

Pubblicazione 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 LXVIII

N. 3 - Luglio-Settembre 2017



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 EDITORE

COMITATO DIRETTIVO

GIUSEPPE BERNONI - MARCELLA CARADONNA - SERGIO CAMELLA
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 CONCORSUALE: 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 - ALESSANDRO SAVORANA

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 Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE 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 Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE 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 DI VALUTAZIONE AZIENDALE

- « *La valutazione delle aziende sequestrate e confiscate. Proposte operative e prime evidenze empiriche* » (di FABIO LA ROSA) 375

CORPORATE GOVERNANCE

- « *Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno* » (di STEFANO FORTUNATO) 397

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMMERCIALE

- « *Concordato preventivo: profili di elusività rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti* ». Nota alla sentenza del Tribunale di Catania, 14 luglio 2016, n. 123 (di ROBERTA BENEDINI) 415

- Massime in tema di: Delibera assembleare di società per azioni che muta il quorum per le assemblee straordinarie e mancato diritto del socio al recesso – Liquidatore nominato dall'assemblea di una società a responsabilità limitata senza determinazione dei poteri – Amministratori di società a responsabilità limitata e mala gestio – Annullabilità della delibera di una società a responsabilità limitata priva dei nominativi dei soci presenti e del voto da ciascuno di essi espresso – Legittimazione attiva per la richiesta di proroga dell'amministratore giudiziario, nominato ex art 2409 c.c.* 426

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA CONCURSUALE

- « *Esdebitazione ed IVA: ammissibile la falcidia del tributo* ». Nota alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione VII, del 16 marzo 2017, C-493/15 (di MICHELE VANOLLI) 437

- Massime in tema di: Fallimento: Azione revocatoria ex art. 67, comma 2 l. fall. – Natura di debito di valuta – Rivalutazione – Decorrenza interessi –*

<i>Revoca rimesse in conto corrente – Computo – Conto scoperto e affidamento – Consistenza e durevolezza – Criteri – Procedimento di accertamento del passivo – Credito del professionista – Obbligazione di risultato – Esclusione – Pretesa creditoria avanzata nelle forme ordinarie – Inammissibilità della domanda – Necessità riassunzione ex art. 50 c.p.c. – Esclusione – Reclamo ex art. 18 L.F. – Mancata notifica nel termine – Sanatoria – Insinuazione Tardiva – Ricorso in opposizione allo stato passivo – Decorrenza del termine – Incompatibilità ex art. 51 n. 4 c.p.c. – Obbligo di astensione – Facoltà di riconsiliazione – Nullità della sentenza</i>	449
---	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO PENALE D'IMPRESA

<i>« Superato il divario tra teoria e prassi a proposito del rapporto tra bancarotta e dichiarazione di fallimento? ». Nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione V Penale, dell'8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017), n. 13910 (di GIANMARIA CHIARAVIGLIO)</i>	456
--	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA TRIBUTARIA

<i>« Profili fiscali delle operazioni di acquisto e vendita di bitcoin » (di GIOVANNA COSTA)</i>	467
--	-----

<i>Massime in tema di: Imposta registro – Liquidazione dell'imposta – Imposta "principale" – Richiesta mediante avviso di liquidazione – Legittimità – Previa notifica di avviso di accertamento – Necessità – Esclusione – Adeguata motivazione dell'avviso di liquidazione – Imposta Valore Aggiunto (IVA) – Accertamento induttivo – Procedimento tributario – Notificazioni – Costituzione in giudizio del ricorrente – Onere del deposito, unitamente alla copia del ricorso, di copia della ricevuta di spedizione della raccomandata – Ambito di applicazione – Fondamento – Imposta valore aggiunto (IVA) – Accertamento – Depositi fiscali ai fini IVA – Immissione in libera pratica di beni non comunitari – Esenzione dall'IVA all'importazione – Condizioni – Effettivo immagazzinamento – Necessità – Violazione – Obbligo d'immediato versamento dell'imposta – Operatività del meccanismo del "reverse charge" – Sussistenza – Sanzioni ed interessi – Accertamento di fatto – Imposte in genere – Condono fiscale – Imposta fabbricazione – Generi vari (Filati, gas, energia elettrica, olii, sacchetti di plastica, spiriti, zuccheri e simili) – Gas ed energia elettrica – Rimborso sull'accisa indebitamente pagata – Domanda – Termine di decadenza biennale di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 504 del 1995 – Applicazione anche ai casi di imposta debitamente pagata e di sopravvenuta non debenza della medesima – Decorrenza – Dalla data del pagamento – Termine non derogabile</i>	481
--	-----

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

« Sulla potestà impositiva sui redditi di fondi pensionistici come disciplinato dalla Convenzione contro le doppie imposizioni tra la Confederazione Svizzera e lo Stato d'Israele ». Nota alla sentenza della Cour de Justice de la République et Canton de Genève - Case 2C_606/2016 e 2C_607/2016, 25 gennaio 2017 (di ROBERTO FIOCCHI) 485

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

Imposte sui redditi: Regime fiscale comune applicabile alle società capogruppo e controllate di Stati membri diversi – Direttiva 2011/96/UE – Prevenzione della doppia imposizione – Contributo aggiuntivo del 3% all'imposta sulle società – Direttiva 78/660/CEE – Conti annuali di taluni tipi di società – Principio del quadro fedele – Principio della prudenza – Società emittente di un'opzione su azioni che contabilizza il prezzo della cessione di tale opzione nel corso dell'esercizio contabile durante il quale l'opzione è esercitata o alla scadenza della sua validità

IVA: Principi di equivalenza e di effettività – Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto – Direttiva 2006/112/CE – Diritto a detrazione dell'imposta versata a monte – Sistema dell'inversione contabile – Articolo 199, paragrafo 1, lettera g) – Applicazione soltanto in caso di beni immobili – Versamento indebito dell'imposta, da parte dell'acquirente di beni al venditore, sulla base di una fattura redatta in modo errato – Decisione dell'autorità tributaria che accerta l'esistenza di un debito d'imposta a carico dell'acquirente di beni, nega il versamento dell'importo detratto da questi richiesto e gli irroga una sanzione tributaria – Rimborso dell'IVA indebitamente versata – Principi della parità di trattamento e della neutralità fiscale – Principio di effettività – Normativa nazionale che introduce un termine di prescrizione – Esenzioni all'esportazione – Prestazioni di servizi direttamente connesse alle esportazioni o alle importazioni di beni

Libertà fondamentali e Direttiva madre-figlia: Libertà di stabilimento – Direttiva sulle società madri e figlie – Normativa tributaria – Imposta sugli utili societari – Distribuzione di dividendi – Ritenuta alla fonte – Doppia imposizione – Fairness Tax 487

Normativa e documenti di fiscalità internazionale e comunitaria in tema di:

Nuove norme di trasparenza per gli intermediari della pianificazione fiscale; discussion draft dell'Ocse in merito all'Action 10 e all'Action 7 dei BEPS; Convenzione Multilaterale per implementare la Convenzione contro le doppie imposizioni al fine di prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti (BEPS); peer review in merito all'Action 6 dei BEPS; l'Ocse invita a pubblicare le proprie opinioni sul discussion draft in merito all'implementazione dell'approccio sui c.d. "hard-to-value intangibles" (HTVI) 491

Altri temi di interesse per la professione

ANDAMENTO CONGIUNTURALE

Il 2017 si conferma meglio del previsto, soprattutto nell'Eurozona, dove anche i rischi politici non si sono finora concretizzati. La fase di espansione dell'economia mondiale è più diffusa, sebbene la sua velocità resti moderata. Sorprende in positivo anche l'economia italiana 495

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

<i>Contabilità e bilanci</i>	501
<i>Diritto societario</i>	502
<i>Diritto tributario</i>	503
<i>Tecnica professionale</i>	504

PRINCIPI DI VALUTAZIONE AZIENDALE

ARTICOLI

LA VALUTAZIONE DELLE AZIENDE SEQUESTRATE E CONFISCATE. PROPOSTE OPERATIVE E PRIME EVIDENZE EMPIRICHE

di FABIO LA ROSA

1. Premessa.

L'insieme delle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata ha raggiunto oggi dimensioni considerevoli, sebbene continuino a mancare banche dati affidabili che permettano di misurarne attendibilmente il numero, la destinazione e, soprattutto, il valore. La normativa in vigore in materia di sequestro e confisca di aziende alla criminalità organizzata (D. Lgs. 159/2011, più noto come Codice Antimafia) prevede sostanzialmente due fasi; ad una prima fase (il sequestro) in cui la gestione dell'azienda è affidata ad un amministratore giudiziario, ne segue una seconda (la confisca) in cui il complesso aziendale è devoluto al patrimonio dello Stato e gestito dall'Agenzia Nazionale per i Beni Sequestrati e Confiscati (ANBSC), che ne decreta altresì la destinazione finale: la liquidazione, l'affitto o la vendita.

Pertanto, con riguardo a queste ultime due ipotesi destinate, la volontà legislativa di ricollocare le imprese confiscate nel circuito legale non è sufficiente, giacché occorre riuscire a trovare anche un potenziale acquirente e determinare il valore economico dell'azienda (Champeyrache, 2001).

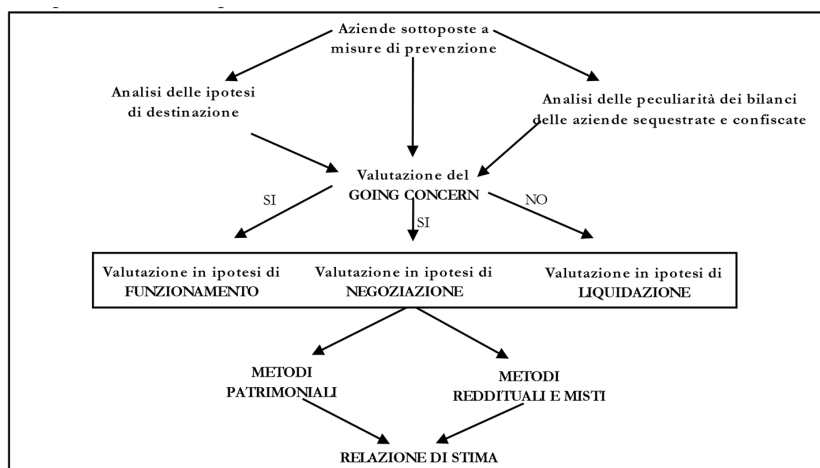
Al riguardo, la stima del complesso aziendale oggetto di sequestro o di confisca non può prescindere dalle particolari condizioni aziendali (proprietà, management, dimensione, età) e di contesto (geografiche, settoriali, culturali, ecc.) che lo caratterizzano e la cui considerazione pone numerose problematiche all'esperto valutatore che deve assegnarvi un valore. A titolo esemplificativo, occorre rilevare che i tempi drammaticamente lunghi intercorrenti tra il provvedimento di sequestro e la confisca definitiva — in media 8 anni secondo alcune indagini empiriche (Transcrime, 2013; La Rosa e Paternostro,

2015) — determinano una prima dispersione di valore del complesso aziendale. Durante questo periodo, inoltre, le aziende confiscate sono gestite da amministratori giudiziari i quali, nonostante le indicazioni legislative orientate più verso l'adozione di un approccio accrescitivo del valore aziendale e non meramente conservativo, non riescono spesso a garantire neppure la continuità sul mercato delle stesse aziende. Il risultato di una siffatta gestione ad opera degli amministratori giudiziari, congiuntamente a talune inadeguatezze a livello amministrativo nell'operato dell'ANBSC che dilata oltremisura i tempi nell'assegnazione di una destinazione all'azienda confiscata, determinano un'ulteriore difficoltà a recuperare il valore e a mantenere l'avviamento aziendale.

