della controversia in esame costituisce giustificato motivo per disporre la compensazione fra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Accoglie l'appello della contribuente. Spese di lite compensate.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 dicembre 2018.

Rilevanza e caratteri della “vita associativa” nella (tradizionale) fiscalità degli enti non commerciali di tipo associativo (di ROBERTO BABORO)

1. Premessa.

La fiscalità degli enti non commerciali è tema da sempre oggetto di particolare attenzione alla luce del regime ad essi riservato dal legislatore tributario. Con tutta probabilità, il quadro che si andrà a descrivere nel prosieguo è destinato a diventare ancor più complesso — quantomeno sotto il profilo tributario — allorché diventerà pienamente operativo il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (cd. “RUNTS”), che come noto costituisce il meccanismo fondamentale per il funzionamento del Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, cd. “CTS”) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ In merito, si segnala che i termini per l'adeguamento statutario delle ONLUS, delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale al fine dell'iscrizione al RUNTS sono stati prorogati dall'articolo 43, comma 4-bis, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito,

La sentenza in commento s'inserisce, invece, nell'esegesi delle "tradizionali" norme previste al Titolo II, Capo III d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi, cd. "Tuir")⁽²⁾, nonché delle disposizioni di cui all'art. 4, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 offrendo alcune chiarificazioni assai utili in quanto tese a tratteggiare uno degli elementi maggiormente controversi e di ardua applicazione pratica tra quelli previsti dai richiamati provvedimenti, riguardante i caratteri che devono caratterizzare la vita associativa dell'ente per poter usufruire delle agevolazioni fiscali⁽³⁾.

L'ampia motivazione della sentenza permette di ricostruire fedelmente la fattispecie oggetto del giudizio: un'associazione culturale⁽⁴⁾ era destinataria di un avviso di accertamento ai fini Ires, Iva e Irap per ricavi non dichiarati, sulla scorta degli *"esiti di una verifica fiscale condotta dalla Guardia di Finanza, a seguito della quale emergeva che l'Associazione, in relazione all'attività di organizzazione di feste per matrimoni, richiesta da n. 17 clienti, offriva i propri servizi subordinandoli al pagamento di quote associative [...] quote che non venivano poi fatturate e dichiarate fiscalmente, in quanto ritenute di diretta attuazione degli scopi istituzionali dell'associazione e, quindi, attività non commerciale"* ai sensi degli artt. 148, comma 3, Tuir e 4, comma 4, d.p.r. n. 633 del 1972. I rilievi dell'Amministrazione poggiano sulla circostanza per cui *"i 17 'soci aggregati', interrogati dai militari operanti, avevano dichiarato di non avere più partecipato, successivamente all'organizzazione del proprio matrimonio, alla vita associativa: condizione, quest'ultima, che se insussistente, impedisce ai sensi dell'art. 148, comma 8, lett. C) e 4, comma 7, del D.P.R. n. 633/1972, l'applicazione dell'agevolazione prevista dall'art. 148, comma 3 del TUIR"*. I Giudici di *prime cure*, quindi, accoglievano le tesi dell'Erario, tanto in ragione della partecipazione soltanto temporanea alla vita associativa dei 17 clienti, quanto poiché *"dai bilanci dell'associazione emergeva che il totale dei corrispettivi per l'organizzazione di eventi eccedeva i costi di diretta imputazione degli eventi"*, concludendo per il carattere commerciale dell'attività di organizzazione dei matrimoni⁽⁵⁾.

con modificazioni, dalla l. 28 giugno 2019, n. 58 al 30 giugno 2020. Sul tema delle conseguenze fiscali del mancato adeguamento in pendenza del predetto termine, v. la recente Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 89/E del 25 ottobre 2019.

⁽²⁾ D'ora innanzi, nell'analisi della sentenza, si farà riferimento alla tradizionale disciplina del Testo Unico. Alle novità legislative sarà, invece, dedicata una trattazione *ad hoc* nell'ultimo paragrafo del presente lavoro.

⁽³⁾ È bene precisare sin d'ora come non sia la prima volta che la giurisprudenza di merito s'interroga in merito a tale requisito. Sul punto, si rinvia ai riferimenti di cui alla nota 16.

⁽⁴⁾ Che, si ricorda, erano fra le associazioni destinatarie delle agevolazioni di cui all'art. 148, comma 3, Tuir, prima di venire espressamente espunte da tale norma a seguito della modifica recata dall'art. 89, comma 4, CTS e ss.mm.ii. Ancora, come si vedrà meglio *infra*, l'art. 89, comma 1, CTS prevede che non si applichi l'art. 148, Tuir per gli enti di cui all'art. 79, comma 1, CTS iscritti al RUNTS. Tale disapplicazione, secondo il combinato disposto dell'art. 104, comma 2, CTS e dell'art. 5-sexies, d.lgs. 16 ottobre 2017, n. 148, inizierà a decorrere dal periodo d'imposta successiva a quello di operatività del RUNTS. Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. GARONE, F. M. SILVETTI, *Efficacia nel tempo delle norme tributarie del terzo settore*, in *il Fisco*, 2018, 1, 42.

⁽⁵⁾ Trattasi, in verità, di un accoglimento parziale del ricorso proposto dall'Associazione,

In sede di gravame, al contrario, la Commissione Tributaria Regionale del Lazio accoglieva le doglianze dell'associazione, sulla scorta di un'apprezzabile interpretazione del requisito della vita associativa. Difatti, l'associazione era riuscita a dimostrare che *“il socio aggregato, una volta accettato [...] partecipa all'assemblea annuale per l'approvazione del bilancio ed esercita il diritto di voto nell'assemblea ed è invitato [...] a partecipare agli eventi che l'associazione organizza”* poiché, con riferimento ai diciassette soci sentiti dai militari, *“sono agli atti le lettere con cui l'associazione ha comunicato loro l'avvenuta ammissione, la data di riunione dell'assemblea dei soci [...] ed ha inviato loro la copia dello statuto sociale”*. Così operando, prosegue la Commissione, *“l'associazione ha posto in condizione ciascuno dei soci aggregati di partecipare attivamente alla vita dell'associazione [...] senza dover corrispondere alcun ulteriore corrispettivo”*, sicché *“se i soci, una volta pagata la quota associativa, non hanno ritenuto di [...] interessarsi dell'attività dell'associazione, questo certamente non è dipeso — e non vi è prova al riguardo — da un divieto dell'appellante”*. Ciò che appare decisivo, insomma, è che *“se i soci aggregati non hanno ulteriormente partecipato [...] di questo certo non può farsi carico l'associazione medesima”*.

Del pari erronea, nella ricostruzione del Collegio, è la tesi della prevalenza dell'ammontare dei corrispettivi rispetto ai costi delle feste di matrimonio, dato che sono stati, da un lato, erroneamente conteggiati quale entrate commerciali le quote associative e che, dall'altro, *“non risultavano prese in considerazione dall'Agenzia, tra le spese istituzionali, anche quelle sostenute per la locazione del castello [...] quelle relative ai lavori di ristrutturazione, alle utenze...”*. Tuttavia, tale ultima precisazione, come si dirà *melius infra*, costituisce la dimostrazione di un'erronea sovrapposizione e applicazione delle svariate norme del Tuir destinate agli enti associativi, atteso che attribuisce rilevanza a un requisito superfluo per usufruire dell'agevolazione di cui all'art. 148, comma 3, Tuir che — a quanto è dato intendere — era quella invocata dall'associazione. Tanto più che, come si vedrà, è parere di chi scrive che l'agevolazione invocata non fosse quella di più diretta applicabilità.

2. La fiscalità delle associazioni fra norme e realtà applicativa.

Proprio la difficoltà insita nella corretta esegesi del quadro normativo impone all'interprete un primo sforzo ricostruttivo che ricomponga le svariate norme dedicate a tali enti dagli artt. 143 e 148 del Tuir, con la precisazione che, per ragioni di sintesi espositiva, si darà per presupposta la ricorrenza del requisito generale per la non commercialità degli enti costituito dalla man-

poiché erano accolte le tesi della ricorrente in ordine all'errata quantificazione della base imponibile usata dall'Ufficio, *“scorporando quindi dalle quote versate l'IVA relativa, poiché gli associati dovevano ritenersi utilizzatori finali dei servizi prestati e quindi soggetti incisi dall'IVA”*.

canza di organizzazione in forma d'impresa. In termini estremamente sintetici e persino semplificatori, il requisito dell'organizzazione in forma d'impresa è richiesto dal legislatore affinché i proventi derivanti dall'esercizio di tale attività siano considerati redditi d'impresa: pur non rientrando tali prestazioni nell'articolo 2195 c.c., il fatto che esse siano rese attraverso una struttura organizzata e che tale struttura abbia la forma di impresa costituisce un elemento per qualificare l'attività resa come attività d'impresa ⁽⁶⁾.

Appurata la non commercialità di un ente, il relativo reddito, ai sensi dell'art. 143, comma 1, Tuir, "*è formato dai redditi fondiari, di capitale, di impresa e diversi, ovunque prodotti e quale ne sia la destinazione, ad esclusione di quelli esenti dall'imposta e di quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva*". In virtù del rimando di cui al successivo comma 2 ai criteri di determinazione del reddito di cui all'art. 8, Tuir, il reddito degli enti non commerciali viene, come noto, modellato sulla scorta delle categorie reddituali previste per l'Irpef.

La principale agevolazione che si applica a tutti gli enti non commerciali è quella prevista dall'art. 143, comma 1, Tuir — richiamata espressamente all'art. 148, comma 2, Tuir, come si vedrà — che prevede un'ipotesi generale di decommercializzazione delle attività rese dagli enti non commerciali, al ricorrere congiuntamente di una serie di requisiti. Tali attività, infatti, non sono commerciali qualora non rientrino nell'art. 2195 c.c., siano rese nell'espletamento delle finalità istituzionali, non comportino una specifica organizzazione e i relativi corrispettivi non siano superiori ai costi di diretta imputazione.

Quest'ultimo requisito "quantitativo" merita ulteriori considerazioni, anche alla luce del fatto di essere stato diffusamente invocato nella sentenza annotata. In merito, è doveroso osservare che, dalla narrativa dei fatti, non è chiaro se l'ipotesi di decommercializzazione prevista dall'art. 143, comma 1, secondo periodo, Tuir — l'unica a richiamare detto requisito quantitativo — sia stata oggetto di specifico motivo di ricorso da parte dell'associazione ricorrente oppure sia stato il risultato di una (imprecisa) ricostruzione, da parte dell'Amministrazione e, di seguito, delle Commissioni adite, del plesso normativo. Ciò in quanto, qualora ricorra la seconda ipotesi, è altrettanto imperativo precisare che l'ipotesi di decommercializzazione di cui all'art. 143, primo comma, Tuir si pone su un piano distinto e separato rispetto all'ulteriore agevolazione — questa sì, invocata dalla contribuente — di cui all'art. 148, comma 3, Tuir.

Ma v'è di più. A sommosso avviso di chi scrive, la CTR Lazio, nell'acco-

⁽⁶⁾ Per ulteriori specificazioni si rinvia, per tutti, a F. GALLO, *Fondazioni e Fisco*, in *Rass. Trib.*, n. 4 del 2004, 1159. Con riguardo specifico all'imposta sul valore aggiunto, cfr. M. CEDRO, *La soggettività passiva degli enti non commerciali ai fini dell'Iva*, in *Rass. Trib.*, n. 2 del 2016, 480; A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2011, I, 558; E. DELLA VALLE, *Iva: l'ente che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole*, in *Rass. Trib.*, n. 4 del 1999, 1012.

gliere le tesi dell'associazione appellante, ha altresì applicato erroneamente tale requisito.

Infatti, non è conferente, al fine del calcolo, escludere le quote associative in contestazione dai ricavi, piuttosto che, d'altro canto, considerare quali costi rilevanti anche quelli di tipo "generico", quali, in generale, le spese per l'organizzazione di convegni o mostre, come argomentato dal Collegio.

La norma di cui all'art. 143, comma 1, secondo periodo, Tuir, prospetta, infatti, uno specifico "raffronto" tra il corrispettivo specifico — nel caso di specie, la quota associativa altresì collegata alla festa di matrimonio — e i costi di diretta imputazione, ossia, nel caso di specie, i costi per la realizzazione della celebrazione. In sostanza, i corrispettivi per le prestazioni rese devono remunerare soltanto le spese sostenute per le prestazioni stesse (imputazione specifica), senza che esse inglobino una quota di utile.

Nessuna rilevanza possono assumere, invece, costi che non attengono alla realizzazione della singola controprestazione del corrispettivo specifico, come invece prospettato dalla sentenza. Né può assumere importanza un raffronto "generale" fra ricavi considerati commerciali e relativi costi, quasi come se fosse dirimente per applicare l'agevolazione *de qua* la realizzazione di un utile da parte dell'ente.

Ulteriori agevolazioni di carattere generale sono previste dal terzo e ultimo comma dell'art. 143, Tuir, che disciplina la non imponibilità di fondi pervenuti a seguito di raccolte pubbliche occasionali di fondi nonché, al ricorrere di una serie di condizioni, dei contributi provenienti da Pubbliche Amministrazioni in regime di convenzione o accreditamento.

Gli enti associativi sono altresì destinatari di un particolare regime previsto all'art. 148, Tuir, che appresta, al contempo, sia una serie di agevolazioni ulteriori rispetto alla generale disciplina di cui all'art. 143, Tuir, sia una serie di requisiti specifici che ne condizionano l'applicabilità.