Su tale premessa, il presente articolo riprende l'impostazione concettuale di un volume, la cui redazione è attualmente in fase di completamento, che prosegue la serie di studi monografici sulla valutazione d'azienda, attivati da SIDREA (Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale) ⁽¹⁾.

La figura 1 che segue propone una mappa concettuale dei contenuti trattati nel predetto volume, alcuni dei quali saranno sintetizzati nel presente lavoro.

FIGURA 1 - *Mappa concettuale dei profili d'indagine nella valutazione delle aziende sottoposte a misure di prevenzione*



Il presente contributo, nell'anticipare alcuni contenuti del suddetto vo-

⁽¹⁾ Il riferimento è a F. LA ROSA (a cura di), *La valutazione delle aziende sottoposte a misure di prevenzione*. Il volume, di prossima pubblicazione, sarà inserito nella collana SIDREA "Studi di Valutazione d'Azienda", coordinata da G. Liberatore, edizioni Giuffrè, Milano. Il presente contributo estende altresì una prima versione dell'articolo contenuto in La Rosa e Paternostro, 2016.

lume, è motivato non soltanto dall'assoluta assenza di precedenti lavori sul tema della valutazione delle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata, ma soprattutto dall'evidenza di un problema di circolarità viziosa che rischia di rendere vano l'operato dell'ANBSC. Le difficoltà dell'Agenzia ad assegnare una destinazione differente dalla liquidazione — pari al 90% delle destinazioni impresse (La Rosa e Paternostro, 2015) — sono spesso imputabili, infatti, all'assenza di richieste di acquisto/affitto da parte di potenziali soggetti interessati, i quali a loro volta non si proporranno in mancanza di perizie valutative che possano fornire una base informativa minima per apprezzare il valore del complesso aziendale oggetto di scambio. Del resto, questo circolo vizioso non può spezzarsi con la mera presenza di una perizia di stima, atteso che la stessa, oltre a dovere intervenire tempestivamente, dovrebbe avere un contenuto informativo idoneo allo scopo.

L'obiettivo del presente lavoro è, quindi, duplice. In primo luogo, esso si prefigge di evidenziare le principali criticità che gravano sulle condizioni, *aziendali* e di *contesto*, delle imprese sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata, evidenziando le differenze tra la valutazione di un'azienda confiscata e la valutazione di un'azienda in condizioni di normale funzionamento. In tal senso, è rilevante porsi la seguente domanda: l'azienda confiscata ha valore in quanto complesso funzionante che consente al potenziale acquirente di sfruttare quella sorta di "forza di inerzia" che scaturisce dalla particolare combinazione di mezzi e persone (combinazione in atto di beni di attivazione e beni strumentali), o piuttosto è soltanto un complesso di beni che necessita di una nuova idea e forza imprenditoriale per essere realmente messa in funzione?

In secondo luogo, il lavoro mira a ricercare un primo riscontro tra quanto sopra esposto e l'evidenza empirica, analizzando il contenuto informativo delle perizie di stima disponibili pubblicamente sul sito dell'ANBSC e relative ad aziende confiscate alla criminalità organizzata.

Per raggiungere i predetti obiettivi conoscitivi, il lavoro è strutturato in due parti. La prima, costituita dai paragrafi 2 e 3, mira da un lato a esplicitare le specificità delle aziende confiscate che rendono peculiare la loro valutazione e, dall'altro lato, a proporre alcune soluzioni operative in grado di rendere efficace la relazione di stima. La seconda parte, costituita dal paragrafo 4, ha natura empirica e ha come obiettivo quello di analizzare, alla luce degli elementi emersi dalla precedente riflessione, un campione di relazioni di stima attualmente disponibili. Nel paragrafo 5, infine, vengono tratte alcune conclusioni e prospettate future linee di ricerca.

2. Le caratteristiche distintive della valutazione delle aziende sequestrate e confiscate.

Come noto, l'acquisizione e cessione di aziende è un ambito in cui la

misurazione del valore del capitale economico è un riferimento imprescindibile (Guatri e Bini, 2009). Per l'Organismo Italiano di Valutazione (Fondazione OIV, 2015), il giudizio sul valore fornito dall'esperto deve essere razionale, verificabile, coerente, affidabile e il processo di valutazione deve essere svolto in maniera professionale e competente. Risulta altresì di tutto rilievo considerare le specifiche caratteristiche dell'azienda da valutare. Tale impostazione risulta, per le ragioni di seguito esposte, ancora più cruciale quando la valutazione si riferisce ad un'azienda confiscata alla criminalità organizzata, laddove la valutazione debba fungere quale elemento di riferimento per i potenziali acquirenti dell'azienda stessa.

L'universo delle aziende confiscate si caratterizza da una parte per la specificità che contraddistingue ogni singolo caso e, dall'altra parte, per le peculiarità aziendali e di contesto che influenzano direttamente il processo di valutazione, oggetto di successiva disamina.

Dal primo punto di vista, troviamo sia aziende la cui attività esclusiva o prevalente era quella di riciclaggio, denominate rispettivamente aziende "cartiera" e "paravento", sia aziende che, pur svolgendo un'attività effettivamente produttiva, possono caratterizzarsi per avere il soggetto economico e/o il *management* appartenente alla criminalità organizzata (Catanzaro, 1988; Bivona, 2012). Mentre per le aziende "cartiera" e "paravento" la liquidazione è da identificarsi come la destinazione fisiologica, le aziende produttive potenzialmente possono essere recuperate alla legalità ed essere nuovamente immesse sul mercato attraverso l'affitto o la vendita (La Rosa e Paternostro, 2015).

Nel tentativo di attribuire un valore di capitale economico a tali ultime aziende, al fine di permettere ai potenziali acquirenti di valutare la convenienza dell'acquisizione, appare rilevante identificare l'intensità del vincolo che legava l'azienda alla criminalità organizzata. Due diversi estremi possono ipotizzarsi:

a) l'organizzazione criminale si limita a fornire i capitali considerando l'azienda come un semplice investimento da cui si attende un ritorno economico;

b) l'organizzazione criminale interviene anche nella gestione aziendale applicando il *modus operandi* mafioso alla realtà imprenditoriale considerata.

Nel caso *sub-a*), in cui il vincolo criminale riguarda solo l'assetto proprietario, l'azienda può essere valutata adottando un approccio che non si discosta dai normali principi che caratterizzano una usuale valutazione professionale (D'Onofrio, 2014).

Nel caso *sub-b*), invece, l'intensità del vincolo con la criminalità organizzata impone di tenere conto nella valutazione del particolare *status* di azienda confiscata. In questo secondo caso, infatti, è indubbio che l'azienda prima del sequestro abbia potuto godere di un vantaggio competitivo illecito determinato dalla distorsione della concorrenza tra imprese a causa dell'applicazione del metodo mafioso all'agire imprenditoriale (Grasso, 2008; Sciarrone, 2009).

Tale vantaggio si concretizza, ad esempio, nella possibilità di utilizzare tramite l'intimidazione mafiosa materie prime a costi più contenuti rispetto ai concorrenti, nell'ottenere rilevanti riduzioni di costi del lavoro, nell'avere commesse non giustificate da scelte basate sui fondamentali economico-aziendali (D'Onofrio, 2014).

Da un punto di vista valutativo, ne deriva in tali fattispecie un'oggettiva difficoltà nell'utilizzare i metodi basati sull'attualizzazione dei flussi (redditudinali o finanziari) in cui l'analisi delle serie storiche dei risultati ottenuti assume un ruolo fondamentale. I valori espressi in tali serie storiche, infatti, non risulteranno a tutta evidenza rappresentativi di un fisiologico andamento aziendale. In questo contesto, il processo di normalizzazione delle serie storiche dei flussi, nell'escludere i ricavi e costi estranei alla gestione (Guatri e Bini, 2009), dovrebbe parimenti escludere quelle quote di ricavi e costi che sono riconducibili ad accadimenti nella cui gestione il *modus* criminale ha inficiato le normali regole del mercato. Sulla scorta di quanto anticipato, ad esempio, si dovrebbero ricondurre a valori di mercato gli eventuali salari dei lavoratori ridotti a causa del potere contrattuale derivante dall'applicazione del metodo mafioso (D'Amore, Di Nardo, Nespoli, 2016). In generale, dunque, dovrebbero essere perlomeno aggiunti quelli che vengono definiti i "costi della legalità" (CNDCEC, 2015; D'Amore, Di Nardo, Nespoli 2016). Nel concreto, tali rettifiche si presentano complesse; comunque, l'utilizzo di serie storiche precedenti il provvedimento di sequestro dovrebbe essere improntato da cautela, poiché alcuni elementi "fuori mercato" potrebbero essere difficili da individuare e neutralizzare rendendo le serie storiche medesime poco significative.

Altra ragione che attribuisce una limitata attendibilità alle serie storiche pre-sequestro è legata ad una diminuzione, talvolta repentina, dei risultati economico-finanziari negli anni immediatamente precedenti il provvedimento giudiziario (Donato, Saporito, Scognamiglio, 2013). Può essere ipotizzato, in merito, che il soggetto sottoposto a sequestro, rendendosi conto dell'avvicinarsi di un possibile provvedimento cautelare, inizi a "disimpegnarsi" dall'azienda, generando conseguentemente perdite estranee ad ipotesi di normale andamento della gestione. In certi casi, la scarsa attendibilità delle serie storiche può manifestarsi già in fase di costituzione, poiché la criminalità organizzata nell'istituire nuove aziende spesso è spinta da motivazioni quali il riciclaggio di denaro, il controllo del territorio o la ricerca del consenso sociale, così distortendo *ab origine* il normale andamento gestionale (Transcrime, 2013). In altre parole, i costi sostenuti non saranno giustificati solo da scelte di natura gestionale, così come i ricavi non saranno soltanto il frutto di una fisiologica offerta sul mercato di prodotti e servizi realizzati. Ciò assume particolare rilievo per le aziende sopra identificate *sub-b*), piuttosto che per le aziende di tipo *a*), considerate quasi alla stregua di un "normale" investimento.

Per ovviare al problema evidenziato, una possibile soluzione potrebbe

essere considerare soltanto i risultati post-sequestro realizzati in presenza dell'amministrazione giudiziaria, sebbene anche questo approccio mostri delle possibili controindicazioni. È opportuno ricordare, infatti, che lo scopo dell'amministrazione giudiziaria è quello di *"provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi"* (art. 35, D. Lgs. 159/2011). Già la norma, quindi, evidenzia come l'amministrazione giudiziaria possa essere improntata o ad una gestione più conservativa (mera custodia dei beni) ovvero, se possibile, orientata verso criteri più imprenditoriali (aumento di redditività) (La Rosa e Paternostro, 2015). Occorre pertanto verificare quale sia stato l'approccio prescelto in sede di amministrazione giudiziaria per valutare se i risultati conseguiti possano essere considerati come rappresentativi di un normale andamento della gestione. La fase di amministrazione giudiziaria, così come quella successiva di gestione da parte dell'ANBSC, si caratterizza inoltre per la difficoltà a gestire le relazioni con gli *stakeholder* che diventano molto più complesse dopo il provvedimento di sequestro. Si evidenziano, invero, effetti negativi quali la contrazione nelle commesse, la diminuzione del credito, il subentrare di difficoltà relazionali con i dipendenti e con il contesto sociale di riferimento (Bivona, 2012; Commissione Garofali, 2013; Donato, Saporito, Scognamiglio, 2013). Queste criticità non possono che essere collegate alla particolare condizione dell'azienda sequestrata e confiscata e quindi, anche in questo caso, non riflettono una situazione di normale andamento della gestione.

Strettamente collegato al problema dell'attendibilità delle serie storiche è la criticità relativa alle previsioni future. Ciò appare particolarmente evidente nel caso delle piccole o micro imprese, a causa dell'importanza che assume il cosiddetto *intuitus personae*. Nelle realtà di minori dimensioni, infatti, i risultati perseguibili dall'azienda sono strettamente legati alla personalità del soggetto che la gestisce. In un simile contesto valutativo, elaborare un quadro previsionale razionale risulta decisamente difficile da realizzare. In tal senso, ferme restando le indubbie difficoltà, una soluzione potrebbe essere quella di valorizzare a fini di stima un eventuale piano predisposto dall'amministratore giudiziario.

Introducendo ora la seconda prospettiva di analisi, risulta essenziale che la valutazione ponga la dovuta attenzione anche a talune variabili di contesto utili alla stima del complesso aziendale quali la localizzazione, il settore economico, la dimensione e l'età (La Rosa e Paternostro, 2015). È noto come alcuni contesti territoriali e alcuni settori economici subiscano in maniera particolarmente intensa l'influenza della criminalità organizzata che risulta potenzialmente in grado di distorcere le dinamiche fisiologiche (Grasso, 2008; Lo Forte, 2008; Sciarrone, 2009; Transcrime, 2013; Commissione Garofali, 2013). Se l'azienda da valutare opera in uno di questi contesti territoriali ed economici, ci sarà una più elevata probabilità che essa venga più o meno

pesantemente “disturbata” dall’azione della criminalità organizzata: creando “aziende-fotocopia” rispetto a quella sequestrata, impedendo attraverso il controllo sociale un fisiologico afflusso dei clienti, distorcendo le condizioni concorrenziali nei mercati di approvvigionamento, ecc. Se, al contrario, l’azienda opera in contesti in cui il peso della criminalità organizzata è relativamente meno invasivo, è più probabile che l’essere un’azienda sequestrata e successivamente confiscata non penalizzi le dinamiche di sviluppo.

Da quanto illustrato con riferimento all’analisi delle condizioni aziendali e di contesto appaiono evidenti le difficoltà legate all’applicazione dei metodi basati sull’attualizzazione dei flussi. Oltre ai già menzionati problemi riguardanti la previsione dei flussi, un’altra componente fondamentale ai fini valutativi è quella relativa al tasso di attualizzazione, che a sua volta è fondata sulla valutazione del rischio aziendale (Fondazione OIV, 2015). Nelle aziende confiscate, per le ragioni già esposte, la stima del rischio (in particolare la componente inerente il rischio di impresa) appare di difficile interpretazione. Le variabili che hanno un impatto sulla probabilità che i flussi attesi si verifichino e che sarebbero dunque attribuibili ad un premio per le caratteristiche specifiche dell’impresa (Incollingo e Tiscini, 2014), sono numerose, non esclusivamente legate a rischi di natura operativa e si combinano tra loro in maniera imprevedibile. Si ritiene, dunque, di dubbia utilità il ricorso esclusivo alle tradizionali determinazioni quantitative; un approccio più qualitativo appare invece maggiormente praticabile, a motivo della peculiarità delle realtà che si stanno analizzando. Per evitare che la valutazione possa risultare eccessivamente arbitraria, però, è necessario dimostrare una massima trasparenza nello spiegare i criteri che hanno portato alla stima del tasso, se è possibile ancora maggiore rispetto a quanto già richiesto per le altre fattispecie aziendali (Fondazione OIV, 2015).

Da quanto illustrato sembrerebbe che i metodi basati sulla valutazione della consistenza patrimoniale e non sull’attualizzazione dei flussi siano quelli maggiormente consigliati per stimare il valore delle aziende confiscate; peraltro, anche in relazione al metodo patrimoniale devono essere evidenziate alcune importanti cautele. Come noto, tale metodo (almeno quello nella variante “semplice”) basa le sue risultanze sui dati contabili desumibili dal bilancio che vengono poi sottoposti ad un procedimento di ri-espressione a valori correnti. Quando si analizza il bilancio di un’azienda prima sequestrata e poi confiscata, un problema da affrontare è proprio quello della distorsione dei valori contabili (Transcrime, 2013). Tali aziende, infatti, presentano alcune peculiarità nella struttura patrimoniale che le contraddistinguono rispetto alle aziende legali. In particolare, è possibile apprezzare (Transcrime, 2013):

- un limitato ricorso all’indebitamento bancario dovuto alla possibilità di attingere ad altre risorse finanziarie (illecite) oppure, nel caso di forte collusione con il sistema politico e finanziario locale, potrebbe esserci anche un

effetto contrario che si manifesta in un elevatissimo peso dell'indebitamento bancario;

- un ammontare rilevante di voci quali debiti verso imprese collegate o controllanti, debiti verso fornitori, debiti verso altri, manifestazione del tentativo di occultare l'origine illecita di taluni finanziamenti;
- un livello molto alto di debiti commerciali spiegato dal potere intimidatorio che le aziende controllate dalla criminalità organizzata possono avere nei confronti dei propri fornitori;
- un alto livello di crediti non finanziari e non tributari, che trovano la loro ragione d'essere nel tentativo di nascondere movimenti finanziari in uscita verso membri dell'organizzazione criminale.

Propedeutico ad un'affidabile valutazione basata sul metodo patrimoniale è quindi il "ripristino" della situazione contabile, con l'eliminazione delle eventuali anomalie sopra segnalate.

Le caratteristiche delle aziende in esame rendono, inoltre, di difficile applicazione i metodi di mercato. Questi, infatti, da una parte si basano su principi valutativi palesemente inadatti ad un'azienda confiscata e, dall'altra parte, postulano la necessità di una comparazione tra aziende similari difficilmente selezionabili, stante le forti peculiarità che caratterizzano le aziende oggetto del presente studio.

Dalla nostra analisi, emerge dunque come qualsiasi metodo utilizzato per valutare un'azienda confiscata debba essere scelto, giustificato e applicato con cautela, poiché le "anomalie" che caratterizzano questa particolare realtà aziendale rendono l'intero processo valutativo ricco di difficoltà tecniche che vanno affrontate in modo consapevole e trasparente, seppure in particolari situazioni, come ad esempio la valutazione di una quota di minoranza in un'azienda in cui l'influenza della criminalità organizzata non è prevalente, i criteri estimativi possono essere ricondotti verso canoni più fisiologici.

3. Suggerimenti operativi per la relazione di stima nelle aziende sequestrate e confiscate.

Per le aziende sequestrate e confiscate in primo grado, un primo momento valutativo è documentato nella relazione che, entro sei mesi dalla sua nomina, l'amministratore giudiziario deve predisporre secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 36 e 41 del D. Lgs. 159/2011. In questo caso, il giudizio di valutazione è tipicamente funzionale: (i) alla determinazione del *"presumibile valore di mercato dei beni"*; (ii) alla indicazione *"delle forme gestorie più idonee e redditizie dei beni"*; (iii) alla *"dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o ripresa dell'attività"*. La norma prevede infatti che l'amministratore giudiziario debba principalmente valutare, in tale sede, il *going concern*, ovvero le possibilità di prosecuzione dell'azienda sequestrata. A tal fine, egli dovrà svolgere verifiche, controlli e

valutazioni riguardanti tra l'altro: la revisione contabile, la situazione generale dal punto di vista economico, patrimoniale e finanziario, i rapporti in essere con il sistema bancario e i finanziatori, i rapporti con gli *stakeholder*, la situazione contrattuale e le competenze delle risorse umane.

Nel momento in cui la prosecuzione dell'attività è stimata come possibile, l'amministratore dovrà elaborare una sorta di piano operativo, ossia un piano industriale in cui saranno contenuti (CNDCEC, 2015): il posizionamento sul mercato, le intenzioni strategiche, il piano di azione per il raggiungimento degli obiettivi, le ipotesi e i dati finanziari prospettici, la sostenibilità finanziaria del piano. L'analisi dettagliata di questa relazione e del connesso piano esula dagli scopi del presente lavoro che, invece, è focalizzato sulla valutazione economica dell'azienda confiscata al fine di fissarne un opportuno valore di vendita. Per tale ragione, il documento su cui intendiamo soffermare la nostra attenzione è la perizia di stima del valore dei beni aziendali *ex art. 47*, secondo cui, a seguito della confisca definitiva, la destinazione dei *“beni aziendali”* è effettuata dall'ANBSC *“sulla base del valore risultante dalla relazione di cui all'art. 36, e da altri atti giudiziari, salvo che sia ritenuta necessaria dall'Agenzia una nuova stima”*.

La relazione di stima è il documento con cui il perito che ha effettuato la valutazione descrive come si è svolto l'intero processo e quali sono state le sue risultanze (Zanin, Ferraro, Comuzzi, 2014). La struttura e il contenuto della relazione di stima non hanno una definizione prescrittiva né ad opera del D. Lgs. 159/2011, né dell'ANBSC, che non forniscono indicazioni o raccomandano particolari *“format”*. Pertanto, nel contesto delle valutazioni operate sulle aziende confiscate la relazione di stima assume connotati formali e contenuti sostanziali rimessi alla discrezionalità del valutatore.

Da tempo ormai la dottrina e vari organismi professionali, a livello nazionale e internazionale, hanno messo in evidenza quali sono le caratteristiche che una buona relazione di stima dovrebbe avere. In particolare, essa dovrebbe almeno spiegare le informazioni disponibili, l'analisi condotta, i modelli adottati, le assunzioni, i calcoli e le conclusioni quantitative e dovrebbe dunque dimostrare la conoscenza dell'azienda e dei mercati finanziari, rappresentare fedelmente l'intero processo e fornire una rappresentazione convincente (Guatri e Bini, 2009). Le informazioni da presentare nella relazione ovviamente variano a seconda del tipo di incarico e di azienda esaminata, ma la dottrina e gli *standard setter* nazionali ed internazionali hanno da tempo indicato alcuni contenuti minimi condivisi (Hitchner, 2003; Fondazione, OIV 2015; Amaduzzi, Gonnella, Liberatore, 2016):

- Introduzione
- Fonti informative
- Analisi dell'azienda
- Analisi delle condizioni economiche generali e di contesto
- Analisi del settore economico
- Approccio valutativo

- Analisi del rischio
- Eventuali sconti e premi
- Sintesi quantitativa della relazione

Sulla scorta di quanto descritto nel paragrafo precedente, è opportuno che, con riferimento alle aziende confiscate, la declinazione di tale struttura sia caratterizzata da contenuti specifici che possano arricchire l'attendibilità, razionalità e trasparenza della valutazione.