Tale *favor* si manifesta, in primo luogo, nella previsione di diverse fattispecie di "decommercializzazione" delle attività poste in essere da tali soggetti, segnatamente previste al primo e al terzo comma dell'art. 148, Tuir.

Anzitutto, al primo comma si considera non commerciale l'attività resa nei confronti degli associati in conformità alle finalità istituzionali e la non imponibilità delle somme riscosse a titolo di quote o contributi associativi. Il successivo comma 2 attribuisce natura di attività commerciale, salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo periodo di cui all'art. 143, comma 1, Tuir, ai corrispettivi delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi agli associati o partecipanti verso pagamento di corrispettivi specifici. Tali corrispettivi, precisa il secondo periodo della disposizione, *"concorrono alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come redditi diversi secondo che le relative operazioni abbiano carattere di abitualità o di occasionalità"*.

Quanto sopra permette anche di osservare come fosse altrettanto discutibile la scelta della norma invocata dall'associazione, individuata nell'art.

148, comma 3, Tuir: trattandosi, infatti, di somme percepite a titolo di quota associativa, ben si sarebbe potuto prospettare — forse, anzi, in maniera maggiormente corretta dal punto di vista formale — l'applicazione, *sic et simpliciter*, della disposizione di cui al primo comma dell'art. 148, comma 1, Tuir, che dispone la non imponibilità delle quote associative. Con il non indifferente vantaggio che, per tal via, sarebbe risultato superfluo l'esame circa la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 148, comma 8, Tuir — che si andranno ad affrontare *infra*. Ciò a meno di non voler ritenere dirimente, ai fini della disciplina applicabile, più che la natura di quota associativa delle somme, la loro correlazione a una prestazione di servizi specifica — *i.e.*, il matrimonio — quasi a mo' di un'applicazione, *in subiecta materia*, del principio di prevalenza della sostanza sulla forma.

Ad ogni buon conto, esaminando ora più da vicino l'ipotesi di decommercializzazione di cui al terzo comma dell'art. 148, Tuir, deve ricordarsi come quest'ultima si riferisca alle attività rese dalle associazioni⁽⁷⁾ in diretta attuazione degli scopi istituzionali, verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti degli associati, di altre associazioni che svolgono la medesima attività o (qualora si ricada nell'ambito delle associazioni sportive dilettantistiche) dei tesserati dalle rispettive organizzazioni nazionali⁽⁸⁾. Ciò a condizione che non ricorrano le attività indicate all'art. 148, comma 4, Tuir.

Occorre, anzitutto, soffermarsi sul carattere di diretta attuazione degli scopi istituzionali che devono assumere le attività rese dall'associazione. Sul punto, si segnala anzitutto la prassi dell'Amministrazione Finanziaria, che ha precisato come non rientrino nella nozione in esame i servizi che possono essere resi anche separatamente e indipendentemente dall'attività istituzionale⁽⁹⁾.

Nel caso ivi in esame, infatti, era stata esclusa la possibilità di decommercializzare prestazioni relative al bagno turco o all'idromassaggio, poiché effettivamente del tutto slegate rispetto alle attività sportive oggetto istituzionale dell'associazione istante.

Più recentemente, l'Agenzia ha sottolineato⁽¹⁰⁾ come sia corretta la non imponibilità dei proventi relativi alla somministrazione di alimenti e bevande qualora siano resi in occasione e in concomitanza con lo svolgimento dell'evento sportivo stesso⁽¹¹⁾.

(7) *Rectius*, nel testo vigente fino alla piena attuazione del Codice del Terzo Settore, dalle “... associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale e di formazione extra-scolastica della persona, nonché per le strutture periferiche di natura privatistica necessarie agli enti pubblici non economici per attuare la funzione di preposto a servizi di pubblico interesse”.

(8) In maniera speculare dispone, ai fini Iva, il secondo periodo dell'art. 4, comma 4, d.p.r. n. 633 del 1972.

(9) Cfr. Agenzia delle Entrate, Ris. n. 38/E del 2010.

(10) Seppure in occasione di un chiarimento circa la connessione con gli scopi istituzionali dei proventi soggetti al regime di cui alla legge n. 398 del 1991; quest'ultimo, tuttavia, esprime chiaramente il medesimo concetto menzionato dal Tuir.

(11) Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare 1° agosto 2018, n. 18/E, punto 6.2.

Nella giurisprudenza di legittimità, invece, non sono stati enucleati criteri precisi per tale valutazione, assumendo semmai rilievo la corretta inversione dell'onere della prova — posto a carico del contribuente — e risolvendosi per il resto le pronunce della Corte di Cassazione in un esame meramente casistico. Così, ad esempio, si riscontra il caso paradigmatico dell'assenza di detto legame, rappresentato l'esercizio di una pizzeria/bar da parte di una A.S.D.⁽¹²⁾ La Corte, infatti, si è limitata a osservare che *“la gestione di un esercizio di ristoro da parte di un ente non lucrativo può essere qualificata come attività non commerciale ai fini del regime agevolato per l'IVA (D.P.R. n. 633 del 1972, art. 4) e l'imposta sui redditi (D.P.R. n. 917 del 1986, art. 148) soltanto se tale attività risulti strumentale ai fini istituzionali dell'ente e sia svolta esclusivamente in favore degli associati”*⁽¹³⁾.

In definitiva, pare a chi scrive che — anche in ragione delle posizioni assunte da prassi e giurisprudenza — ci si debba muovere, sul punto, con particolare delicatezza, anche attese le rilevanti conseguenze fiscali derivanti dall'esclusione della ricorrenza delle agevolazioni in esame.

Se, infatti, è naturale escluderle in casi limite quale quello della pizzeria gestita da un'associazione ma aperta al pubblico e del tutto slegata dal fine istituzionale perseguito, possono esservi numerosi casi in cui debba ricorrere un attento vaglio di strumentalità dei servizi offerti dall'ente rispetto al proprio oggetto istituzionale. Così, dovrebbe riconoscersi l'agevolazione ogni qual volta i corrispettivi specifici siano resi a fronte di servizi che si pongono in una condizione servente rispetto all'attività istituzionale, rendendola possibile o comunque agevolandone in maniera significativa il perseguimento, nonché casi in cui tali servizi non esprimono una finalità ulteriore per chi li riceve, rispetto all'attività istituzionale.

2.1. *L'effettività del vincolo associativo e il principio di democraticità.*

Ancora, per usufruire di tali agevolazioni, l'art. 148, comma 8, Tuir⁽¹⁴⁾, dispone che le associazioni interessate debbano conformarsi a talune clausole, da inserire nei relativi statuti, tese, in buona sostanza, a garantire l'effettività del rapporto associativo, la non lucratività dell'associazione e l'assenza di fenomeni di abuso della forma associativa.

Volendo raggruppare logicamente i già menzionati requisiti al fine della loro esegesi, debbesi distinguere tra clausole di carattere “economico” rispetto a quelle prefiguranti il modello “organizzativo” che l'associazione deve assumere. Così, un primo gruppo di clausole, indicate alle lettere *a)*, *b)* ed *e)*, richiedono rispettivamente il divieto di distribuzione, anche indiretta, degli utili, l'obbligo di devolvere il patrimonio dell'ente, in caso di suo scioglimento

⁽¹²⁾ *Ex multis*, Cass. Civ., Sez. V, ord. 15 gennaio 2018, n. 796; Cass. civ. Sez. V, sent. 30 novembre 2012, n. 21406.

⁽¹³⁾ Cass. Civ., Sez. V, ord. 15 gennaio 2018, n. 796.

⁽¹⁴⁾ E, ai fini Iva, l'art. 4, comma 7, d.p.r. n. 633 del 1972.

ad altra associazione con finalità analoghe o ai fini di pubblica utilità, e la redazione annuale di un rendiconto economico e finanziario. Com'è stato rilevato dalla dottrina, le clausole racchiuse alle lettere a) e b) permettono di individuare, all'interno della categoria degli enti non commerciali, quella ulteriore degli enti *no profit* ⁽¹⁵⁾. L'approvazione del rendiconto, invece, si pone evidentemente quale strumento di controllo e verifica da parte dell'Amministrazione circa l'andamento finanziario dell'ente, evidentemente correlato anche ad evitare l'elusione del divieto di distribuzione.

Al contrario, le clausole indicate alle lettere c) ed e) individuano congiuntamente il requisito della democraticità, dovendo assicurare l'uniformità fra i diritti degli associati, *“l'effettività del rapporto”* associativo, elezioni libere degli organi amministrativi e la sovranità dell'assemblea dei soci. Viene, inoltre, espressamente tutelata la posizione dei soci, dovendo lo statuto prefigurare i criteri per l'ammissione o l'esclusione degli stessi.

Così a fronte di criteri, quali le modalità di convocazione dell'assemblea e di voto, di agevole verifica in quanto cristallizzati in previsioni formali, appare indubitabile, al contrario, che l'elemento maggiormente problematico e “impalpabile” sia costituito proprio dalla necessaria ricorrenza dell'effettività del rapporto associativo.

Nell'assenza di definizioni normative, e valorizzando il dato normativo, deve concludersi che l'effettività e la democraticità del rapporto associativo consistano nell'assenza di vincoli statutari alla partecipazione del singolo associato in tutte le attività rilevanti nella vita dell'ente, quali le modificazioni dello statuto e dei regolamenti, ovvero la nomina degli organi direttivi dell'associazione.

Proprio su tale punto la sentenza in commento offre delle delucidazioni assai apprezzabili che, invero, si pongono in continuità con gli approdi già raggiunti da alcuna giurisprudenza di merito ⁽¹⁶⁾.

Ci si riferisce, infatti, alla circostanza per cui, al fine di ritenere integrati il requisito dell'effettività del rapporto associativo, è sufficiente che l'ente — tramite proprio le norme statutarie — ponga i membri nella condizione di poter partecipare liberamente alla vita associativa ⁽¹⁷⁾. Sarebbe, al contrario, illegittimo pretendere che *tutti* gli associati debbano necessariamente prendere parte alla vita dell'associazione, come invece argomentava l'Ufficio nella sentenza annotata.

In maniera condivisibile, sul punto, il Giudice osserva che *“se si volesse dar credito al ragionamento sostenuto dall'Agenzia [...] allora l'Ufficio avrebbe dovuto effettuare una verifica non sui 17 soci aggregati, ma su tutti i soci per*

⁽¹⁵⁾ Così M. LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unici*, vol. II, 2018, Milano, 2546.

⁽¹⁶⁾ Si fa riferimento a Comm trib. prov. Reggio Emilia, Sez. II, sent. 12 ottobre 2018, n. 193; Comm. Trib. Reg. Basilicata, sent. 15 giugno 2016, n. 280.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, cfr. G. PERCOCO, *Il trattamento fiscale dei contributi versati dagli associati alle associazioni sportive dilettantistiche per il perseguimento di finalità non istituzionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, II, 834.

appurare se, al pagamento della quota associativa, aveva fatto seguito una costante e duratura partecipazione alla vita dell'associazione".

Difatti, un tale rilievo — che, cioè, dimostri un generale e costante disinteresse di tutti gli associati nella vita dell'ente — si pone non già sul piano della contestazione del principio democratico, bensì su quello distinto dell'inesistenza sostanziale della forma giuridica, adottata dall'associazione soltanto formalmente, ossia dell'abuso della forma associativa.

Sarebbe, *a contrario*, erroneo contestare l'assenza della democraticità dell'associazione qualora questa sia "retta" da un nucleo di soci — che spesso assumono anche le cariche amministrative dell'ente — numericamente ridotto, in quanto siffatta ipotesi riflette la natura delle realtà associative e i caratteri del volontariato. Del resto, a ritenere altrimenti si concluderebbe per subordinare il riconoscimento del carattere di un ente a criteri aleatori e ambigui, con un alto grado di incertezza e di arbitrarietà nel giudizio — ciò che è proprio comprovato dalla ricorrenza di giudizi con simili contestazioni.

Per argomentare in maniera legittima la ricorrenza o meno della democraticità di un ente sarebbe auspicabile, in definitiva, l'utilizzo di elementi in positivo e non in negativo. Ossia, che l'attenzione si focalizzi, piuttosto che sulla mancata partecipazione alla vita dell'ente di una parte — anche rilevante — della compagine associativa, su fattispecie caratterizzate da elementi — limitazioni al diritto di voto, esclusioni soggette a criteri arbitrari, mancanza sistematica di tutele statutarie dei soci — che esprimano segnali in positivo della mancanza di democraticità.

3. *Il Codice del terzo settore e le categorie tributarie: cenni.*

Il quadro così ricostruito deve, tuttavia, tenere conto dall'approvazione del già citato Codice del Terzo Settore, che apporta una decisiva riforma alla fiscalità — e non solo — degli enti non commerciali.

Non sarà, ovviamente, possibile analizzare in questa sede il contenuto del Codice e le svariate previsioni in esso contenute⁽¹⁸⁾. Si tenterà, quindi, di delimitare l'analisi agli "smottamenti" — di carattere fiscale — recati dalla disciplina del Codice alla categoria dell'ente non commerciale⁽¹⁹⁾.

L'art. 4, CTS delinea la definizione di ente del terzo settore (anche

⁽¹⁸⁾ Sul punto, per completezza dell'analisi compiuta, cfr. la Circolare realizzata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili pubblicata il 9 aprile 2019, intitolata *"Riforma del Terzo Settore: elementi professionali e criticità operative"*. Sullo stesso argomento, cfr. *ex multis* G. M. COLOMBO, *Enti del Terzo settore (ETS), enti commerciali, enti non commerciali*, in *Corr. Trib.*, 2018, 40, 3102; G. SEPIO, M. GARONE, *Le scelte degli enti no profit a seguito della riforma del Terzo settore*, in *il Fisco*, 2018, 8, 751; A. MAZZULLO, *Il reddito d'impresa dei nuovi enti del Terzo settore*, in *il Fisco*, 2017, 40, 3841.

⁽¹⁹⁾ Il Codice del Terzo settore è stato, come noto, emanato in attuazione della legge delega 6 giugno 2016, n. 106, con l'obiettivo di riordino della disciplina vigente in materia di enti del cd. "terzo settore", ossia enti *no profit* che perseguono finalità di tipo sociale o solidaristiche.

“ETS”)⁽²⁰⁾ riservandola agli enti che svolgano, in via esclusiva o principale le “attività d’interesse generale” tassativamente indicate all’art. 5, CTS, e che siano iscritti al RUNTS. A tali attività d’interesse generale, che devono assumere carattere quantomeno prevalente⁽²¹⁾, possono comunque affiancarsi “attività diverse” ossia, secondo l’art. 6, CTS, attività “*secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale*”, come sarà chiarificato da un emanando decreto del Ministero del Lavoro per una più puntuale regolamentazione, anche quantitativa, delle medesime⁽²²⁾.

Restano, così, esclusi dall’ambito di applicazione del CTS svariati enti per tipologia di attività svolta, perché espressamente esclusi⁽²³⁾ o che per la scelta non vogliano iscriversi al RUNTS. Quest’ultima ragione potrebbe proprio essere determinata dalla variabile fiscale, trovandosi alcune tipologie di enti di fronte a un caso di arbitraggio fiscale del tutto lecito, che discende dal particolare regime tributario previsto dal CTS parallelo e mutualmente esclusivo rispetto a talune norme agevolative del Tuir. È questo, in particolare, il caso delle associazioni sportive dilettantistiche, le quali dovranno scegliere se iscriversi al RUNTS, e quindi sottoporsi al regime fiscale previsto dal CTS, oppure non procedere a tale iscrizione, potendo così continuare a usufruire della decommercializzazione prevista dall’art. 148, comma 3, Tuir e dal regime forfettario di cui alla legge n. 398 del 1991⁽²⁴⁾.

Al contrario, è evidente che per altre tipologie di enti sarà quasi forzata la scelta per l’iscrizione al RUNTS, a fronte dell’abrogazione — che coinciderà con la piena attuazione della riforma — delle discipline previste dal d.lgs. n. 460 del 1997 per le ONLUS, dalla legge n. 266 del 1991, per le organizzazioni di volontariato (cd. “ODV”) e dalla legge n. 383 del 2000 per le associazioni di promozione sociale (cd. “APS”)⁽²⁵⁾.

Anche dal punto di vista *stricto sensu* tributario gli intenti del legislatore

(20) Secondo la norma “[s]ono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

(21) Secondo i parametri dell’art. 79, CTS che si esamineranno *infra*.

(22) Secondo quanto trapelato, il 7 marzo 2019 la Cabina di Regia prevista dall’art. 97, CTS, ha dato parere favorevole a uno schema di regolamento delle attività diverse, di cui si attende la pubblicazione tramite decreto. Per la regolamentazione prevista da tale schema, cfr. la citata Circolare “Riforma del Terzo Settore: elementi professionali e criticità operative”, pp. 8 ss.

(23) Si vedano le rilevanti esclusioni previste dall’art. 4, comma 2, CTS, tra cui “le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti”.

(24) Che, si anticipa, sono disapplicate per gli ETS dall’art. 89, CTS.

(25) Per tali enti si porrà, piuttosto, un problema di scelta qualificatoria, ossia di scegliere in quale sezione del RUNTS iscriversi, tenuto conto della particolare disciplina

delegato parrebbero essere stati di sistemazione e razionalizzazione della materia, tanto che il Titolo X del Codice del Terzo settore è significativamente rubricato “*Regime fiscale degli enti del terzo settore*”. A fronte di tale finalità, l'introduzione del Codice ha, però, introdotto di fatto nel nostro ordinamento l'ennesimo “doppio binario” col quale gli operatori dovranno confrontarsi, tra enti che si qualificano come ETS e che, quindi, sono soggetti alle norme del CTS⁽²⁶⁾ e tradizionali enti non commerciali, che applicano le norme del Testo Unico. È stato quindi disatteso, nella sostanza, il criterio direttivo della legge delega, che all'art. 9, comma 1, lett. a) disponeva al contrario che il legislatore delegato dovesse prevedere una “*revisione complessiva della definizione di ente non commerciale ai fini fiscali connessa alle finalità di interesse generale perseguite dall'ente e introduzione di un regime tributario di vantaggio*” per tali soggetti in ragione delle loro specificità.

Già da queste sommarie indicazioni, insomma, si evince come alla tradizionale categoria di “ente non commerciale” si affianchi oggi quella di “ente del terzo settore” e, del pari, come non si assista a un avvicendamento delle medesime, bensì alla loro coesistenza.

Ancora, seppure venga mantenuto, al fine della determinazione del regime fiscale, il *discrimen* della prevalenza (o meno) delle attività commerciali svolte, questo viene declinato diversamente col CTS, che distingue ulteriormente a seconda che l'attività rientri fra quelle di interesse generale (art. 5, CTS), per le quali è necessario ancora un successivo step per individuarne l'impatto fiscale, piuttosto che fra le attività diverse (art. 6, CTS), sempre imponibili.

Difatti il legislatore della riforma ha provveduto, tramite l'art. 89, comma 1, lett. a), CTS a disporre la disapplicazione, per gli ETS diversi dalle imprese sociali proprio — *inter alia* — della norma di cui all'art. 149, Tuir che come noto disciplina i criteri per la perdita della qualifica di ente non commerciale ai fini fiscali. Con l'ennesimo *caveat* che i criteri previsti dall'art. 149, Tuir continueranno ad applicarsi per tutti gli enti non commerciali ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, stante il disposto dell'art. 4, comma 9, d.p.r. n. 633 del 1972⁽²⁷⁾, che rinvia unicamente alla norma del Testo Unico.

L'art. 79, comma 5, CTS⁽²⁸⁾ offre poi una “definizione” di ETS non

introdotta dal CTS per le imprese sociali. Sul punto, v. *amplius* G. SEPIO, M. GARONE, *Le scelte degli enti no profit a seguito della riforma del Terzo settore*, cit.

⁽²⁶⁾ *Rectius*, tanto alle specifiche norme del Codice del Terzo Settore, quanto quelle del Testo Unico non rientranti nelle svariate norme di disapplicazione previste dal CTS.

⁽²⁷⁾ Il quale recita che “[l]e disposizioni sulla perdita della qualifica di ente non commerciale di cui all'articolo 111-bis del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si applicano anche ai fini dell'imposta sul valore aggiunto”.

⁽²⁸⁾ Secondo il quale “[s]i considerano non commerciali gli enti del Terzo settore di cui al comma 1 che svolgono in via esclusiva o prevalente le attività di cui all'articolo 5 in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del presente articolo. Indipendentemente dalle previsioni statutarie gli enti del Terzo settore assumono fiscalmente la qualifica di enti commerciali qualora i proventi delle attività di cui all'articolo 5, svolte in forma d'impresa non in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del presente articolo, nonché le attività di cui all'articolo 6,

commerciale che — osservazione che, dal punto di vista di tecnica legislativa, potrebbe estendersi a buona parte del Titolo X — pare piuttosto un *rebus*, assunto che la norma si compone semplicemente di tutta una serie di rinvii a svariate altre disposizioni del medesimo Codice.

Il secondo comma dell'art. 79, CTS prevede anzitutto un primo *test* di commercialità delle attività di interesse generale di cui all'art. 5⁽²⁹⁾, disponendo che queste “*si considerano di natura non commerciale quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi, tenuto anche conto degli apporti economici degli enti di cui sopra e salvo eventuali importi di partecipazione alla spesa previsti dall'ordinamento*”. Le attività di interesse generale sono quindi non commerciali qualora i corrispettivi non superino i cd. costi effettivi.

Cosa debba intendersi per costo effettivo non è stato, però, chiarificato dal legislatore: sul punto, secondo il CNDCEC, dovrebbe farsi riferimento al concetto di “costi pieni effettivi”, pari alla sommatoria dei “costi diretti e indiretti di produzione, ma anche dell'imputazione della quota relativa ai costi generali dell'ente”⁽³⁰⁾. Questa conclusione resterebbe ferma, secondo tale indicazione, nonostante la proposta dello stesso CNDCEC — volta proprio a sostituire il termine di “costi effettivi” con “costi pieni effettivi” — sia stata disattesa dal legislatore in sede di correttivo. In merito, pare a chi scrive che sia necessaria una chiarificazione da parte — se non del legislatore, com'è preferibile — quantomeno dell'Amministrazione Finanziaria, non potendosi ritenere con certezza che la nozione di costo effettivo debba intendersi quale comprensiva anche dell'imputazione *pro quota* dei costi generali.

L'art. 79, comma 2-bis, CTS introduce un secondo *test* di commercialità, secondo cui le attività di interesse generale “*si considerano non commerciali qualora i ricavi non superino di oltre il 5 per cento i relativi costi per ciascun periodo d'imposta e per non oltre due periodi d'imposta consecutivi*”. Il legislatore ha così introdotto⁽³¹⁾ un apprezzabile margine di scostamento in garantire un minimo “*margine di flessibilità nella gestione degli enti*”⁽³²⁾.

Un'ultima osservazione circa le agevolazioni di cui all'art. 148, Tuir che sono state esaminate *retro*. Tale norma, che fino a oggi costituiva il principale

fatta eccezione per le attività di sponsorizzazione svolte nel rispetto dei criteri di cui al decreto previsto all'articolo 6, superano, nel medesimo periodo d'imposta, le entrate derivanti da attività non commerciali”.

⁽²⁹⁾ Precisando espressamente che sono “*ivi incluse quelle accreditate o contrattualizzate o convenzionate con le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'Unione europea, amministrazioni pubbliche straniere o altri organismi pubblici di diritto internazionale*”.

⁽³⁰⁾ Cfr. la Circolare “*Riforma del Terzo Settore: elementi professionali e criticità operative*”, p. 60.

⁽³¹⁾ Con l'art. 24-ter, comma 3, d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136.

⁽³²⁾ Così la relazione illustrativa al correttivo ove era inizialmente stata proposta una simile clausola di salvaguardia con una percentuale pari al 10%. Per una disamina analitica del meccanismo di funzionamento, cfr. la Circolare “*Riforma del Terzo Settore: elementi professionali e criticità operative*”, pp. 61 ss.

regime di vantaggio fiscale assicurato al mondo associativo, è stata infatti disapplicata per gli ETS dal già citato art. 89, comma 1, lett. a), CTS. Disapplicata la norma del Testo Unico, il legislatore ha poi provveduto a riprodurre le agevolazioni di cui all'art. 148, comma 1, Tuir nell'art. 79, comma 6, CTS mentre ha escluso quelle di cui al terzo comma dell'art. 148, Tuir ⁽³³⁾, se non per le APS ⁽³⁴⁾. Parallelamente si è, come accennato, abrogato *tout court* l'art. 148, comma 3, Tuir per le associazioni assistenziali, culturali e di promozione sociale. Il legislatore non ha, invece, per tali ultimi soggetti, abrogato le parallele disposizioni agevolative di cui all'art. 4, comma 4, secondo periodo, d.p.r. n. 633 del 1972, così disallineando — per le medesime attività — il regime fiscale fra imposte dirette e indirette.

Volendo ora giungere a delle — per forza di cose, preliminari — conclusioni si assiste, insomma, all'ennesima frammentazione della soggettività tributaria e alla previsione di diversi regimi tributari per enti che svolgono, in linea teorica, attività assai simili se non identiche. Si pensi, con un esempio nemmeno eccessivamente ardito, a due A.S.D. di cui una iscritta al RUNTS e l'altra soggetta alle ordinarie regole del Testo Unico e alle agevolazioni della legge n. 398 del 1991. Ebbene, la prima sarà quindi soggetta alle norme fiscali — e non solo — del CTS, mentre l'altra potrà usufruire della tradizionale disciplina sin d'ora vigente.

Nell'impianto realizzato dal Codice del Terzo Settore, poi, una stessa agevolazione (la non imponibilità per le associazioni dei corrispettivi specifici relativi a attività di attuazione dei scopi istituzionali) non vale ai fini Ires per un ETS, se non per le associazioni con qualifica di APS, mentre vale al solo fine dell'Iva ⁽³⁵⁾ per le associazioni assistenziali e culturali e, da ultimo, vale per una A.S.D. che non si iscriva al RUNTS tanto ai fini Ires quanto Iva.

Concludendo, con una peculiare eterogenesi dei fini, una riforma che — nelle intenzioni del legislatore delegato — doveva provvedere a una *“revisione complessiva della definizione di ente non commerciale ai fini fiscali”* finisce per costituire, a parere di chi scrive, un impianto assieme complesso e asistematico, non scevro quindi da dubbi in merito alla corretta attuazione della delega.