Con riferimento all'introduzione, oltre ai profili tipicamente presenti in questa sezione (quali specifiche sull'incarico, scopo dell'incarico, ecc.), sono almeno due gli aspetti che andrebbero enfatizzati: i limiti del processo di valutazione e l'approccio adottato. Dal primo punto di vista, per i motivi precedentemente illustrati, stimare il valore di un'azienda confiscata è una pratica molto complessa e soggetta a numerose restrizioni. Questo dovrebbe essere adeguatamente evidenziato nella sezione introduttiva del documento per comunicare al lettore che le risultanze quantitative della perizia debbono essere interpretate con la massima prudenza. Su questa linea, deve essere adeguatamente spiegato l'approccio valutativo adottato dall'esperto al fine della valutazione, che è quello di fornire un valore di riferimento per potenziali acquirenti dell'azienda confiscata. La perizia dovrà adottare una logica *stand alone*, che dunque non potrà tenere in considerazione le caratteristiche del soggetto venditore (lo Stato) e degli acquirenti, seppure tale logica operativamente non potrà sempre attuarsi in maniera efficace per tutte le difficoltà tecniche precedentemente descritte. Laddove tali difficoltà dovessero essere ritenute particolarmente significative dall'esperto, la forma della perizia potrebbe anche assumere quella che viene definita "relazione di parere valutativo" (Fondazione OIV, 2015). L'esperto cioè ritiene che le limitazioni per la stima siano talmente rilevanti da impedire che la stessa possa essere definita, dal punto di vista tecnico, una valutazione. Nell'introdurre l'approccio valutativo utilizzato, in questa sezione dovrebbe essere evidenziato se, quanto e come le risultanze storiche, i valori correnti e i valori previsionali siano considerati attendibili da parte del valutatore.

Per quanto concerne le fonti informative, assumono rilevanza anche i documenti di natura giuridica che permettono di ricostruire la storia giudiziaria del sequestro: decreto di sequestro, decreto di confisca di primo grado, decreto di confisca definitivo, decreto di destinazione. Per i suoi contenuti, ovviamente, assume una rilevanza primaria la relazione, menzionata precedentemente, che l'amministratore giudiziario deve redigere entro sei mesi dalla sua nomina con riferimento allo stato dell'azienda e alle sue possibilità di sopravvivenza, con il connesso piano operativo. Ai fini di una corretta analisi del contesto e del settore economico di riferimento sono necessari i dati di tipo sociale, statistico ed economico su cui fondare le rispettive sezioni.

Anche l'analisi dell'azienda, elemento centrale di qualsiasi perizia di stima, si connota in maniera peculiare nelle aziende oggetto di attenzione. In particolare, nella presentazione della storia aziendale non si può prescindere

dal descrivere, attraverso i documenti sopra menzionati, la vicenda giudiziaria che ha portato al sequestro e alla successiva confisca. Ai fini della valutazione occorre in particolare comprendere quanto sia stata intensa l'influenza della criminalità organizzata, poiché questa è un'importante chiave di lettura delle scelte valutative operate.

In questa sezione, dovrebbe trovare spazio anche l'analisi di come si è articolata la gestione dell'amministrazione giudiziaria e dell'ANBSC, osservando le modalità attraverso le quali l'azienda è stata riportata verso un sentiero di legalità; le principali scelte gestionali di continuità o discontinuità con la precedente gestione; i risultati economico-finanziari conseguiti e quanto essi possano essere ritenuti rappresentativi di un normale andamento della gestione; i rapporti con le principali categorie di *stakeholder*; le principali criticità affrontate sia nella fase dell'amministrazione giudiziaria, sia nella fase gestita dall'ANBSC.

Nell'interpretare le principali condizioni aziendali e di contesto, oltre alle informazioni di carattere generale che dovrebbero essere presenti in qualsiasi relazione di stima, occorre esprimere in questo caso, se trova supporto in dati attendibili, una valutazione circa il potere di influenza che ha la criminalità organizzata sia nel territorio che nel settore economico in cui opera l'azienda. Questo aspetto, infatti, condiziona le possibilità di sviluppo dell'azienda e dunque anche la stima del suo valore.

Le scelte descritte nella sezione dedicata all'approccio valutativo devono essere motivate alla luce di quanto illustrato in sede di analisi aziendale e di contesto. La scelta del metodo da applicare deve essere, ancora di più che nella valutazione delle altre fattispecie aziendali, *firm-specific* a motivo delle caratteristiche uniche di tali aziende. La giustificazione delle scelte valutative deve essere, quindi, particolarmente approfondita e dettagliata da permettere al lettore (ad esempio il potenziale acquirente) di interpretare in maniera opportuna i risultati della stima. Attesi i limiti oggettivi riferibili all'applicazione dei diversi metodi di valutazione, sarebbe auspicabile un approccio orientato all'utilizzo di più metodi.

L'analisi del rischio, in particolare rilevante laddove il metodo prescelto sia basato sull'attualizzazione dei flussi, dovrà tener conto del particolare rischio associato alle aziende confiscate che devono scontrarsi, tra l'altro, anche con eventuali reazioni da parte della criminalità organizzata e con atteggiamenti di diffidenza se non di timore da parte dell'universo degli *stakeholder*.

Da ultimo, le profonde incertezze che caratterizzano il processo di stima di un'azienda confiscata consiglierebbero, con riferimento alla descrizione delle risultanze finali, di evidenziare non tanto una valutazione puntuale quanto un *range* di valori racchiuso tra un limite inferiore e un limite superiore (Marasca e Tiscini, 2014).

4. Analisi empirica.

4.1. Metodologia.

Al fine di testare il contenuto prescrittivo sopra proposto, il presente studio si è avvalso di un'indagine esplorativa delle relazioni di stima relative alle aziende confiscate alla criminalità organizzata. L'obiettivo principale dell'indagine è stato quello di analizzare il comportamento adottato dai professionisti valutatori e, in particolare, di esaminare il grado di coerenza e standardizzazione dei contenuti delle perizie estimative.

Non esistono ad oggi dati ufficiali sulle perizie estimative delle aziende confiscate al di fuori di quelli desumibili dal sito dell'ANBSC. Peraltro, la perizia estimativa costituisce il più importante documento di sintesi sul valore dell'azienda confiscata ai fini di un potenziale acquisto. Da qui l'utilità di un'analisi di tali perizie e delle informazioni ivi contenute, al fine altresì di favorire la loro intellegibilità e comparabilità, il grado di coerenza e standardizzazione.

La tabella 1 mostra l'insieme delle aziende definitivamente confiscate al 30.09.2015 secondo le indicazioni fornite dall'ANBSC, dettagliando il numero di aziende "in gestione" ma ancora senza destinazione, "in gestione con destinazione impressa", e "uscite dalla gestione". Ognuna delle tre fasi dovrebbe includere il numero di aziende che, rispettivamente, potrebbero essere destinate alla vendita/affitto, che hanno effettivamente ricevuto tale destinazione ma ancora non sono state vendute/affittate e che, essendo uscite dalla gestione, sono state effettivamente vendute/affittate. Peraltro, la tabella 1 non fornisce questo ulteriore dettaglio, non potendo quindi distinguere il numero di aziende vendute/affittate rispetto a quelle liquidate, sospese, cancellate dal REA o revocate dalla confisca.

TABELLA 1 - *Dettaglio delle aziende definitivamente confiscate al 30.09.2015.*

Regione	Destinato	In gestione	Uscito dalla gestione
Sicilia	315	553	280
Calabria	73	148	94
Campania	137	298	197
Puglia	43	119	74
Lombardia	78	73	135
Lazio	95	280	35
Piemonte	7	16	7
Toscana	2	16	11
Sardegna		10	2
Veneto		1	4
Abruzzo	1	2	

Regione	Destinato	In gestione	Uscito dalla gestione
Basilicata	1	1	3
Emilia Romagna	13	19	12
Friuli Venezia Giulia		2	
Liguria	6	6	7
Marche		3	3
Trentino Alto Adige		1	
Umbria		2	2
Totale	771	1.550	866

Fonte: www.benisequestraticonfiscati.it.

Pertanto, per potere costruire un campione di aziende oggetto di vendita, si è fatto riferimento ai documenti caricati sul sito web dell'ANBSC (sezioni "Bandi e gare"). Al 30.06.2016 (data di ultimo accesso) risultavano disponibili solo 14 perizie estimative comprese nel periodo luglio 2010 - marzo 2016, relative ad aziende confiscate, sia in forma di ditta individuale che di società, pubblicamente accessibili e scaricabili. Del resto, precedenti analisi empiriche sul fenomeno in esame mostrano come nell'87,5% dei casi la destinazione impressa è quella della liquidazione, laddove la vendita è prevista per poco meno del 10% dei casi, pari ad appena 10 aziende (La Rosa e Paternostro, 2015).

Dopo avere elaborato una griglia di rilevazione basata principalmente sul contenuto prescrittivo proposto nel paragrafo precedente e sulla letteratura riguardante le principali scelte valutative e la qualità delle relazioni di stima in contesti particolari (Ferraro e Liberatore, 2016), sono stati esaminati i dati contenuti nelle relazioni di stima, con riguardo agli elementi costitutivi specifici di una perizia estimativa sopra individuati in chiave prescrittiva.

4.2. Descrizione del campione e dei risultati.

Le 14 aziende sono localizzate tutte nel territorio campano e precisamente 10 nella provincia di Napoli, 3 nella provincia di Salerno e 1 in quella di Caserta. Si tratta di aziende giovani con un'età media di 19 anni (e mediana di 16 anni) e valori minimi e massimi compresi tra 6 e 53 anni. Per quanto riguarda l'attività svolta, nella metà dei casi si tratta di attività di somministrazione di alimenti e bevande (bar) e per l'altra metà di commercio di altri beni alimentari (carne, latte) o attività edili, imprese funebri e gestione di *garage*. Pertanto, in funzione dell'attività svolta, si tratta per lo più di piccole o micro-imprese. Ciò trova evidenza anche nella forma giuridica delle aziende: 3 ditte individuali, 6 società di persone, 4 Srl e 1 sola Spa.

Dal punto di vista formale, le perizie mediamente hanno una lunghezza di 21 pagine, con valori minimi e massimi compresi tra 3 e 46 pagine. Le

perizie si riferiscono principalmente al 2011 (5) e al 2013 (4), mentre le restanti riguardano il 2012 (1), il 2014 (2) e il 2015 (2).