⁽³³⁾ L'art. 79, comma 6, secondo periodo, CTS dispone infatti che “[s]i considerano, tuttavia, attività di natura commerciale le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nei confronti degli associati e dei familiari e conviventi degli stessi verso pagamento di corrispettivi specifici, compresi i contributi e le quote supplementari determinati in funzione delle maggiori o diverse prestazioni alle quali danno diritto. Detti corrispettivi concorrono alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come redditi diversi a seconda che le relative operazioni abbiano carattere di abitudine o di occasionalità”.

⁽³⁴⁾ In virtù della particolare disciplina a esse dedicate di cui all'art. 85, comma 1, CTS.

⁽³⁵⁾ Forse per una dimenticanza del legislatore in sede di coordinamento normativo?

Bibliografia

- CEDRO M., *La soggettività passiva degli enti non commerciali ai fini dell'Iva*, in *Rass. Trib.*, n. 2 del 2016, 480.
- COLOMBO G. M., *Enti del Terzo settore (ETS), enti commerciali, enti non commerciali*, in *Corr. Trib.*, 2018, 40, 3102.
- CONTRINO A., *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2011, I, 558.
- DELLA VALLE E., *Iva: l'ente che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole*, in *Rass. Trib.*, n. 4 del 1999, 1012.
- GALLO F., *Fondazioni e Fisco*, in *Rass. Trib.*, n. 4 del 2004, 1159.
- GARONE M., SILVETTI F. M., *Efficacia nel tempo delle norme tributarie del terzo settore*, in *il Fisco*, 2018, 1, 42.
- LEO M., *Le imposte sui redditi nel testo unici*, vol. II, 2018, Milano.
- MAZZULLO A., *Il reddito d'impresa dei nuovi enti del Terzo settore*, in *il Fisco*, 2017, 40, 3841.
- PERCOCO G., *Il trattamento fiscale dei contributi versati dagli associati alle associazioni sportive dilettantistiche per il perseguimento di finalità non istituzionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, II, 834.
- SEPIO G., GARONE M., *Le scelte degli enti no profit a seguito della riforma del Terzo settore*, in *il Fisco*, 2018, 8, 751.

MASSIME

Incertezza interpretativa — Circolare dell'Amministrazione finanziaria — Legittimo affidamento

La situazione di incertezza interpretativa, derivante da risoluzioni dell'Amministrazione finanziaria, pur non influenzando sulla debenza dell'imposta, deve essere valutata ai fini dell'esclusione dell'applicazione delle sanzioni. In base a tale principio, recentemente enunciato dalla Suprema Corte nell'ordinanza n. 370 del 09/01/2019, la CTR abruzzese ha respinto l'appello del contribuente nella parte in cui sosteneva la sussistenza di una ipotesi di legittimo affidamento, ai sensi dell'art. 10, comma 2, legge n. 212 del 2000, idonea a far ritenere illegittima l'intera pretesa erariale. Nel caso di specie, il contribuente, conformatosi in buona fede ad una erronea interpretazione fornita dall'Amministrazione finanziaria tramite circolare, ha dunque diritto alla sola esclusione dall'irrogazione delle sanzioni ma non all'esonero dall'adempimento dell'obbligazione tributaria.

Comm. Trib. Reg. per l'Abruzzo, Sent. n. 761 del 18 settembre 2019 - www.giustiziatributaria.gov.it - Rassegna sentenze tributarie

* * *

ICI — Area edificabile — Rinvio alle Sezioni Unite

In tema di ICI, la Sezione tributaria ha rimesso alle Sezioni Unite civili, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la risoluzione della seguente questione di massima di particolare importanza: se un'area, prima edificabile e poi assoggettata con legge regionale ad un vincolo di inedificabilità assoluta, sia da considerare « area edificabile » ai fini ICI ove inserita in un programma di cd. “compensazione urbanistica” adottato dal Comune, ancorché il relativo procedimento compensatorio non sia ancora concluso, essendo il diritto edificatorio “in volo”, cioè non essendo stata ancora specificamente individuata — ed assegnata al proprietario — la cd. area di “atterraggio”, ossia l'area su cui deve essere trasferita l'edificabilità già cessata sull'area cd. “di decollo”.

Cass. Civ., Sez. V, Ord. Int. 15 ottobre 2019, n. 26016 — www.cortedicassazione.it — Recentissime della Corte

* * *

Enti non commerciali associativi — Regime fiscale — Art. 148 TUIR — Vita associativa — Requisiti

Con la sentenza, 17 ottobre 2019, n. 5786 la CTR Lazio offre alcune chiarificazioni circa i caratteri che devono caratterizzare la vita associativa dell'ente per poter usufruire delle agevolazioni fiscali previste all'art. 148, comma 3, Tuir. L'Associazione ricorrente, in relazione all'attività di organizzazione di feste per matrimoni, offriva i propri servizi subordinandoli al pagamento di quote associative, che non venivano poi fatturate in quanto ritenute di diretta attuazione degli scopi istituzionali dell'associazione e, quindi, attività non commerciale ai sensi degli artt. 148, comma 3, Tuir e 4, comma 4, d.p.r. n. 633 del 1972.

Secondo il Collegio, dunque, a nulla rileva l'argomentazione dell'Ufficio, che aveva osservato come una parte dei soci temporanei non avesse partecipato alla vita associativa a seguito della celebrazione del matrimonio. Nella prospettiva della CTR, infatti, è sufficiente che l'associazione abbia posto in condizione ciascuno dei soci di partecipare attivamente alla vita dell'associazione senza dover corrispondere alcun ulteriore corrispettivo, sicché se i soci, una volta pagata la quota associativa, non hanno ritenuto di interessarsi dell'attività dell'associazione, di ciò non può farsi carico la medesima.

Comm. Trib. Reg. Lazio, Sent., 17 ottobre 2019, n. 5786 - Massima redazionale

* * *

Imputazione per trasparenza di utili extracontabili — Presunzione di distribuzione — Società a ristretta compagine sociale — Abuso del diritto

La Cassazione ha, con sentenza n. 27049/2019, confermato nuovamente il principio secondo cui, nell'ambito dell'imputazione degli utili extrabilancio in capo a enti a ristretta compagine sociale, la presunzione di distribuzione dei predetti utili opera anche se il socio è una società per azioni. Infatti, spiega la Corte, lo "schermo" della seconda società non impedisce che operi la presunzione dal momento che in una società in cui i soci sono una persona fisica e una persona giuridica la quale presenta come soci la stessa persona fisica e un parente, continua a operare il principio generale del divieto di abuso del diritto il quale impedisce che il contribuente consegua vantaggi fiscali ottenuti per mezzo dell'uso alterato, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili le quali giustificano l'operazione.

Cass. Civ., Sez. VI, Ord. 23 ottobre 2019, n. 27049 - Massima redazionale

* * *

Sospensione del processo — Pace fiscale — Requisiti

In tema di sospensione del processo tributario ai sensi dell'art. 6, comma 10, del d.l. n. 119 del 2018, conv., con modif., in l. n. 136 del 2018, per ottenere l'effetto sospensivo fino al 31 dicembre 2020, doveva essere depositata in cancelleria copia della domanda e del versamento degli importi dovuti o della prima rata entro il termine perentorio del 10 giugno 2019 e, ove la parte si fosse affidata alla spedizione a mezzo servizio postale di tale documentazione, non trova applicazione il principio della dissociazione degli effetti della notifica per notificante e notificato (Corte Cost. n. 28 del 2004), sia in quanto non si tratta di notifica alla parte processualmente codificata, sia in quanto la legge fa riferimento espresso al momento del suo deposito e, dunque, alla ricezione della spedizione come documentata dalla cancelleria con timbro del pervenuto e registrazione sul SIC.

Cass. Civ., Sez. V, Ord. 6 novembre 2019, n. 28493 - www.cortedicassazione.it - Recentissime della Corte

* * *

Processo tributario — Giudizio di rinvio — Nuove prove — Inammissibilità

Nell'ambito del processo tributario, la riassunzione della causa dinanzi al giudice di merito, a seguito della cassazione con rinvio conseguente all'erronea allocazione dell'onere probatorio, instaura un processo chiuso nel quale, dovendosi tener conto delle preclusioni e decadenze già verificatesi, è preclusa alle parti ogni possibilità di produrre nuove prove e, segnatamente, nuovi documenti, dovendo il giudice delibare allo stato degli atti formatosi nella fase ascendente del processo, salvo che tale produzione non sia giustificata da fatti sopravvenuti riguardanti la controversia in decisione, da esigenze istruttorie derivanti dal mutamento del *thema decidendum* o *probandum* ad opera della stessa sentenza di annullamento della Corte di cassazione ovvero, ancora, dall'impossibilità di produrli in precedenza per causa di forza maggiore.

Cass. Civ., Sez. V, Ord. 6 novembre 2019, n. 28493 - www.cassazione.it

ATTUALITÀ

Regime forfettario — Regime impatriati — Cumulabilità — Esclusione

Con la Risposta n. 283 del 19 luglio 2019, l'Agenzia delle Entrate si è espressa su caso nel quale l'istante intendeva rientrare in Italia dopo un periodo all'estero superiore a cinque anni e riaprire partita Iva in relazione alla quale sarebbero soddisfatti i requisiti per fruire del regime forfettario.

L'istante richiedeva quindi qualora fossero cumulabili le agevolazioni previste per i lavoratori impatriati di cui all'art. 16, d.lgs. n. 147 del 2015 con quelle relative al regime forfettario. L'Amministrazione ricorda quindi che il "regime speciale per i lavoratori impatriati" ha ad oggetto la riduzione temporanea dei redditi da lavoro dipendente e da lavoro autonomo, che concorrono alla determinazione del reddito complessivo nella misura del 50 per cento. Al contrario, i redditi prodotti da attività prestata fuori dai confini dello Stato concorrono in via ordinaria alla formazione del reddito. Al contrario il regime forfettario prevede una diversa disciplina, incentrata sull'applicazione di coefficienti di redditività ai compensi ricevuti e il loro successivo assoggettamento a imposta sostitutiva. Il reddito in esame, dunque, in quanto soggetto a imposta sostitutiva, non concorre alla formazione del reddito complessivo, per espressa previsione di cui all'art. 3, comma 3, lett. a), TUIR.

Concludendo l'agenzia delle Entrate ritiene che l'applicazione del regime forfettario risulti incompatibile col regime speciale per i lavoratori impatriati, atteso che i medesimi sono disciplinati da regole applicativi diverse fra di loro.

Massima redazionale

* * *

Conferimento di partecipazioni — Regime di neutralità — Art. 177 TUIR — Nuda proprietà

L'Agenzia delle Entrate si pronuncia, con la Risposta n. 290 del 22 luglio 2019 sull'applicazione del regime di cui all'articolo 177, comma 2 del TUIR nel caso di conferimento congiunto di partecipazioni da parte di due soggetti, di cui uno titolare di partecipazioni detenute in piena proprietà e l'altro in regime di nuda proprietà. Si precisava che alla prospettata operazione di ristrutturazione non avrebbero partecipato gli usufruttuari delle partecipazioni detenute in nuda proprietà.

Gli istanti chiedevano sia se l'articolo 177, comma 2, TUIR fosse applicabile anche ai casi di conferimento di nuda proprietà senza contestuale conferimento di diritti di usufrutto — qualora fossero altresì conferite partecipazioni di controllo in piena proprietà — sia se la medesima norma fosse

applicabile al conferimento di azioni in nuda proprietà in caso di attribuzione ai nudi proprietari dei diritti amministrativi in base a convenzione da stipularsi *ex art.* 2352 c.c.

L'Amministrazione precisa, anzitutto, che sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 177, comma 2, TUIR i conferimenti di diritti parziari (usufrutto o nuda proprietà) senza il contestuale conferimento dei diritti complementari per attribuire al conferitario la piena proprietà delle partecipazioni. Parimenti, è legittimo l'accesso al regime di cui all'art. 177, comma 2, TUIR qualora al conferimento delle partecipazioni in nuda proprietà sia coniugato il contestuale apporto dei relativi diritti di voto su base convenzionale.

All'istante, dunque, viene fornita una risposta negativa, atteso che nel conferimento prospettato non rientravano i diritti di usufrutto relativi alle partecipazioni in nuda proprietà.

* * *

Immobili collabenti — Agevolazione “prima casa” — Applicabilità — Esclusione

Con la Risposta n. 357 del 30 agosto 2019 l'Amministrazione ha esaminato l'applicabilità delle agevolazioni fiscali previste all'art. 1 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR qualora a essere acquistato sia un immobile “collabente” iscritto alla categoria catastale F/2, che l'istante intendeva sottoporre a ristrutturazione successivamente alla stipula per adibirlo ad abitazione principale entro 18 mesi.

L'Agenzia richiama anzitutto la precisazione recata dalla Circolare 12/8/2005, n. 38, secondo cui l'agevolazione concerne gli immobili strutturalmente concepiti per l'uso abitativo, ed è quindi applicabile anche agli immobili in corso di costruzione all'atto dell'acquisto. Il medesimo orientamento è stato espresso in svariate sentenze dalla Corte di Cassazione, che ha poi ritenuto applicabile l'agevolazione anche all'ipotesi di acquisto di un immobile associato ad uso diverso da quello abitativo qualora poi adibito dal contribuente a propria abitazione.

Considerato che i fabbricati collabenti costituiscono fabbricati assolutamente inidonei all'utilizzo abitativo e perciò improduttivi di rendita catastale — e che sulla scorta di quanto chiarito dalla giurisprudenza di legittimità non rientrano nella nozione fiscale di fabbricato — l'Agenzia ha ritenuto che i medesimi non possano essere equiparati agli immobili in corso di costruzione, e che dunque non rientrino nell'ambito applicativo dell'agevolazione.

Massima redazionale

* * *

Contrasto all'evasione — Analisi del rischio — Criteri direttivi — Indici rilevanti

L'8 agosto 2019 l'Agenzia delle Entrate ha pubblicato la Circolare n. 19/E/2019 recante indirizzi operativi e linee guida sulla prevenzione e contrasto dell'evasione fiscale e sull'attività relativa alla consulenza, al contenzioso e alla tutela del credito erariale.

Di particolare interesse sono le considerazioni svolte circa l'attività di profilazione *ex art. 11, comma 4, d.l. n. 201 del 2011*, prescrivendosi, per i grandi contribuenti, che le attività di profilazione dovranno tenere conto delle informazioni riguardanti il gruppo di appartenenza e che contribuiranno alla determinazione del livello di rischio i comportamenti pregressi del contribuente e la sua propensione a instaurare un rapporto di collaborazione con l'Amministrazione, ad esempio tramite l'adesione al programma di *cooperative compliance* o la presentazione di interpelli per i nuovi investimenti.

Per le PMI, invece, vengono indicati esempi di indicatori di rischio, quali ad esempio la presenza di crediti Iva non apparentemente giustificabili, la presenza di costi residuali di elevato importo, piuttosto che acquisti effettuati da controparti che dichiarano codici ATECO residuali.

Massima redazionale

* * *

Decreto Fiscale — Trust esteri — Trust opachi — Tassazione

Con l'art. 13, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 il decreto fiscale collegata alla manovra ventura chiarisce la tassazione dei redditi prodotti dai trust esteri modificando l'art. 44, comma 1, lettera g-*sexies*), Tuir e introducendo l'articolo 4-*quater* all'art. 45, Tuir.

La novella è finalizzata a superare la posizione assunta dall'Amministrazione Finanziaria nella circolare 61/E/2010, secondo cui l'art. 44, comma 1, lettera g-*sexies*), Tuir — nel disporre che si considerano redditi di capitale *“i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti”* — avrebbe inteso assoggettare a tassazione il beneficiario italiano dei redditi provenienti da trust opachi non residenti, a prescindere dalla specifica residenza di questi ultimi. E ciò sulla scorta di una sorta di presunzione di imposizione ridotta che di cui i trust esteri avrebbero beneficiato nello Stato di residenza, a prescindere dalla effettiva ricorrenza di tale agevolazione, così creando una discriminazione rispetto ai beneficiari di trust opachi interni.

La modifica introdotta dal Decreto Fiscale, dunque, supera tale interpretazione, precisando che andranno considerati redditi di capitale soltanto i redditi imputati al beneficiario se, qualora provenienti da trust non residenti opachi, si riferiscano “*a trust e istituti aventi analogo contenuto stabiliti in Stati e territori che con riferimento al trattamento dei redditi prodotti del trust si considerano a fiscalità privilegiata ai sensi dell’articolo 47-bis*”.

Il nuovo comma 4-*quater* dell’art. 45, Tuir reca, invece, una disposizione antielusiva che assoggetta a tassazione le attribuzioni di redditi da trust esteri qualora queste assumano la veste — soltanto — formale di attribuzioni di patrimonio.

Massima redazionale

* * *

Decreto Fiscale — Fatturazione elettronica — Utilizzabilità — Memorizzazione

L’art. 14, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 ha introdotto i commi 5-*bis* e 5-*ter* all’art. 1, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 127 al fine di estendere i poteri di analisi del rischio e di accertamento attribuiti all’Agenzia delle Entrate e alla Guardia di Finanza per il contrasto all’evasione fiscale.

A seguito di tale intervento infatti saranno memorizzati non più i soli dati strettamente rilevanti ai fini fiscali, ma l’intero file XML. Inoltre, tali dati saranno utilizzabili, in maniera indiscriminata, tanto per gli accertamenti automatizzati, quanto per le attività di profilazione ma, deve ritenersi, per ogni tipologia di controllo analitico, nonché delle ulteriori attività istituzionali della GdF.

In questa maniera il legislatore ha di fatto aggirato i paletti posti dal Garante della privacy che, in passati interventi, aveva ritenuto in contrasto col GDPR — e in particolare con il principio di proporzionalità — siffatte modalità di memorizzazione e utilizzo indiscriminato dei dati dei contribuenti.

Massima redazionale

* * *

Decreto Fiscale — IMPI — Piattaforme marine

Con l’art. 38 del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, il Governo istituisce l’*“Imposta immobiliare sulle piattaforme marine”* ponendo fine alla lunga *querelle* sull’imponibilità delle piattaforme petrolifere, che l’hanno viste, fin

ora, assoggettate all'ICI/IMU (cfr. Cass. civ. sez. V, 27 giugno 2005, n. 1379; Cass. civ. sez. V, 24 febbraio 2016, n. 3618; Cass. civ. sez. V, 30 settembre 2016, n. 19510).

La disposizione infatti, a decorrere dall'anno 2020, prevede che la nuova imposta sostituisca ogni altra imposizione immobiliare locale ordinaria sulle piattaforme marine, le quali vengono ora definite come “*piattaform[e] con struttura emersa destinata alla coltivazione di idrocarburi e sita entro i limiti del mare territoriale*”, la cui base imponibile è determinata in misura pari al valore calcolato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, ossia in base ai valori contabili (comma 2) e il cui gettito è ripartito, secondo determinate aliquote, tra lo Stato e i Comuni (comma 3) ma solo a quest'ultimi spetta l'attività di accertamento e riscossione (comma 6).

Massima redazionale

* * *

Decreto Fiscale — Reati tributari — Responsabilità amministrativa da reato degli enti

Con l'art. 39, commi 1 e 2 del decreto-legge n. 124/2019, il Governo ha modificato alcune fattispecie delittuose previste dal decreto-legge n. 74/2000 ed è intervenuto anche sul novero dei reati di cui al decreto-legge n. 231/2001.

Nello specifico, la disposizione menzionata inasprisce le pene per la fattispecie di “*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*” (art. 2), introducendo, inoltre, al comma 2-bis, anche quella che sembrerebbe essere una circostanza attenuante.

Gli aumenti edittali riguardano, poi, le fattispecie di “*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*” (art. 3), di “*dichiarazione infedele*” (art. 4), di “*omessa dichiarazione*” (art. 5), di “*Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*” (art. 8) per la quale viene introdotta, anche in questo caso, una circostanza attenuante al comma 2-bis.

Da ultimo, viene inasprita la pena per il delitto di “*Occultamento o distruzione di documenti contabili*”.

Le fattispecie di “*omesso versamento delle ritenute dovute o certificate*” (art. 10-bis) e di “*omesso versamento di IVA*” (10-ter) vedono, invece, abbassate le soglie di punibilità.

Ma gli interventi più rilevanti riguardano l'introduzione, con l'art. 12-ter, della c.d. confisca “allargata” ex art. 240-bis c.p. — prevista storicamente per i fenomeni di criminalità organizzata e applicabile solo alle persone fisiche — estesa alla maggior parte dei reati tributari e l'introduzione, nel “catalogo dei reati 231”, della sola fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2,

D.lgs. n. 74/2000, scelta, questa, sicuramente foriera di probabili sovrapposizioni con l'apparato sanzionatorio amministrativo.

Massima redazionale

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

Giurisprudenza di fiscalità internazionale e comunitaria

Il principio di non discriminazione nella Convenzione Australia — Regno Unito in un caso di applicazione della c.d. “backpacker tax” (in nota alla sentenza della Federal Court of Australia 30 ottobre 2019, *Addy vs Commissioner of Taxation* [2019] FCA 1768) (di CATERINA PALLARO)

Con la sentenza in rassegna del 30 ottobre 2019 la *Federal Court of Australia* si è pronunciata sulla c.d. “backpacker tax” dichiarandola contraria alla Convenzione contro le doppie imposizioni esistente tra Australia e Regno Unito.

Detto prelievo — introdotto dal Parlamento Australiano nel 2016 — consiste nell’applicazione ai possessori del c.d. *Working Holiday Visa* di una ritenuta del 15% sul reddito prodotto in Australia inferiore a 18.200 dollari australiani.

La decisione ruota attorno al caso di una studentessa britannica di arte drammatica di 27 anni, Catherine Addy, trasferitasi in Australia — con il suddetto visto — dal 20 agosto 2015 al 1° maggio 2017. Prima della scadenza annuale del visto, la ragazza aveva ottenuto un secondo permesso per ulteriori dodici mesi durante i quali aveva lavorato dapprima in un maneggio per due mesi e, successivamente, a Sidney come cameriera.

L’aspetto rilevante nel caso di specie era che la ragazza aveva soggiornato continuativamente in una località (a differenza dei tipici “backpackers” che invece si spostano da un posto all’altro) e per tale motivo i Giudici della Federal Court l’hanno considerata fiscalmente residente.

Seguendo l’ordine della decisione, è stato infatti evidenziato che Catherine Addy era residente in Australia “in base al significato ordinario del termine”. Secondo la Corte, infatti, la Addy aveva trascorso la maggior parte del proprio tempo nel suo alloggio di Earlwood che aveva indicato quale indirizzo di corrispondenza, anche a fini lavorativi. Oltretutto aveva aperto due conti bancari nonché attivato una scheda telefonica australiana. La sua

abitazione permanente e il centro dei suoi interessi vitali era da ritenersi perciò in Australia, tesi avvalorata altresì dal fatto che la signora Addy aveva in ogni caso trascorso più di 183 giorni nello Stato, in particolare, ad Earlwood soddisfacendo così tale requisito.

Tale status la metteva sullo stesso piano dei cittadini australiani i quali beneficiano per i redditi inferiori alla medesima soglia di 18.200 dollari australiani di una no tax area.

Quindi la differenza di tassazione finiva per configurarsi come “una forma mascherata di discriminazione basata sulla nazionalità” cioè, si afferma in sentenza, “il tipo di discriminazione vietata dalla Convenzione contro le doppie imposizioni”.

La Corte ha rilevato che la c.d. “*backpacker tax*” si pone in contrasto con l’art. 25 della Convenzione esistente tra Australia e Regno Unito ai sensi del quale “I nazionali di uno Stato contraente non sono soggetti nell’altro Stato contraente ad alcuna tassazione od obbligo ad essa relativo diversi o più onerosi di quelli cui sono o possono essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovino nella stessa situazione, in particolare per quanto riguarda la residenza”. Ne consegue che, alla signora Addy, in quanto residente avrebbe dovuto essere applicata la medesima esenzione garantita agli australiani che percepiscono un reddito inferiore alla soglia stabilita e che quindi non poteva essere riscossa da alcun *backpackers* residente australiano l’imposta del 15% sul reddito percepito. L’articolo 25 della Convenzione, si precisa nella sentenza, contiene una “clausola di non discriminazione” volta ad evitare che i cittadini provenienti da uno Stato (in questo caso il Regno Unito) subiscano nell’altro Stato contraente un regime fiscale più gravoso di quello riservato ai cittadini di quello Stato (nel caso in esame l’Australia) che si trovano nelle medesime circostanze. Lo scopo dell’articolo in questione è infatti di “prevenire ogni forma di discriminazione” tra cui quella fondata sulla nazionalità.

L’*Australian Taxation Office*, ha dichiarato che un eventuale ricorso in appello è in corso di valutazione. Tuttavia, l’impatto della decisione sull’ufficio delle tasse australiano potrebbe essere notevole dato l’elevato numero di cittadini stranieri che si trasferiscono in Australia con il Visto “vacanza-lavoro”.

La sentenza è reperibile sul sito: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judgments>.

Bibliografia

- AVERY, J.J.F., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties*, 31 *Eur. Tax.*, 1991, 310.
 CEES, P. - SNELLAARS, M., *Non-discrimination and Tax Law: Structure and Comparison of the Various Non-discrimination Clauses*, *EC Tax Rev.*, 2001.

DELL'ANESE, L., *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario, Diritto e pratica tributaria internazionale*, vol.1, (2001), 48-74.

BENNETT, MARY C., *Non-discrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, 26 *Tax Law Rev.*, 2006, 439.

MASSIME

Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee

Rinvio pregiudiziale — Fiscalità — Imposta sul valore aggiunto (IVA) — Direttiva 2006/112/CE — Articolo 146 — Esenzioni all'esportazione — Nozione di "cessione di beni" — Articolo 131 — Condizioni stabilite dagli Stati membri — Principio di proporzionalità — Principio della neutralità fiscale — Prove — Frode — Prassi di uno Stato membro consistente nel negare il diritto all'esenzione qualora l'acquirente dei beni esportati non sia identificato

L'articolo 146, paragrafo 1, lettere a) e b), e l'articolo 131 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, nonché i principi di neutralità fiscale e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che ostano a una prassi nazionale, come quella di cui al procedimento principale, consistente nel ritenere in tutti i casi che non si configuri una cessione di beni, ai sensi di questa prima disposizione, e nel negare di conseguenza il beneficio dell'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA), qualora i beni interessati siano stati esportati fuori dell'Unione europea e, successivamente alla loro esportazione, le autorità tributarie abbiano constatato che l'acquirente dei medesimi beni era non già il soggetto menzionato nella fattura redatta dal soggetto passivo, bensì un ente diverso che non è stato identificato. In simili circostanze, il beneficio dell'esenzione dall'IVA prevista all'articolo 146, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva in parola deve essere negato se l'assenza di identificazione dell'effettivo acquirente impedisce di dimostrare che l'operazione in questione costituisce una cessione di beni, ai sensi della medesima disposizione, o se è dimostrato che il suddetto soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione in questione rientrava nell'ambito di una frode commessa a danno del sistema comune dell'IVA.