In 10 casi all'interno delle perizie viene richiamata la destinazione impressa dall'ANBSC all'azienda confiscata e, di conseguenza, la finalità della valutazione, che è la vendita in 5 casi, la vendita di ramo d'azienda in 1 caso e la cessione di quote del capitale sociale nei restanti 4 casi. La destinazione di vendita impressa dall'ANBSC, come ovvio, non riflette necessariamente lo stato di salute dell'azienda. Invero, in 2 casi l'azienda è dichiarata inattiva. Guardando ai dati economici, le aziende oggetto di stima presentano per lo più perdite (6 casi), sebbene non strutturali, relative agli ultimi 2-4 anni. Le perdite sono registrate anche a causa della *“diversa contribuzione cui sono stati assoggettati gli oneri del personale”*, così appalesando come l'emersione dall'illegale introduce inevitabilmente nuovi oneri, nella fattispecie di natura previdenziale. In 2 soli casi è possibile riscontrare ancora degli utili, sebbene il fatturato sia in calo.

Con riferimento ai principi generali di valutazione, ossia i fondamenti e le regole di carattere generale a cui dovrebbe uniformarsi l'impianto valutativo nel suo complesso (ad esempio, prudenza, razionalità, neutralità e attendibilità), questi sono solo raramente richiamati nell'ambito del campione analizzato.

Nella metà dei casi il perito estimatore è sempre lo stesso soggetto, mentre nei restanti 7 casi si tratta di professionisti diversi. Il primo dato si riflette inevitabilmente anche nella scelta del metodo valutativo, verso il quale il perito sembra mostrare una specifica preferenza.

Al riguardo, la tabella 2 riporta una sintesi di quanto riscontrato nelle 14 perizie circa il metodo di valutazione adottato, esclusivamente o congiuntamente con altri.

TABELLA 2 - *Frequenza dei metodi nelle perizie di stima delle aziende confiscate*

Gruppi	Versione	Frequenza (metodo principale)	Frequenza (più metodi)
Metodi fondati su grandezze flusso	Metodo finanziario DCF	0	1
	Metodo reddituale		
	<i>Semplice (rendita perpetua)</i>	3	1
	<i>Analitico (rendita limitata più valore finale)</i>	1	0
	Totale metodi grandezze flusso	4	2
Metodi fondati su grandezze stock	Metodo patrimoniale		
	<i>Semplice</i>	5	3
	<i>Complesso</i>	1	1
	Totale metodi grandezze stock	6	4
Metodi misti	<i>Stima autonoma dell'avviamento</i>	4	4
	<i>Valore medio</i>	0	1
	Totale metodi misti	4	5

Altri metodi	<i>Stima dell'avviamento con metodo fiscale</i>	0	1
	<i>Stima dell'avviamento con metodo comparativo</i>	0	1
	<i>Metodo semplificato</i>	0	3
	Totale altri metodi	0	5
	Totale	14	16

Fonte: ns. elaborazione.

Dalla tabella 2 si evince un utilizzo equilibrato delle differenti famiglie di metodi, con una leggera prevalenza a favore del metodo patrimoniale, specie nella versione “semplice”, quest’ultima per lo più impiegata insieme al metodo misto con stima autonoma dell’avviamento. Segue, per frequenza, il metodo reddituale semplice, impiegato invece in via esclusiva. In un solo caso si è fatto uso della versione “complessa” del metodo patrimoniale, e della versione “analitica” del metodo reddituale. Parimenti, in un solo caso si è proceduto ad una stima con il metodo finanziario, versione DCF, tra l’altro impiegato come supporto al metodo principale. Quest’ultima finalità ha caratterizzato anche il ricorso agli “altri metodi”, tra cui quello c.d. “semplificato”, che somma al valore del patrimonio netto rettificato il valore del sovrareddito moltiplicato per il numero di anni di stima. Complessivamente, in 9 casi i periti hanno fatto ricorso ad un solo metodo, mentre nei restanti 5 casi sono stati impiegati congiuntamente più metodi (in alcuni casi fino a 5 metodi diversi) per supportare le proprie analisi, mediando i valori ottenuti da ciascuno di essi.

Quanto alla scelta del metodo, in 3 casi non vengono motivate tanto le ragioni che ne giustificano l’adozione, quanto quelle dell’esclusione degli altri metodi. Così, ad esempio, il metodo patrimoniale è trascurato per l’assenza di valori patrimoniali significativi (specie nel caso dei bar), mentre quello finanziario a causa della difficoltà interpretativa dei flussi di cassa o del ricorso da parte dell’azienda ad una contabilità semplificata. In 2 casi si riportano solo generiche ragioni di carattere prudenziale o riferimenti al “*particolare stato in cui verte la società*”, così appalesando indirettamente la consapevolezza di una difficoltà valutativa riconducibile alla misura cautelare. Infine, in un caso si richiama l’esistenza di un nesso logico tra la scelta del metodo (reddituale semplice) e le specificità del settore di riferimento (funerario). Nei restanti 5 casi (tutti riconducibili allo stesso perito estimatore) riscontriamo l’assenza di motivazioni del metodo adottato, così come nella scelta del tasso di rischio e del numero di anni di avviamento.

A quest’ultimo riguardo, esaminando i tassi di attualizzazione, laddove si è adottato il metodo reddituale (semplice o analitico), il tasso prescelto varia tra il 12,65% e il 20% — per tenere conto, in quest’ultimo caso, delle “*cattive condizioni dei locali e la necessità di sostituire i beni strumentali*” — con un orizzonte temporale di stima sempre pari a 10 anni. Negli 8 casi di applicazione del metodo misto di stima autonoma dell’avviamento, il tasso di rendi-

mento (*i*) e il tasso di attualizzazione del sovrareddito (*i'*) presentano i valori e le statistiche descrittive riportati nella tabella 3.

TABELLA 3 - Valori puntali e statistiche descrittive dei tassi e numero di anni adottati nel metodo misto di valutazione.

Perizie	1	2	3	4	5	6	7	8
i	2,85	10	3,2	2,8	4,4	1,9	11,75	4,9
i'	0,85	4,7	1,7	0,3	0,5	1,9	1,75	1
Anni	5	3	3	4	10	5	5	3
	Media	Mediana	Dev. Std.	Min	Max			
i	5,23	3,80	3,64	1,9	11,75			
i'	1,59	1,35	1,39	0,3	4,7			
Anni	4,75	4,5	2,31	3	10			

Fonte: ns. elaborazione

Il tasso di rendimento, oscillante per valori qui arrotondati tra il 2% (a ben vedere, un tasso così basso può considerarsi un'anomalia nella stima del sovrareddito) e il 12% in relazione alla componente di rischio, presenta un valore medio di circa il 5%. Quanto al tasso di attualizzazione, questo si presenta sempre inferiore a quello di rendimento, con uno scarto medio di circa il 3,6%. In un solo caso i due tassi coincidono. L'orizzonte temporale adottato è in linea con la prassi, avendo valori medi pari a circa 5 anni e valori minimi e massimi compresi tra 3 e 10 anni. In generale, peraltro, si ribadisce che la scelta dei tassi, di rendimento e di attualizzazione, è raramente motivata e mai è descritta la modalità di stima del tasso di rischio.

Infine, quanto ai flussi reddituali da attualizzare, in 6 perizie il calcolo del reddito medio normalizzato prende in considerazione gli anni antecedenti l'amministrazione giudiziaria, mentre in 7 di esse, forse più correttamente, si considerano gli ultimi anni a disposizione, soggetti evidentemente ad amministrazione giudiziaria e ai rischi sopra evidenziati che questa comunque può comportare.

Passando al contenuto più qualitativo delle perizie, solo in pochi casi sono evidenziate espressamente le difficoltà insite nella precedente attività di custodia e i suoi riflessi nel successivo processo valutativo. Un perito afferma: *“Sono ben note ai professionisti impegnati nell'attività di custodia di aziende le insidie connesse alla gestione di tali attività per lo più ascrivibili alle difficoltà di coordinamento del personale dipendente, all'assoluta impossibilità di ricorrere a fonti di finanziamento esterne ed alla comprensibile ritrosia degli operatori con i quali si intrattengono rapporti commerciali a concedere adeguate dilazioni di pagamento, senza considerare le difficoltà nel riscuotere in tempi certi i propri crediti commerciali”*.

Allo stesso modo, di interesse seppure di dubbia condivisione, appare il

ragionamento del perito laddove afferma che: *“Nel caso in cui l’azienda confiscata fosse stata data in affitto si potrebbero determinare difficoltà nella valutazione dell’impresa in quanto il reddito derivante dall’azienda confiscata, sarebbe un mero reddito da locazione. In realtà, con il provvedimento di confisca definitiva ovvero con l’acquisizione al patrimonio dello Stato dell’azienda, tali difficoltà vengono meno, giacché si risolve “ipso jure” il contratto di affitto d’azienda e, pertanto, l’azienda è valutata come un’impresa libera da qualsiasi precedente accordo straordinario quale può essere il fitto d’azienda, ovvero la valutazione del valore dell’azienda confiscata avviene nella previsione che l’azienda stessa riprenda la sua attività principale sotto la direzione dell’imprenditore acquirente”*.

5. Conclusioni, limiti e ulteriori indirizzi di ricerca.

Il presente lavoro è il primo, secondo la nostra migliore conoscenza, a trattare il tema della valutazione delle aziende confiscate alla criminalità organizzata e gestite dall’ANBSC. Dopo avere evidenziato le principali peculiarità e criticità estimative delle aziende in esame, si è cercato di fornire un contenuto prescrittivo della perizia di stima relativa al valore dell’azienda confiscata destinata alla vendita o all’affitto. Il successivo riscontro empirico su un campione di perizie ha rilevato la forte distanza esistente tuttora tra il predetto contenuto ideale di una perizia valutativa di un’azienda confiscata e i dati effettivamente forniti dai periti. In particolare, stupisce la scarsa analiticità con cui vengono spiegate le principali scelte valutative che al contrario, a motivo delle peculiarità evidenziate, dovrebbero essere ampiamente motivate e giustificate. Altro aspetto non rispondente al contenuto proposto è quello inerente una precisa e corretta indicazione dei limiti della valutazione. Ad esempio, non sembra trovare adeguato spazio l’analisi sull’attendibilità dei dati di bilancio o sulla significatività delle serie storiche o dei dati previsionali. Anche l’analisi di contesto non è particolarmente analitica nel descrivere il potere delle organizzazioni criminali nel territorio, elemento che è fortemente in grado di limitare lo sviluppo dell’azienda sottoposta a sequestro e successivamente confiscata.

Il principale limite della ricerca è riconducibile all’esiguità del campione. Si è tentato di estendere il campione di perizie pubblicamente disponibili sul sito dell’ANBSC (14), richiedendo formalmente in numerose occasioni l’accesso ad ulteriori perizie, ma l’ANBSC non ha mai accolto o risposto a tale richiesta, motivando talvolta il diniego con l’attuale riassetto strutturale dell’Agenzia, talaltra con esigenze di riservatezza, rafforzate a seguito delle recenti cronache giudiziarie che hanno svelato in alcune circostanze un sistema clientelare nell’assegnazione degli incarichi di amministrazione giudiziaria.