La direttiva 2006/112 deve essere interpretata nel senso che, qualora, in simili circostanze, sia negato il beneficio dell'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) prevista all'articolo 146, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2006/112, si deve giudicare che l'operazione in questione non costituisce un'operazione imponibile e che, pertanto, essa non conferisce il diritto al beneficio della detrazione dell'IVA assolta a monte.

Sentenza della Corte (Decima Sezione) del 17 ottobre 2019, Causa C-653/18, Unitel Sp. z o.o. w Warszawie contro Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, reperibile su www.curia.eu.

* * *

Rinvio pregiudiziale — Imposta sul valore aggiunto (IVA) — Direttiva 2006/112/CE — Acquisto di alimenti — Detrazione dell'imposta assolta a

monte — Diniego di detrazione — Fornitore eventualmente fittizio — Frode all'IVA — Requisiti relativi alla conoscenza da parte dell'acquirente — Regolamento (CE) n. 178/2002 — Obblighi di rintracciabilità degli alimenti e di individuazione del fornitore — Regolamenti (CE) nn. 852/2004 e (CE) 882/2004 — Obblighi di registrazione degli operatori del settore alimentare — Incidenza sul diritto alla detrazione dell'IVA

L'articolo 168, lettera a), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, come modificata dalla direttiva 2010/45/UE del Consiglio, del 13 luglio 2010, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che il diritto alla detrazione dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) assolta a monte venga negato a un soggetto passivo partecipante alla catena alimentare per il solo motivo, ammesso che sia debitamente accertato — circostanza la cui verifica spetta al giudice del rinvio —, che tale soggetto passivo non ha rispettato gli obblighi relativi all'individuazione dei suoi fornitori, ai fini della rintracciabilità degli alimenti, incombentigli in forza dell'articolo 18, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. L'inosservanza di tali obblighi può tuttavia costituire uno dei vari elementi che, congiuntamente e in maniera concordante, tendono a indicare che il soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere di partecipare a un'operazione che si iscriveva in una frode all'IVA, circostanza la cui valutazione spetta al giudice del rinvio.

L'articolo 168, lettera a), della direttiva 2006/112, come modificata dalla direttiva 2010/45, dev'essere interpretato nel senso che l'assenza di verifica, da parte di un soggetto passivo partecipante alla catena alimentare, della registrazione dei suoi fornitori presso le autorità competenti, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari, e dell'articolo 31, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali, non è pertinente al fine di stabilire se il soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere di partecipare a un'operazione che si iscriveva in una frode all'IVA.

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 3 ottobre 2019, Causa C-329/18, Valsts ieņēmumu dienests contro « Altic » SIA, reperibile su www.curia.eu.

* * *

Rinvio pregiudiziale — Imposta sul valore aggiunto (IVA) — Detrazione dell'imposta assolta a monte — Costi di gestione di un fondo di dotazione che

realizza investimenti al fine di coprire i costi dell'insieme delle operazioni effettuate a valle dal soggetto passivo — Spese generali

L'articolo 168, lettera a), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, dev'essere interpretato nel senso che un soggetto passivo che svolga sia attività soggette a imposta sul valore aggiunto sia attività esenti da tale imposta, che investa le donazioni e le dotazioni che riceve collocandole in un fondo, e che utilizzi i redditi generati da tale fondo per coprire i costi del complesso di tali attività, non è autorizzato a detrarre, a titolo di spese generali, l'imposta sul valore aggiunto assolta a monte relativa ai costi connessi a tale investimento.

Sentenza della Corte (Ottava Sezione) del 3 luglio 2019, Causa C-316/18, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs contro The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge, reperibile su www.curia.eu.

* * *

Rinvio pregiudiziale — Normativa tributaria — Imposta sulle società — Deduzione per capitale di rischio — Riduzione dell'importo deducibile da parte delle società aventi stabili organizzazioni in un altro Stato membro e che producono redditi esenti in forza di convenzioni dirette ad evitare la doppia imposizione — Articolo 49 TFUE — Libertà di stabilimento — Trattamento sfavorevole — Insussistenza

L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale, per il calcolo di una deduzione concessa a una società assoggettata integralmente ad imposta in uno Stato membro e che dispone di una stabile organizzazione in un altro Stato membro i cui redditi sono esenti nel primo Stato membro in forza di una convenzione diretta ad evitare la doppia imposizione, il valore netto degli elementi dell'attivo di tale stabile organizzazione è preso in considerazione, in un primo tempo, nel calcolo della deduzione per capitale di rischio concessa alla società residente, ma, in un secondo tempo, l'importo della deduzione è ridotto del minore dei seguenti importi, vale a dire la parte della deduzione per capitale di rischio che si riferisce alla stabile organizzazione, oppure il risultato positivo generato da tale stabile organizzazione, mentre una siffatta riduzione non è applicata nel caso di una stabile organizzazione situata nel primo Stato membro.

Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 19 settembre 2019, Causa C-544/18, The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs contro Henrika Daknevičiute, reperibile su www.curia.eu.

* * *

Rinvio pregiudiziale — Aiuti esistenti e aiuti nuovi — Nozione di aiuto nuovo — Rimborso di un'imposta sui dividendi — Regime esteso alle società stabilite al di fuori del territorio dello Stato membro interessato — Libera circolazione dei capitali — Obblighi dei giudici nazionali

Gli articoli 107 e 108 TFUE devono essere interpretati nel senso che un giudice nazionale non può valutare la conformità di un requisito di residenza, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, all'articolo 56, paragrafo 1, CE, divenuto articolo 63, paragrafo 1, TFUE, qualora il regime di rimborso dell'imposta sui dividendi in questione sia costitutivo di un regime di aiuti.

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 2 maggio 2019, Causa C-598/17, A-Fonds contro Inspecteur van de Belastingdienst, reperibile su www.curia.eu.

* * *

Rinvio pregiudiziale — Libera circolazione dei capitali — Movimenti di capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi — Clausola di standstill — Normativa nazionale di uno Stato membro riguardante società intermedie stabilite in paesi terzi — Modifica di tale normativa, seguita dalla reintroduzione della normativa precedente — Redditi di una società stabilita in un paese terzo provenienti dalla detenzione di crediti presso una società stabilita in uno Stato membro — Inclusione di siffatti redditi nella base imponibile di un soggetto passivo avente la propria residenza fiscale in uno Stato membro — Restrizione alla libera circolazione dei capitali — Giustificazione

La clausola di standstill prevista all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, dev'essere interpretata nel senso che l'articolo 63, paragrafo 1, TFUE lascia impregiudicata l'applicazione di una restrizione ai movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti implicanti investimenti diretti, che fosse in vigore, nella sostanza, alla data del 31 dicembre 1993 in virtù di una legislazione di uno Stato membro, sebbene l'ambito applicativo di tale restrizione sia stato esteso, dopo tale data, alle partecipazioni non implicanti un investimento diretto.

La clausola di standstill prevista all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, deve essere interpretata nel senso che il divieto sancito dall'articolo 63, paragrafo 1, TFUE si applica ad una restrizione ai movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti implicanti investimenti diretti, nel caso in cui la normativa tributaria nazionale che ha dato origine a tale restrizione sia stata oggetto, dopo il 31 dicembre 1993, di una modifica sostanziale a causa

dell'adozione di una legge che è entrata in vigore, ma che è stata sostituita, ancor prima di essere stata applicata in pratica, da una normativa identica, nella sostanza, a quella applicabile al 31 dicembre 1993, a meno che l'applicabilità di tale legge sia stata differita in base al diritto nazionale, in modo tale che, nonostante la sua entrata in vigore, quest'ultima non sia stata applicabile ai movimenti transfrontalieri di capitali di cui all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

L'articolo 63, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro ai sensi della quale i redditi realizzati da una società stabilita in un paese terzo, non derivanti da un'attività propria di tale società, quali quelli qualificati come « redditi intermedi da investimento di capitale », ai sensi di tale normativa, sono inclusi, proporzionalmente alla partecipazione detenuta, nella base imponibile di un soggetto passivo residente in detto Stato membro, qualora tale soggetto passivo detenga una partecipazione pari almeno all'1% in detta società e qualora i redditi stessi siano sottoposti, in detto paese terzo, ad un livello di imposizione inferiore a quello esistente nello Stato membro interessato, salvo che esista un quadro giuridico che preveda, segnatamente, obblighi convenzionali tali da consentire alle autorità tributarie nazionali dello Stato membro in parola di controllare, se del caso, la veridicità delle informazioni relative a questa stessa società, fornite allo scopo di dimostrare che la partecipazione del citato soggetto passivo in quest'ultima non deriva da un'operazione di carattere artificioso.

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2019, Causa C-135/17, X-GmbH contro Finanzamt Stuttgart - Körperschaften, reperibile su www.curia.eu.

ATTUALITÀ

“Unified Approach”: La proposta dell’OCSE per il prossimo G20.

In vista del prossimo G20, l’OCSE ha elaborato una proposta *ad hoc* in tema di tassazione del settore digitale la quale, stanti le parole del sottosegretario dell’organizzazione Angel Gurría, si prefigge il primario scopo di “assicurare che i grandi e assai redditizi gruppi multinazionali, incluse le società digitali, paghino le tasse dovunque abbiano significativi legami diretti con i consumatori e generino i loro profitti”. Sostanzialmente, tale proposta verte sulla ri-allocazione di alcuni profitti e della corrispondente parte dei diritti di imposizione nei Paesi dove le multinazionali hanno i loro mercati, al fine di assicurare che le stesse, laddove detengano un’attività significativa in luoghi ove non hanno una presenza fisica, vengano ugualmente tassate, prescindendo dalla sede legale o base nazionale di riferimento e in virtù di nuove regole atte a definire dove debbano essere pagate le imposte e in quale proporzione debbano essere pagati i profitti.

La proposta, che verte sulla realizzazione del c.d. “*unified approach*”, si rivolge alle multinazionali che interagiscono con i consumatori tramite il ricorso a piattaforme digitali e che realizzano profitti che superano una soglia predeterminata di “normalità”, la cui misura, tuttavia, non è ancora stata definita. Ad ogni modo, tale “approccio unificato” imporrebbe la tassazione di una percentuale del reddito prodotto nelle giurisdizioni da tali società proporzionata all’ampiezza del mercato nelle quali le stesse operano, ovvero in base al luogo in cui si trovano i loro consumatori.

Tramite il suddetto modello, dunque, l’OCSE ha inteso illustrare nel dettaglio un approccio a tre livelli, al fine di fornire delle linee guida alle aziende e alle autorità fiscali per la attribuzione geografica degli utili.

Il testo del documento è reperibile sul sito www.oecd.org

ALTRI TEMI DI INTERESSE PER LA PROFESSIONE

ANDAMENTO CONGIUNTURALE

1. Guerre commerciali americane in pausa: maggiori speranze di ripresa dell'economia mondiale?

Fra giugno e settembre l'attività economica mondiale ha continuato a rallentare, in base a quanto segnalato dagli indici congiunturali PMI. L'indice manifatturiero globale è scivolato sotto 50, stabilizzandosi in agosto intorno ai minimi toccati il mese precedente e poi riprendendosi solo parzialmente fra settembre e novembre. I dati sulla produzione automobilistica mostrano che la fase di contrazione era ancora intensa a luglio in Unione Europea, Cina e India, mentre si sarebbe verificato un ritorno a tassi di crescita positivi in Giappone e Stati Uniti e una stabilizzazione in Corea. Per quanto riguarda l'elettronica, altro settore globalmente in contrazione dopo il boom del 2017-18, l'andamento delle vendite mondiali di semiconduttori mostra una contrazione in accelerazione su base tendenziale fino a giugno (-17%), il peggior andamento dal 2009, e quindi in marginale rallentamento a luglio/agosto, con stabilizzazione su base trimestrale. La stabilizzazione dell'indice PMI manifatturiero viene da una modesta ripresa dell'attività nei paesi emergenti, mentre la contrazione nei paesi avanzati è proseguita a ritmi pressoché immutati. Il volume del commercio mondiale è risultato in lieve contrazione in estate, in base all'indice compilato dal CPB. L'indice degli ordini nell'indagine PMI segnala che la dinamica è rimasta debole anche negli ultimi mesi.

L'indice PMI dei servizi è stato in media più basso nel terzo trimestre che in quello precedente, pur restando su livelli coerenti con un'espansione dell'attività che consente al PIL globale di restare in crescita.