Quali possibili spunti per ulteriori ricerche future, riteniamo che la

valutazione dovrebbe considerare anche il valore etico-sociale del recupero alla legalità di aziende prima in mano alla criminalità organizzata. Se, come suggerito da autorevole dottrina (Coda, 1984; Catturi, 2003; Sorci, 2007), l'azienda è un'entità multidimensionale con un rilevante valore sociale, di questo dovrebbe tenersi conto anche da un punto di vista valutativo: l'azienda ha valore anche per la sua capacità di contribuire al benessere della società all'interno della quale opera. Nello specifico, immettere nuovamente nel circuito legale un'azienda prima gestita dalla criminalità organizzata significa dare un segnale di forza da parte dello Stato nei confronti dei poteri criminali. In tal modo, si eviterebbe anche l'irrazionale ragionamento basato sugli sconcertanti dati riguardanti la destinazione delle aziende confiscate, secondo i quali mentre tali aziende in mano mafiosa erano profittevoli e fornivano occupazione, in mano allo Stato le stesse aziende declinano fino a essere destinate alla liquidazione. Il valore di un'azienda confiscata, dunque, dovrebbe opportunamente tenere conto di questo *quid* che si aggiunge alle valutazioni strettamente tecniche. In tal senso, si potrebbe prospettare uno "sconto" per rendere meno oneroso l'acquisto da parte di un potenziale acquirente, allontanando il rischio che un prezzo eccessivo possa impedire la reimmersione nel circuito legale dell'azienda confiscata.

La stima di tale sconto potrebbe risultare difficile da parte del perito, il quale ha ad ogni modo l'onere di eseguire una valutazione il più possibile oggettiva e condivisibile, basandosi sulla migliore tecnica. Pertanto, al fine di salvaguardare valori sovraordinati di natura politica e sociale finalizzati alla reimmersione di un'azienda nel circuito economico, potrebbe essere l'ANBSC ad offrire ai potenziali acquirenti la possibilità di godere di uno sconto.

Come noto, gli sconti dovrebbero essere utilizzati con assoluta prudenza a motivo del fatto che la loro determinazione ha natura prevalentemente discrezionale, ed essi sono consigliati solo laddove la stima cui si è pervenuti applicando uno dei metodi noti non si ritenga allineata con il valore di mercato (Fondazione OIV, 2015). Con riferimento alla valutazione di un'azienda confiscata, essi assumerebbero un significato alternativo, che è quello di allineare il valore teorico con quello "integrale", ovvero riferibile in senso olistico a tutte le dimensioni aziendali compresa quella etico-sociale. Le tecniche e le metodologie per quantificare questo eventuale "sconto" sono di difficile individuazione. Vari criteri potrebbero essere adottati come, ad esempio, tarare il premio in virtù della dimensione aziendale. Le aziende di più grande dimensione e con un'età avanzata hanno, infatti, una maggiore visibilità (Stanwick e Stanwick, 1998; Spence e Lozano, 2000). Il valore simbolico della loro re-immissione nel circuito legale potrebbe quindi essere stimato come maggiore rispetto alle piccole e medie aziende. Come maggiore potrebbe essere il valore simbolico di quelle aziende operanti in settori o contesti territoriali a forte presenza mafiosa.

Inoltre, tale incentivo dovrebbe essere concesso esigendo, come contropartita dal potenziale acquirente, garanzie circa il rilancio dell'azienda, in

termini di investimenti, di sviluppo, di sostegno al territorio e all'occupazione. Ciò comporterebbe, ad esempio, che la scelta del potenziale acquirente non si basi solo su un prezzo, ma su molte altre caratteristiche dell'acquirente, che potrebbero essere diverse a seconda dei casi: talvolta potrebbero essere privilegiate aziende del settore con dimensioni rilevanti e storia stabilizzata, per ovvi motivi di garanzia circa il rilancio. In altri casi potrebbe essere di interesse privilegiare imprenditori giovani ed innovativi.

Mentre il tema della rendicontazione sociale ha da decenni interessato la letteratura economico-aziendale e la pratica, ancora pochi approfondimenti sono stati dedicati alle valenze sociali della valutazione aziendale. La valutazione delle aziende confiscate potrebbe essere un terreno ideale per "sperimentare" soluzioni operative valide in grado di essere adattate a contesti più ordinari.

In conclusione, sembra quindi potersi delineare nell'ambito delle aziende sequestrate e confiscate, un *framework* valutativo che vede due distinte fasi, ciascuna contraddistinta da autonome peculiarità e criticità valutative, basi informative, soggetti valutatori, presupposti di continuità, metodiche estimative, ottiche da adottare e relazioni finali di stima:

— nella fase di *sequestro*, la valutazione è operata dall'amministratore giudiziario secondo "*il presumibile valore di mercato dei beni*". Ciò implica anzitutto una base informativa ampia a disposizione del valutatore (in ragione del fatto che tale soggetto è interno all'azienda in veste di amministratore giudiziario) e il ricorso ad un metodo patrimoniale, con il fine di pervenire ad una valorizzazione minima da assegnare all'azienda, e dove il presupposto della continuità aziendale non è ancora definitivamente accertato. In questa fase, non può che dominare un'ottica valutativa *stand-alone*, essendo ancora remota, nel tempo così come ipotesi, la sua destinazione di cessione; la relazione finale è formalizzata con fine conoscitivo e cautelativo;

— nella fase di *confisca* definitiva, la valutazione è operata da un soggetto esterno indipendente con la finalità di definire una base d'asta per la cessione/affitto dell'azienda. Infatti, considerati i lunghi tempi intercorrenti tra il sequestro e la confisca definitiva, è rara l'ipotesi di una conferma dei valori correnti (che tali non saranno più) accertati in fase di sequestro, e al contrario sarà necessario esprimere una nuova valutazione dell'azienda. In questo caso la base informativa è più ridotta in ragione dell'estraneità del soggetto valutatore rispetto al complesso aziendale; il presupposto della continuità aziendale è oramai soddisfatto e il metodo valutativo da preferire sembra quello fondato sull'attualizzazione dei flussi reddituali e/o quello misto di stima autonoma dell'avviamento; l'ottica da preferire rimane quella *stand-alone*, sebbene, come sopra affermato, l'ANBSC potrebbe adottare un'ottica strategica al fine di valorizzare le sinergie, seppure potenzialmente, dell'acquirente; la relazione finale è ufficiale e vincolante per il prezzo-base d'asta.

La tabella 4 che segue sintetizza le conclusioni ora esposte.

TABELLA 4 - Differenze negli approcci valutativi delle aziende sequestrate e confiscate.

Fase della misura di prevenzione patrimoniale	Sequestro	Confisca
Riferimento normativo	Artt. 36 e 41 D. Lgs. 159/2011	Art. 47 D. Lgs. 159/2011
Soggetto valutatore	Amministratore giudiziario interno	Esperto indipendente esterno
Presupposto continuità	Da accertare	Accertato ed esistente
Finalità	Proporre una destinazione aziendale	Cessione/affitto
Base informativa	Ampia con accesso dall'interno	Ristretta con accesso dall'esterno
Metodi valutativi	Patrimoniale	Attualizzazione flussi e metodi misti
Ottica valutativa	<i>Stand-alone</i>	<i>Stand-alone/Strategica</i>
Relazione finale	<i>Restricted Use Appraisal Report</i> con finalità conoscitiva e cautelativa	<i>Appraisal report</i> ufficiale e vincolante con finalità base d'asta

Bibliografia

- AMADUZZI A., GONNELLA E., LIBERATORE G., *I principi di valutazione d'azienda. Esperienze nord-americane, europee e internazionali a confronto*, Giuffrè, 2016.
- BIVONA E., *Aspetti critici nei processi di risanamento e sviluppo duraturo delle aziende confiscate alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *Il bene dell'azienda. Scritti in onore di Vittorio Coda*, Giuffrè, 2012, p. 321.
- CATANZARO R., *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Liviana, 1988.
- CATTURI G., *L'azienda universale: l'idea forza, la morfologia e la fisiologia*, Cedam, 2003.
- CHAMPEYRACHE C., *Spunti per un'analisi economica delle misure di sequestro e confisca di beni aziendali mafiosi*, Rivista economica del Mezzogiorno, 1-2/2001, p. 55.
- CNDCEC (CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI), *Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati*, 2015.
- CODA V., *La valutazione della formula imprenditoriale. Sviluppo e organizzazione*, 2/1984, p. 7.
- COMMISSIONE GAROFALI, *Per una moderna politica antimafia. Proposte della Commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta anche patrimoniale, alla criminalità*, 2013.
- D'AMORE L., *La tutela dei terzi nella legislazione antimafia*, Fondazione Nazionale Commercialisti, 2016.
- D'AMORE L., DI NARDO T., NESPOLI J., *La tutela dei lavoratori nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata*, Fondazione Nazionale Commercialisti, 2016.
- D'ONOFRIO V., *I comportamenti manageriali mafiosi*, in Conzo G. e Vona R. (a cura di),

- L'impresa criminale. La metamorfosi aziendale delle attività malavitose*, Friderici-
ciana Editrice Universitaria, 2014, p. 47.
- DONATO L., SAPORITO A., SCOGNAMIGLIO A., *Aziende sequestrate alla criminalità organizzata: le relazioni con il sistema bancario*, Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, 202/2013.
- FERRARO O., LIBERATORE G., *Analyzing Business Valuation Quality of Disclosures for Distressed Italian Companies. From a Legally Respectful Approach to the Sustainability of Turnaround Assessment*, International Journal of Business Research, 2/2016, p. 7.
- FONDAZIONE OIV, *Principi di valutazione*, 2015.
- GRASSO P., *Le imprese tra sicurezza e legalità*, in La Spina A. (a cura di), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Il Mulino, 2008, p. 325.
- GUATRI L., BINI M., *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea, 2009.
- GUATRI L., UCKMAR V. (a cura di), *Linee guida per le valutazioni economiche. Un contributo alla società civile ed alla giustizia in sede civile, penale e fiscale*, EGEA, 2009.
- HITCHNER J.R., *Financial valuation*, Wiley, 2003.
- INCOLLINGO A., TISCINI R., *Come affrontare l'incertezza nella determinazione del tasso di attualizzazione: scelta del modello e trattamento delle variabili di input*, in Marasca S. (a cura di), *I principali fattori di incertezza nella valutazione d'azienda. Identificazione, analisi e modalità di gestione*, Giuffrè, 2014, p. 133.
- LA ROSA F., PATERNOSTRO S., *L'amministrazione delle aziende confiscate alla criminalità organizzata. La proposta di un framework di studio e un'analisi esplorativa dei decreti di destinazione*, in Piccola Impresa/Small Business, 1/2015, p. 54.
- LA ROSA F., PATERNOSTRO S., *La valutazione delle aziende confiscate alla criminalità organizzata: peculiarità, criticità e un'analisi empirica delle perizie estimative*, in Marchi L., Lombardi L., Anselmi L., (a cura di), *Il governo aziendale tra tradizione e innovazione*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 37.
- LO FORTE G., *Criminalità organizzata ed economia illegale*, in La Spina A. (a cura di), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Il Mulino, 2008, p. 43.
- MARASCA S., TISCINI R., *Il range di valori e l'approssimazione accettabile nei valori formulati*, in Marasca S. (a cura di), *I principali fattori di incertezza nella valutazione d'azienda. Identificazione, analisi e modalità di gestione*, Giuffrè, 2014, p. 211.
- SCIARRONE R., *Mafie vecchie mafie nuove*, Donzelli, 2009.
- SORCI C., *Lo sviluppo integrale dell'azienda*, in AA.VV., *Lo sviluppo integrale delle aziende*, Giuffrè, 2007, p. 11.
- SPENCE L., LOZANO J.F., *Communicating about Ethics with Small Firms: Experiences from the UK and Spain*, Journal of Business Ethics, 1/2000, p. 43.
- STANWICK P.A., STANWICK S.D., *The relationship between corporate social performance, and organizational size, financial performance, and environmental performance: An empirical examination*, Journal of Business Ethics, 2/1998, p. 195.
- TRANSCRIME, *Gli investimenti delle mafie*, 2013.
- ZANIN F., FERRARO O., COMUZZI E., *La relazione di stima*, in Liberatore G., Amaduzzi A., Comuzzi E. e Ferraro O. (a cura di), *La valutazione delle aziende in crisi*, Giuffrè, 2014, p. 487.

CORPORATE GOVERNANCE

IL WHISTLEBLOWING NELLA PROSPETTIVA DEL SISTEMA DI CONTROLLO INTERNO

di STEFANO FORTUNATO

1. Premessa.

Il sistema informativo e le comunicazioni interne all'impresa costituiscono, come noto, uno dei cinque componenti del sistema di controllo interno in base al riconosciuto modello CoSO, nel cui ambito rientrano le comunicazioni inerenti i malfunzionamenti o le violazioni dei codici, procedure ed istruzioni di lavoro che sovrintendono le attività aziendali ed il controllo dei rischi, tra cui quello c.d. di *compliance* ovvero sia di rispetto del quadro normativo esterno ed interno dell'impresa ⁽¹⁾.

Tali peculiari comunicazioni sono spesso definite di "segnalazione" o di *whistleblowing* e ricevono una particolare attenzione in quanto:

— sono il principale deterrente rispetto al rischio di c.d. *management override*, vale a dire l'abuso dei vertici dei poteri loro conferiti, al fine di violare il sistema di controllo interno;

— consentono di avviare anticipatamente attività di *follow-up* (accertamenti, indagine, misure di rimedio) che altrimenti avverrebbero con ritardo, a volte di anni, con una superiore esposizione ai rischi (ad esempio, reputazionali) ed ai costi conseguenti;

— costituiscono un "barometro etico" od un campanello d'allarme sulla eventuale presenza di stati o situazioni specifiche di "disagio" e di "turba-mento" dell'ambiente di controllo interno.

Secondo uno studio OCSE ⁽²⁾ sul *whistleblowing*, commentato in seguito, tali comunicazioni devono essere assistite dalla protezione di legge del soggetto che comunica, in buona fede e su basi ragionevoli, illeciti di ogni natura,

⁽¹⁾ CoSO Fraud Risk Management Guide: "*The organization establishes a communication process to obtain information about potential fraud and deploys a coordinated approach to investigation and corrective action to address fraud appropriately and in a timely manner*".

⁽²⁾ L'OECD o OCSE è il riconosciuto ente cui è stato attribuito il compito di definire gli *standard* (c.d. "*standard setter*") di corporate governance nei paesi aderenti all'OCSE.

da ogni azione disciplinare o discriminatoria nei suoi confronti (*“Legal protection from discriminatory or disciplinary action for employees who disclose to the competent authorities in good faith and on reasonable grounds wrongdoing of whatever kind in the context of their workplace”*).

Il 21 luglio 2015 la Banca d'Italia ha aggiornato le “Disposizioni di vigilanza per le banche” con la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 introducendo indicazioni vincolanti in materia di *whistleblowing* come previsto dal D. Lgs. 72/2015 di attuazione della direttiva 2013/36/UE in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento.

Nel settore pubblico in Italia sono previste norme di tutela da ritorsioni e dell'identità del pubblico dipendente che abbia fatto una segnalazione, in particolare l'art. 54 *bis* del D. Lgs. 165/2001 in materia di pubblico impiego; in tale ambito, l'ANAC ha emesso con Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 le *“Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)”*.

Inoltre, è all'esame delle Commissioni congiunte Affari Costituzionali e Giustizia del Senato il disegno di legge 2208 *“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”* approvato dalla Camera dei deputati il 21 gennaio 2016 con il numero 3365. Infine, si è conclusa nel mese di maggio 2017 una consultazione pubblica dell'Unione Europea in materia di *“Whistleblower protection”*.

L'istituzionalizzazione di canali di comunicazione specifici dedicati al *whistleblowing* e la loro generale applicazione in Italia nel settore privato non bancario è avvenuta invece su base volontaria, con l'adozione di modelli di controllo e di gestione ai sensi del D. Lgs. 231/2001 in base alle, seppure non vincolanti, raccomandazioni delle Linee guida di Confindustria in materia; sul punto le indicazioni del Codice di Autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana si riferiscono solo alle società del FTSE-MIB.

In breve, il tema del *whistleblowing* è attuale.

2. Le linee guida di Confindustria.

Le linee guida di Confindustria in materia di modelli di organizzazione e di gestione ai sensi del D. Lgs. 231/2001 trattano il tema del *whistleblowing* osservando che:

— *“l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al Modello organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza e obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli articoli 2104 e 2105 del codice civile. Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”*.

— *“Inoltre, nel disciplinare un sistema di reporting efficace, sarà opportuno garantire la riservatezza a chi segnala le violazioni. Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma”.*

— *“Si precisa, infine, che la regolamentazione delle modalità di adempimento all’obbligo di informazione non intende incentivare il fenomeno del riporto di rumor interni (whistleblowing), ma piuttosto realizzare quel sistema di reporting di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme all’interno dell’ente, senza timore di ritorsioni”.*

Si evidenzia quindi l’esistenza nelle linee guida di una certa cautela nei confronti di uno strumento che può essere, ovviamente, abusato per finalità improprie, ad esempio calunniöse; purtuttavia, le linee guida osservano anche che: *“Infine, si possono anche prevedere, accanto alle sanzioni disciplinari, meccanismi premiali riservati a quanti coopereranno al fine dell’efficace attuazione del modello, per esempio denunciando comportamenti individuali devianti (es. attraverso la regolazione di sistemi di whistleblowing). Spesso, infatti, quando si intende promuovere il rispetto delle regole, la prospettiva dei vantaggi derivanti dalla loro osservanza può risultare più efficace della minaccia di conseguenze negative per la loro violazione”.*

Questo ultimo aspetto, non sufficientemente posto in risalto, è significativo in quanto correttamente pone il *whistleblowing* nell’ambito di un rapporto collaborativo di aperta ed onesta comunicazione tra l’impresa ed i suoi collaboratori sul tema della correttezza nel mondo degli affari, dell’etica dell’impresa e del rispetto della legalità, che sarebbe opportuno venisse colto pienamente nel movimento legislativo in corso.

3. Le linee guida OCSE.

“Committing to effective whistleblowers protection” è il titolo di uno studio condotto dall’OCSE che tratta le *best practice* per incoraggiare la denuncia dei fatti impropri e per promuovere nelle organizzazioni, sia private che pubbliche, la cultura della legalità e la cultura della responsabilità.

In particolare, è stato notato che sebbene molti paesi abbiano adottato legislazioni che proibiscono misure di rappresaglia nei confronti dei soggetti c.d. “segnalanti” o *whistleblowers*, (con l’assenza dell’Italia) esse sono considerabili rivolte a sanare eventi passati e non rivolte alla prevenzione di eventi simili⁽³⁾.

Ci si riferisce, in particolare al fatto, che esse prevedono solo misure di

⁽³⁾ *“Among respondents to the 2014 OECD Survey, 84% have enacted a dedicated whistleblower protection law or legal provision(s) related specifically to protected reporting or prevention of retaliation against whistleblowers in the public sector. However, these laws have usually been reactive and scandal-driven instead of forward looking”.*

tutela dei soggetti che hanno segnalato potenziali fatti impropri, e non misure mirate alla promozione dell'utilizzo dei canali di *whistleblowing* ⁽⁴⁾.

Tra le misure mancanti vengono segnalate dall'OCSE quelle misure adottate da alcuni paesi più rispondenti alle indicazioni di *best practice*, quali le seguenti:

- incentivi per gli enti pubblici e privati alla promozione dell'utilizzo di linee di comunicazione dedicate al *whistleblowing* ⁽⁵⁾;
- previsione di meccanismi strutturati di *follow-up*, vale a dire di accertamento indipendente, e di *feed-back* al segnalante;
- sanzioni efficaci per gli autori di misure di rappresaglia contro i segnalanti;
- incentivi di varia natura (legale ed economica) per i *whistleblowers*;
- permettere le segnalazioni anche in forma anonima.

Con riferimento a quest'ultimo punto, sembra evidente che il fenomeno delle denunce anonime sia da collegare a carenti misure organizzative che garantiscano la confidenzialità del trattamento, il *follow-up* indipendente e la tutela da ritorsioni; in assenza di azioni su questi versanti, il dibattito in materia rischia di rimanere sterile. Infatti, l'esistenza poco frequente di segnalazioni anonime circostanziate e precise (dal cui dettaglio si potrebbe risalire all'autore) si può spiegare con la scarsa fiducia del segnalante rispetto alle tutele offerte. L'OECD commenta a riguardo nello studio citato che: "*an effective and open organisational culture that promotes transparency and dialogue can help address these concerns and may make the difference between an employee speaking out or staying silent*".

In conclusione, l'analisi dello studio OCSE suggerisce che il *whistleblowing*, per essere efficace, non debba essere affrontato legislativamente solamente sotto il profilo della protezione dei *whistleblowers* da ritorsioni, ma deve riguardare più aspetti del complessivo sistema di comunicazioni aziendali riferite alle responsabilità etiche e di conformità alla legge delle attività d'impresa che sono da diffondere in tutta la struttura aziendale e con i terzi.

4. Il disegno di legge.

L'aspetto essenziale del disegno di legge è che esso è rivolto solo agli enti che hanno adottato un modello di organizzazione e di gestione ai sensi del D. Lgs. 231/2001, e non a tutte le imprese.

Infatti, la portata innovativa della legge si esaurisce nell'introdurre,

⁽⁴⁾ "*In addition, very few governments have taken steps to raise awareness in business and industry of the importance of encouraging the reporting of wrongdoing and protecting those who report*".

⁽⁵⁾ Ci si riferisce in questo caso a misure come le seguenti: "*Clearly communicate the processes in place and raise awareness through training, newsletters, and information sessions about reporting channels and procedures to facilitate disclosures*".

nell'art. 2 del disegno di legge, nuovi requisiti di idoneità dei c.d. modelli 231, che, come noto, sono facoltativi.