Le prospettive di breve termine restano incerte. Gli indici anticipatori OCSE segnalano un ulteriore rallentamento nell'Eurozona e negli Stati Uniti, a fronte di stabilità in Giappone, Cina e Brasile. Le aspettative delle imprese nell'indagine WES dell'Ifo Institut restano ancora negative. Nel complesso, si può attendere una minore contrazione nel manifatturiero, ma anche meno crescita nei servizi. L'andamento delle costruzioni dovrebbe restare positivo. La crescita del PIL mondiale è attesa rallentare ulteriormente rispetto al primo semestre, alla luce dell'andamento delle indagini congiunturali. Tut-

tavia, sono stati disinnescati alcuni rischi che avrebbero potuto portare a un nuovo rallentamento tra fine 2019 e inizio 2020. In primo luogo, Stati Uniti e Cina hanno ripreso il dialogo, e le difficoltà interne dell'amministrazione Trump rendono meno probabile l'imposizione di nuovi dazi (inclusi quelli minacciati sulle importazioni di auto, che avrebbero colpito duramente l'economia europea). In secondo luogo, l'uscita del Regno Unito dall'UE è stata rinviata di altri tre mesi per consentire nuove elezioni politiche. In assenza di nuovi shock al commercio mondiale, diventa più probabile una modesta riaccelerazione dell'attività economica nel 2020.

Tale riaccelerazione sarebbe alimentata sia dai consumi, che beneficiano di una dinamica di occupazione e redditi ancora positiva, sia dalle politiche economiche. Anche nell'area dell'euro, che pure sconta una maggiore dipendenza dalla domanda estera rispetto agli Stati Uniti, i consumi privati e pubblici hanno compensato la contrazione della domanda internazionale di beni manufatti, garantendo una crescita del PIL positiva anche nel terzo trimestre (+0,2% t/t). Le politiche monetarie hanno reagito al rallentamento del ciclo economico con un generalizzato allentamento, che ha coinvolto sia i tassi ufficiali sia il bilancio delle Banche centrali. Tale allentamento è stato anticipato dai mercati, e i tassi di interesse sono calati su tutte le scadenze nei paesi avanzati. La contrazione dell'eccesso di riserve nei paesi avanzati si è quasi arrestata, come si vede anche dall'andamento della base monetaria aggregata, ma il processo potrebbe presto invertirsi grazie alla ripresa degli acquisti netti APP da parte della BCE e alla stabilizzazione dei reinvestimenti da parte della Federal Reserve. Tuttavia, nei paesi avanzati l'efficacia della politica monetaria appare molto ridotta e le misure adottate quest'anno rischiano di sviluppare i propri effetti più sui prezzi degli asset finanziari e immobiliari che nell'economia reale. In presenza di prospettive di domanda sfavorevoli e di incertezza sulle politiche commerciali le imprese resteranno restie ad investire; le favorevoli condizioni di accesso al mercato dei capitali e la riduzione degli oneri finanziari, quindi, potrebbero favorire l'aumento del debito e il riacquisto di azioni proprie, piuttosto che l'aumento dimensionale o il rinnovo degli impianti. La trasmissione attraverso il deprezzamento del cambio e il ribilanciamento esterno, infine, è smorzata dal fatto che l'allentamento monetario sta avvenendo simultaneamente in gran parte dei paesi avanzati.

D'altro canto, riducendo il costo del debito a livelli mai visti, la politica monetaria sta aumentando la libertà di azione delle politiche fiscali. In effetti, queste ultime stanno diventando di sostegno al ciclo economico più di quanto non fosse stimato sei mesi fa. La Cina sta usando la leva fiscale per compensare gli effetti della guerra commerciale. Negli Stati Uniti è stato raggiunto un accordo che disinnesci il rischio di *fiscal cliff*. In Europa, Germania e Olanda stanno allentando la politica fiscale, sebbene senza sfruttare in pieno

i margini di cui dispongono. In Europa, la situazione ciclica molto debole non soltanto porterà all'attivazione degli stabilizzatori fiscali in diversi paesi, ma è sempre più evidente che indurrà anche a rinviare in parte lo sforzo di correzione richiesto dal patto di stabilità e crescita, con l'avallo silenzioso della Commissione Europea. Tuttavia, la dimensione dello stimolo sarà modesta, e compensare soltanto in parte la debolezza della domanda aggregata.

Prevediamo che nel 2020 la crescita media annua del PIL sarà invariata a livello globale, ma che rallenterà nelle principali economie avanzate e in Cina. La nostra stima per l'Eurozona è stata tagliata a 0,9%, e risulta ora inferiore alla media del consenso e anche alla previsione della BCE.

Nonostante l'accelerazione della dinamica salariale che sta emergendo sia negli Stati Uniti, sia in Europa, non ci attendiamo pressioni al rialzo sull'inflazione. La trasmissione dei rincari salariali ai prezzi non ha motivo di intensificarsi, alla luce della debolezza delle condizioni di domanda fronteggiate dalle imprese, in particolare manifatturiere.

2. Italia: economia ancora stagnante, ma i rischi di recessione sono calati

Nel 3° trimestre, il PIL italiano è cresciuto di 0,1% t/t, in linea con i tre trimestri precedenti. Era attesa una variazione nulla. La variazione annua è salita a +0,3% da +0,1% precedente. La crescita è venuta dalla domanda interna, in presenza di un apporto negativo del commercio con l'estero. Sia l'industria, sia i servizi hanno registrato una modesta espansione, mentre un contributo negativo al valore aggiunto è venuto dal settore primario. A nostro avviso, la crescita della domanda interna potrebbe essere dovuta in buona misura dalle scorte, dopo che i magazzini avevano rappresentato un freno all'attività economica nei trimestri precedenti. Non sarebbe un'indicazione positiva in chiave prospettica. Sorprende che l'industria abbia dato un contributo positivo al valore aggiunto nel trimestre, visto che i dati sulla produzione industriale hanno evidenziato una contrazione quasi altrettanto pronunciata che nel trimestre primaverile (-0,5% da -0,8%). È possibile che un cospicuo apporto positivo sia venuto dalle costruzioni. In ogni caso, la crescita acquisita per il 2019 è ora pari a 0,2% (in caso di stagnazione nel trimestre finale dell'anno). Poiché difficilmente l'ultimo trimestre dell'anno sposterà significativamente la media annua, è molto probabile che il consuntivo 2019 risulti migliore della nostra precedente stima, che era zero.

L'andamento migliore del previsto quest'anno ha effetti positivi anche sulla stima per il 2020. Per ora l'eredità statistica positiva dal 2019 è pari a un decimo. Ciò significa che i rischi sulla nostra stima di crescita del PIL per

il 2020 (0,3%) appaiono al momento neutrali o lievemente verso l'alto. Cruciali saranno gli sviluppi sui due fattori di rischio ancora pendenti sullo scenario internazionale (Brexit e sviluppi delle politiche commerciali americane).

Le politiche fiscali dell'Italia restano problematiche. Il governo, che può contare al momento su un andamento del fabbisogno del settore statale migliore delle attese e su condizioni di rifinanziamento del debito nuovamente tranquillizzanti, ha presentato una proposta di legge di bilancio che arresta la deriva del deficit verso il 3% del PIL senza aumentare le imposte indirette. Tuttavia, le misure alternative proposte faticano a trovare il consenso dei partiti di maggioranza. Inoltre, gli obiettivi di deficit non sono coerenti con una significativa riduzione del rapporto debito/PIL, e le proiezioni oltre il 2020 continuano a dipendere da aumenti di imposte indirette. Le proiezioni della Commissione mostrano un deficit solo lievemente superiore alla stima del Governo l'anno prossimo (2,3%); tuttavia, il saldo strutturale è visto peggiorare di tre decimi (contro un decimo atteso dal Governo). Inoltre, le proiezioni della Commissione per il 2021, che non includono l'aumento delle imposte indirette contenuto nelle clausole di salvaguardia, vedono un ulteriore peggioramento di quattro decimi del deficit sia nominale che strutturale (a 2,7% e 2,9% rispettivamente). Ancora maggiore è lo scostamento rispetto alle stime del Governo per il debito, che è atteso salire a 136,2% quest'anno, a 136,8% l'anno prossimo e a 137,4% nel 2021 (il Governo vede una discesa già nel 2020, con un obiettivo di 133,4% nel 2021).

TABELLA 1 - *La crescita economica per area geografica*

	2018	2019p	2020p	2021p	2022p
Stati Uniti	2.9	2.3	1.8	1.7	1.8
Giappone	0.8	0.8	0.2	0.9	0.7
Area Euro	1.9	1.1	0.9	1.4	1.3
Europa Orientale	3.4	2.6	2.6	2.4	2.3
America Latina	0.6	0.3	1.9	2.6	2.9
OPEC	0.4	-1.3	1.5	2.6	3.0
Cina	6.6	6.2	5.9	5.7	5.8
India	7.4	5.8	6.8	6.9	6.6
Africa	3.8	3.7	4.1	4.4	4.6
Crescita mondiale	3.6	2.6	2.7	2.8	2.9

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

TABELLA 2 - *Previsioni macroeconomiche sull'Italia*

	2018	2019p	2020p	2018		2019				2020	
				T3	T4	T1	T2	T3	T4	T1	T2
PIL (prezzi costanti, a/a)	0.7	0.2	0.3	0.4	0.0	0.0	0.1	0.3	0.2	0.1	0.2
- t/t				-0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	-0.1	0.0	0.1
Consumi privati	0.8	0.5	0.5	0.1	0.4	-0.1	0.1	0.3	0.1	0.1	0.1
Investimenti fissi	3.0	3.0	1.1	-1.0	-0.1	2.7	0.4	0.0	0.7	0.1	0.2
Consumi pubblici	0.4	0.4	0.0	-0.1	0.0	0.4	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0
Esportazioni	1.3	2.2	0.2	1.4	1.0	0.2	1.2	-0.5	-0.5	-0.3	0.6
Importazioni	2.4	0.8	2.1	1.1	1.6	-2.1	0.9	0.2	0.6	0.5	0.5
Var. scorte (contrib., % PIL)	-0.1	-1.2	0.3	-0.1	0.0	-1.1	-0.2	0.1	0.1	0.2	0.0
Partite correnti (% PIL)	2.6	2.8	2.7								
Deficit pubblico (% PIL)	-2.2	-2.0	-2.3								
Debito pubblico (% PIL)	134.8	136.4	137.4								
Prezzi al consumo (a/a)	1.1	0.6	0.8	1.5	1.4	1.0	0.8	0.4	0.3	0.5	0.6
Produzione industriale	0.6	-0.9	0.2	-0.1	-1.2	0.9	-0.7	-0.5	0.0	0.2	0.4
Disoccupazione (%)	10.6	10.0	10.0	10.3	10.5	10.3	9.9	9.8	9.9	10.0	10.1
BTP 10 anni	2.59	1.86	1.15	2.83	3.29	2.71	2.42	1.32	1.01	1.04	1.02

TABELLA 3 - *Proiezioni sui tassi IRS*

	15/11	set-19	dic-19	mar-20
Refi	0.00	0.00	0.00	0.00
Depo	-0.50	-0.50	-0.50	-0.60
Euribor 3 mesi	-0.40	-0.41	-0.46	-0.54
2 anni	-0.34	-0.36	-0.33	-0.33
5 anni	-0.23	-0.24	-0.18	-0.17
10 anni	0.08	0.06	0.12	0.16
Spread: 10-2 anni	42	42	45	49

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

TABELLA 4 - *Proiezioni sui cambi*

	15/11	3m	6m	12m
EUR/USD	1.1062	1.12	1.15	1.17
USD/JPY	109.04	108	110	112
GBP/USD	1.2963	1.30	1.33	1.35
EUR/CHF	1.0956	1.10	1.12	1.13
EUR/SEK	10.6563	10.60	10.40	10.20
EUR/NOK	10.0588	9.90	9.70	9.50
EUR/DKK	7.4723	7.46	7.46	7.46
USD/CAD	1.3217	1.32	1.30	1.28
AUD/USD	0.6811	0.68	0.70	0.72
NZD/USD	0.6401	0.64	0.66	0.68
EUR/JPY	120.64	121	126	131
EUR/GBP	0.8534	0.86	0.86	0.86

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

CONTABILITÀ E BILANCI

DEZZANI F., BUSO D., BIANCONE P.P., *IAS/IFRS*, IPSOA Manuali, V edizione 2019, CEDAM, 2019, pagg. n. 3000, 144,50 euro.

Il volume, unico per completezza di analisi e approfondimento, analizza i principi contabili internazionali IAS/IFRS e rappresenta ormai un punto di riferimento per professionisti, manager d'impresa e revisori legali.

I singoli IAS/IFRS sono presentati secondo l'ordine cronologico dei paragrafi che compongono il principio medesimo, adottando il "metodo dei casi" per far comprendere la loro applicazione alle situazioni italiane: centinaia di esempi e tavole di sintesi guidano infatti il lettore nella comprensione del testo.

La trattazione degli IFRS 9 - Strumenti finanziari, dell'IFRS 15 - Ricavi da contratti con i clienti e dell'IFRS 16 - Leasing è stata notevolmente ampliata con l'inserimento di numerosissimi esempi. In tutti i capitoli sono state inoltre riportate le principali questioni sottoposte negli anni all'IFRS *Interpretations Committee*.

QUAGLI A., *Il sistema dello IASB nel sistema contabile italiano. Edizione riveduta e corretta*, Giappichelli Editore, 2019, pagg. 440, 33,00 euro.

Questo lavoro nasce da una costola del libro « Bilancio e principi contabili » da cui sono stati estratti i riferimenti ai principi contabili internazionali, raccolti, integrati e aggiornati per formare questo volume. La ragione di questa scelta risiede nella crescente articolazione degli IAS/IFRS e nella pubblicazione dei recenti IFRS 9, IFRS 15 e IFRS 16. Il volume ha quindi lo scopo di favorire la conoscenza complessiva delle regole IASB. Nello specifico il testo non tratta lo IAS 15, lo IAS 26, lo IAS 29, lo IAS 33, lo IAS 34, lo IAS 41, l'IFRS 4, l'IFRS 6, l'IFRS 14, l'Ifric 2, l'Ifric 5, l'Ifric 6, l'Ifric 7, l'Ifric 10, l'Ifric 14, l'Ifric 16 e l'Ifric 20; tutti gli altri standard (IAS, IFRS e IFRIC) sono affrontati nell'arco delle otto parti in cui è suddiviso il volume che rappresentano blocchi di argomenti omogenei e riconducibili a classi di valori di bilancio (es. immobilizzazioni tecniche, partecipazioni strategiche, ecc.). Ogni capitolo riassume i tratti essenziali dello standard, fornendo esemplificazioni e scrit-

ture contabili per le disposizioni più complesse, e le principali differenze rispetto alla normativa italiana. I riferimenti normativi sono aggiornati a luglio 2019, considerando gli standard approvati dall'Unione Europea.

CORPORATE GOVERNANCE

RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e Corporate Governance*, Giappichelli Editore, 2019, pagg. n. 200, 25,00 euro.

La monografia intende offrire un'analisi ricostruttiva e critica del sistema dei controlli interni nelle banche, così come venuto a svilupparsi a fronte del rapporto intercorrente con l'operato di vigilanza esterna della Banca d'Italia e a seguito della più recente regolamentazione settoriale (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, s.m.i.).

Il volume, dopo un approfondito inquadramento storico della materia, si concentra, in particolare, sulla estrinsecazione della funzione di controllo e sulle peculiarità in tema progressivamente introdotte nella disciplina "speciale" disegnata dall'autorità di vigilanza.

Disciplina che, esaminata altresì in chiave comparata con le soluzioni in argomento predisposte dalle previsioni codicistiche di riferimento, parrebbe condurre — a detta dell'autore e non senza alcuni rischi di "sistema" — ad una possibile rivalutazione, in chiave distintiva, delle architetture di corporate governance bancaria.

RIGOLINI A., ZARONE V. (a cura di), *Il sistema di Corporate Governance. Prospettive di ricerca in diversi contesti di analisi*, Giappichelli Editore, 2019, pagg. n. 296, 35,00 euro.

La *corporate governance* rappresenta un ambito di studio ampiamente investigato nella recente letteratura accademica e manageriale. Numerose sono le prospettive di analisi che si possono utilizzare nell'investigare il fenomeno in oggetto, che può assumere significati e valenze differenti in base alle lenti che l'osservatore decide di utilizzare per comprenderne il significato.

In questo volume ci si riferisce alla *corporate governance* in termini di "sistema" in quanto essa diviene il risultato di come gli elementi che la costituiscono si compongono a sistema, e tali elementi riguardano, tra gli altri, gli assetti proprietari, i ruoli, le funzioni e le competenze degli organi di governo, quali il consiglio di amministrazione, il collegio sindacale e gli altri organi di controllo, le dinamiche di potere che si vengono ad instaurare all'interno dell'azienda tra i principali attori a cui è demandata l'azione di governo e come tali dinamiche possono influenzare i processi decisionali ed i meccanismi che regolano ed influenzano i comportamenti del top management team. Il presente contributo si propone di evidenziare tipicità proprie di

differenti contesti di riferimento, all'interno dei quali la corporate governance può assumere sfumature diverse.

DIRITTO DELL'ANTITRUST

GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2019, pagg. n. 400, 32,00 euro.

Il manuale "Diritto antitrust", di Federico Ghezzi e Gustavo Olivieri, giunge alla seconda edizione, completamente rinnovata e aggiornata.

Il testo, dopo una parte dedicata agli obiettivi e agli strumenti del diritto antitrust, anche in prospettiva storico/ economica, espone i lineamenti e l'evoluzione della disciplina a tutela della concorrenza, nonché la sua applicazione concreta in materia di intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni tra imprese.

Ampio spazio è dedicato all'enforcement pubblico e privato, nonché ai limiti di applicazione del diritto antitrust ed ai suoi rapporti con altre discipline di settore. La pubblicazione, tra i materiali on-line, della copiosa legislazione europea e italiana di riferimento, ha consentito di soffermarsi sui principi, sulla ratio delle norme e sulla loro interpretazione dottrinale e giurisprudenziale mantenendo uno stile conciso e lineare.

DIRITTO DEL LAVORO

CASTRONUOVO D., CURI F. (a cura di), *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, Giappichelli Editore, 2019, pagg. n. 448, 38,00 euro.

Il volume è dedicato all'approfondimento sistematico delle principali peculiarità del diritto penale della sicurezza sul lavoro. Tali peculiarità si manifestano, ad esempio, sul piano delle fonti, interne ed europee; dei soggetti attori della sicurezza e delle loro reciproche interazioni; delle tecniche di tutela adottate per la protezione dei beni fondamentali — collettivi e individuali — coinvolti.

Il sotto-sistema "sicurezza sul lavoro" ha plasmato così un "volto nuovo" del diritto penale, che, nell'arcipelago del diritto penale economico, si mostra come un modello regolativo dotato di notevole forza espansiva, tanto da aver ispirato, in alcune propaggini, anche altri sotto-sistemi normativi come, ad esempio, la disciplina della responsabilità da reato degli enti o il diritto penale dell'ambiente.

Il volume mira ad inserirsi nel vivace dibattito sulle principali questioni interpretative e applicative che agitano questo fondamentale settore normativo, attraverso un approccio non solo descrittivo, ma critico e problematico.

Pertanto può essere un riferimento per lo studio universitario e un punto di partenza per l'approfondimento *post lauream*, essendo altresì destinato agli operatori sia giuridici che economici.

ROTELLA A. (a cura di), *Sicurezza sul lavoro: 2019*, CEDAM, pagg. n. 1408, 72,50 euro.

Il manuale normo-tecnico Sicurezza sul lavoro 2019 è un utile strumento per gestire il rischio in aziende e cantieri al fine di garantire, attraverso il miglioramento continuo, l'obiettivo della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Il Manuale ha un approccio tecnico poiché tali sono le competenze dei suoi autori, pur se i contenuti sono trattati con linguaggio semplice e comprensibile anche per coloro che approcciano per la prima volta la materia. La trattazione tecnica è completata dall'analisi degli articoli della norma.

I capitoli sono arricchiti da note ed esempi, utili ad evidenziare particolari aspetti ovvero fornire applicazioni pratiche di quanto rappresentato in teoria.

Nella pagina web di accompagnamento all'Opera sono disponibili per la consultazione e il download la modulistica di supporto, una selezione di articoli di approfondimento e di recenti sentenze della Corte di Cassazione.

DIRITTO TRIBUTARIO

DRAGONETTI A., SFONDRINI A., PIACENTINI V., *Manuale di fiscalità internazionale*, VIII edizione, IPSOA Manuali, 2019, pagg. n. 2200, 123,25 euro.

Il Manuale di fiscalità internazionale analizza i principi generali della fiscalità internazionale e tratta in particolare del tema della doppia imposizione, della pianificazione fiscale internazionale, delle misure anti-elusive e delle misure speciali con riferimento a tematiche impositive.

Particolare attenzione viene data ai temi della residenza e agli inquadramenti generali in materia di tassazione dei redditi prodotti in Italia e all'estero da soggetti residenti e non residenti. Sono inoltre oggetto di specifica trattazione:

- i dividendi;
- gli interessi e le rendite finanziarie;
- le royalties;
- i redditi da lavoro dipendente e la disciplina dei redditi immobiliari;
- la stabile organizzazione;
- le norme sul consolidato mondiale;
- la disciplina dei trust e delle partnership;
- il transfer pricing;

— i temi speciali relativi alle norme antielusive e all'accertamento

Vengono infine trattate le tematiche internazionali riguardanti l'IVA, con un'ampia parte dedicata alla cooperazione fra gli Stati.

MELILLO C., *Compliance fiscale. Strumenti e soluzioni per la prevenzione dei rischi fiscali*, IPSOA Guide operative, Wolters Kluwer, 2019, pagg. n. 570, 34,00 euro.

Il volume è una guida su come prevenire i rischi fiscali in azienda che si pone come obiettivo quello di fornire un supporto agli imprenditori e ai professionisti per limitare il contenzioso a casi estremi, individuare, controllare e ridurre gli errori, pianificare le operazioni che assumono rilevanza fiscale, adottare sistemi idonei di *tax risk management*, assistere partecipare alle ispezioni fiscali in azienda, dialogare con gli organi preposti al controllo e all'accertamento, usufruire degli strumenti di cooperazione con il Fisco, accedere ai canali digitali dell'Amministrazione finanziaria e formare figure idonee a garantire la compliance fiscale.

Il volume fornisce gli strumenti per implementare un modello di *tax risk management* volto ad assicurare un adeguato livello di *compliance* fiscale attraverso l'integrazione delle procedure di gestione del rischio fiscale nell'ambito della struttura e dei processi aziendali. A questo scopo presenta anche un caso reale di costruzione e implementazione di un modello di *tax control framework* per la *compliance* fiscale integrato con il Modello organizzativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

Il libro contiene modelli, checklist, casi ed esempi, tratti dalla pluriennale esperienza operativa dell'Autore e utilizzabili, con gli opportuni adattamenti, da coloro che hanno il compito di gestire la variabile fiscale.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2020

Unione europea	€ 145,00
Paesi extra unione europea	€ 217,00
Prezzo di un singolo numero	€ 37,00
(Extra U.E. € 55,00)	

Sconto 10% per gli iscritti agli Ordini professionali, Associazioni professionali, Università.
Le annate arretrate a fascicoli, dal 2015 fino al 2019, sono disponibili fino ad esaurimento scorte.

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1975

U.E. € 118,00*

*IVA ESCLUSA

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione. La sottoscrizione dell'abbonamento garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text;
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo);
- per data.

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
Banca borsa titoli di credito	€ 170,00	€ 255,00
Diritto del commercio internazionale	€ 170,00	€ 255,00
Giurisprudenza commerciale	€ 255,00	€ 336,00
Rivista dei dottori commercialisti	€ 145,00	€ 217,00
Rivista delle società	€ 155,00	€ 232,00

Gli sconti non sono cumulabili

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- **a ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it"
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.** a ciò autorizzati (cfr. <https://shop.giuffre.it/shop>).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

Per ogni controversia, sarà competente esclusivamente il Foro di Milano.

Corrispondenza, manoscritti, pubblicazioni, periodici debbono essere indirizzati alla Direzione della Rivista.

INDICAZIONI PER LA PREDISPOSIZIONE E L'INVIO DEI CONTRIBUTI

I contributi destinati alla sezione "**dottrina**" devono essere presentati in formato word; la lunghezza massima è di 25 cartelle; ogni cartella deve essere redatta in carattere Times New Roman 12, interlinea singola, 3 cm di margine per lato; il titolo non deve superare le due righe; il nome dell'autore deve essere riportato senza titoli professionali o accademici; i paragrafi devono essere indicati con titoli specifici, numerati ed evidenziati in grassetto.

Deve essere predisposta una sintesi dell'articolo in lingua inglese (*abstract*), di estensione non superiore a 20 righe, contenuta in un box riquadrato dopo il titolo.

I riferimenti bibliografici devono essere lasciati all'interno del testo nella forma nome dell'autore/anno della pubblicazione (esempio: Rossi 2008); la bibliografia, in ordine alfabetico per autore, deve essere inserita dopo il testo e deve uniformarsi ai criteri seguenti:

a) per i volumi: cognome e iniziale/i del nome dell'autore (o nome dell'ente), titolo in corsivo, editore ed anno di pubblicazione. Ad esempio: Rossi M., *Il bilancio d'esercizio*, Giuffrè 2008.

b) per gli articoli tratti da riviste: cognome e iniziale/i del nome dell'autore (o nome dell'ente), titolo in corsivo, nome della rivista, numero del volume della rivista ed anno di pubblicazione, numero della pagina iniziale. Esempio: Rossi M., *Le valutazioni di bilancio*, Rivista dei dottori commercialisti 1/2008, pag. 80 e ss.

Le note, pertanto solo di commento e di riferimento bibliografico, devono essere contenute il più possibile.

Ai fini della procedura di referaggio, il nome dell'autore sarà riportato sotto al titolo dell'articolo (senza titoli professionali o accademici) solo nella versione finale; l'autore deve inviare la bozza in forma anonima, espungendo il nome dall'intestazione (lasciando al suo posto dei puntini) e avendo cura che in nessuna altra parte del lavoro siano contenute citazioni o riferimenti che possano far risalire all'identità dell'autore medesimo.

I contributi destinati alla sezione "**attualità e pratica professionale**" devono rispettare i medesimi standard previsti per i contributi della sezione "dottrina"; non devono superare le 12 cartelle, non è richiesto per essi l'*abstract* in inglese e non devono essere proposti in forma anonima.

Gli articoli devono essere spediti via e-mail all'indirizzo redazione-rcd@odcec.mi.it.

L'autore deve indicare indirizzo e recapito telefonico ed allegare una breve nota informativa bio-bibliografica.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni in qualunque forma.

Autorizzazione del Tribunale di Milano al n. 1534 del 29 agosto 1949
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)



Rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%
Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