Tali requisiti sono consistenti nel prevedere nei c.d. modelli 231:

- l'obbligo dei soggetti apicali e dei soggetti loro sottoposti, nonché di coloro che a qualsiasi titolo collaborano con l'ente, di presentare segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del decreto, che in buona fede, sulla base della ragionevole convinzione fondata su elementi di fatto, ritengano essersi verificate, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte;

- l'esistenza di canali alternativi di segnalazione, di cui almeno uno idoneo a garantire, anche con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;

- misure idonee a tutelare l'identità del segnalante e a mantenere la riservatezza dell'informazione in ogni contesto successivo alla segnalazione, nei limiti in cui l'anonimato e la riservatezza siano opponibili per legge;

- il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione, fatto salvo il diritto degli aventi causa di tutelarsi qualora siano accertate in capo al segnalante responsabilità di natura penale o civile legate alla falsità della dichiarazione;

- nel sistema disciplinare adottato, sanzioni nei confronti di chi viola gli obblighi di riservatezza o compie atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante.

Infine, per quanto qui rileva, sono statuiti nulli per legge il licenziamento ritorsivo o discriminatorio, il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante, con l'onere posto a carico del datore di lavoro di dimostrare in caso di controversia la non "ritorsività" delle misure prese.

Alcune carenze della normativa prospettata sono evidenti, la prima, già rilevata, è che essa non si riferisce a tutte le imprese. Vi è da chiedersi se il dipendente od il terzo collaboratore che ha segnalato una violazione di legge e per questo è stato licenziato o trasferito o "punito", potrebbe avvalersi anche della tutela — nullità *ex lege* — prevista da questa norma nonostante il datore di lavoro non ha adottato il c.d. modello 231.

Inoltre, la norma, per come è scritta, non si riferisce alla segnalazione di qualsiasi illecito, ad esempio, anche di natura regolamentare, ma alle sole condotte rilevanti per il modello; questo fatto costituisce una debolezza intrinseca del sistema introdotto e, di nuovo, vi è da chiedersi se il dipendente od il collaboratore terzo potrebbero ritenersi non tutelati dall'anonimato o da ritorsioni per le denunce relative ad altre condotte illecite, anche gravi (si pensi, ad esempio, alle violazioni in materia fiscale, di *anti-trust*, di *privacy*, od altro ancora).

In più, il testo legislativo sembra contenere condizioni per il soggetto segnalante, tali da rappresentare un disincentivo (anziché un incentivo) all'utilizzo di canali di segnalazioni a fronte del rischio che, per il mancato rispetto di esse, venga meno la tutela da ritorsioni; infatti la segnalazione deve essere:

- circostanziata;
- in buona fede;
- ragionevolmente fondata su elementi di fatto;
- rilevante ai sensi del decreto.

A parere di chi scrive, tali condizioni devono essere i criteri di valutazione di chi riceve le segnalazioni, non di chi, spesso nemmeno in possesso delle necessarie competenze, le vorrebbe o dovrebbe inoltrare. Si pensi, ad esempio, alle norme di tutela della sicurezza sul posto di lavoro o a tutela dell'ambiente: sarebbe nell'interesse collettivo che le segnalazioni siano sollecitate e facilitate.

Inoltre, alcuni spunti suggeriti dalle *best practice* non sono stati colti nel testo legislativo in esame, alcuni dei quali potranno eventualmente essere riprese con più convinzione nelle Linee guida delle associazioni di categoria, quali ad esempio:

- l'obbligo di meccanismi di *follow-up* delle segnalazioni non manifestamente infondate;
- la pubblicizzazione e/o diffusione dei canali alternativi di segnalazione, visto che, almeno per i terzi, ve ne sarebbe il bisogno;
- la tutela dell'anonimato dei soggetti eventualmente "denunciati";
- l'applicazione di sanzioni a soggetti che, in possesso delle informazioni necessarie, non hanno inviato alcuna segnalazione.

Infine, il rinvio al sistema disciplinare interno nei casi di violazione della riservatezza della segnalazione o del divieto di rappresaglia nei confronti del *whistleblower* potrebbe non essere così convincente, soprattutto nelle imprese di media o piccola dimensione.

Tuttavia, l'Italia con questa normativa risolverà un "gap" esistente, rilevato nello studio OECD sopra citato, con tanti altri paesi che prima di noi hanno introdotto analoga legislazione.

In conclusione, il disegno di legge, se così definitivamente approvato, costituirebbe una importante novità per le imprese private, almeno per quelle non soggette a controllo pubblico e quindi all'art. 54 *bis* del D. Lgs. 165/2001, in quanto sono indiscutibili gli effetti rilevanti che essa avrà, tanto nei rapporti tra soggetti apicali (già così complicati in materia di *corporate governance*), quanto esterni (con i collaboratori a qualsiasi titolo) all'impresa; non sembra invece che possano essere significativi i progressi che sarebbero raggiungibili con una normativa più rivolta alla prevenzione, come, ad esempio, quella regolamentare emessa dalla Banca d'Italia.

5. La normativa di vigilanza bancaria.

Ai sensi dell'art. 52-bis, comma 1, del TUB, *“le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale, di atti o fatti che possono costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria”*.

Le istruzioni di vigilanza ⁽⁶⁾ della Banca d'Italia sul punto costituiscono un autorevole *bench-mark* di riferimento perché si tratta, in questo caso, di un tema organizzativo a-settoriale; inoltre, come si vedrà tra breve, esse recepiscono in pieno le *best practice* in materia.

Innanzitutto, l'obbligo è stabilito per tutte le banche, a prescindere dai modelli 231 adottati, di definire sistemi interni volti a:

- permettere la segnalazione da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme, chiarendosi che per personale si intendono i dipendenti e coloro che comunque operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione aziendale, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato;

- incentivare l'uso dei sistemi interni di segnalazione e di favorire la diffusione di una cultura della legalità comunicando al proprio personale *“in maniera chiara, precisa e completa il procedimento di segnalazione interno adottato indicando i presidi posti a garanzia della riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione”*; tuttavia, gli obblighi di riservatezza non possono essere opposti quando le informazioni richieste sono necessarie per le indagini od i procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in seguito alla segnalazione;

- formalizzare il procedimento che si instaura nel momento in cui viene effettuata una segnalazione con l'indicazione, ad esempio, dei tempi e delle fasi di svolgimento del procedimento, dei soggetti coinvolti nello stesso, delle ipotesi in cui il responsabile dei sistemi interni di segnalazione è tenuto a fornire immediata comunicazione agli organi aziendali;

- definire le modalità attraverso cui il soggetto segnalante ed il soggetto segnalato devono essere informati sugli sviluppi del procedimento;

- nel caso in cui il segnalante sia corresponsabile delle violazioni, riservare un trattamento privilegiato per quest'ultimo rispetto agli altri corresponsabili, compatibilmente con la disciplina applicabile;

- predisporre una relazione annuale sul corretto funzionamento dei sistemi interni di segnalazione, contenente le informazioni aggregate sulle risultanze dell'attività svolta a seguito delle segnalazioni ricevute, che viene approvata dagli organi aziendali e messa a disposizione del personale della banca.

Con riguardo al c.d. *follow-up* delle segnalazioni, le banche devono prevedere sistemi che garantiscano che le segnalazioni vengano ricevute, esami-

⁽⁶⁾ Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 ed aggiornamenti successivi.

nate e valutate attraverso canali specifici, autonomi ed indipendenti che differiscono dalle ordinarie linee di reporting, gerarchico o funzionale ⁽⁷⁾.

Con riferimento invece al risultato c.d. *follow-up*, è previsto che i soggetti preposti alla ricezione, all'esame e alla valutazione delle segnalazioni non partecipano all'adozione degli eventuali provvedimenti decisionali, che sono rimessi alle funzioni od agli organi aziendali competenti.

In conclusione, le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia sono più precisamente indirizzate alla valorizzazione del *whistleblowing* come strumento di comunicazione e di risoluzione dei problemi connessi alla *compliance* in chiave preventiva ed aderiscono alle *best practice* in materia.

6. Sintesi.

Il tema del *whistleblowing*, al pari di altri temi importati in Italia da esperienze straniere, si scontra con la diversità culturale del nostro paese che lo rende, in questo caso, ostico (purtroppo, a causa di una cultura che storicamente vittimizza i difensori dell'interesse collettivo e che preferisce comportamenti omertosi ed individualistici) e che, forse per tale motivo, si sta indirizzando su scelte legislative "minimaliste".

Ciò non deve rallentare i processi di miglioramento e di trasformazione indotti dal confronto e dalla competizione internazionale, che si svolge anche sui temi di *compliance* normativa e di *corporate governance* complessiva delle imprese.

Il tema del *whistleblowing* rientra pienamente anche nella visione e nelle iniziative delle imprese quali soggetti che responsabilmente rispondono e contribuiscono alla società civile ed alle comunità con cui interagiscono e non merita per ciò di essere sottovalutato.

In conclusione, ci si augura che saranno le scelte organizzative delle singole imprese, il confronto con il mercato ed, infine, le linee guida di c.d. *soft law* ad elevare l'utilità del *whistleblowing* che, se correttamente compreso ed utilizzato, può effettivamente anch'esso contribuire ad un cambiamento culturale positivo nella vita delle imprese.

Bibliografia

ANAC, *Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 - "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)"*, www.anticorruzione.it.

⁽⁷⁾ "Onde evitare che il soggetto preposto alla ricezione, all'esame e alla valutazione della segnalazione non sia gerarchicamente o funzionalmente subordinato all'eventuale soggetto segnalato, non sia esso stesso il presunto responsabile della violazione e non abbia un potenziale interesse correlato alla segnalazione tale da comprometterne l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio".

- BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Titolo IV, Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi*, in www.bancaditalia.it.
- CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in www.confindustria.it.
- COSO, *Fraud Risk Management Guide*, in www.coso.org.
- COSO, *Internal Control - Integrated Framework*, in www.coso.org.
- DEPARTMENT OF JUSTICE'S AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*.
- OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, in www.oecd.org.
- OECD, *Whistleblower Protection Laws in G20 Countries - Priorities for Action*, (Settembre 2014), in www.oecd.org.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 2208 "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*", in www.senato.it.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Whistleblowing in Europe*, (2013), in www.transparency.org.

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMMERCIALE

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Tribunale di Catania, 14 luglio 2016, n. 123

(*omissis*)

osserva quanto appresso in fatto ed in diritto

La S. s.p.a. (d'ora in avanti S.) presentava domanda di concordato preventivo il 12.11.15 — riservandosi di depositare successivamente il piano e la documentazione richiesta dalla legge — dopo che, all'udienza del 10.11.15, il giudice istruttore aveva rimesso al collegio la decisione sulle istanze di fallimento, proposte dai 51 lavoratori sopra indicati. Concessi i termini per il deposito della proposta ed autorizzata la chiesta proroga, il piano e l'attestazione del professionista venivano depositati il 21.3.16.

La proponente, società operante nel mercato dei contratti pubblici aventi ad oggetto la costruzione e manutenzione di impianti di pubblica illuminazione, con oltre 400 dipendenti nei primi anni 2000, esponeva un momento di crisi dovuto alla diminuzione delle commesse ed al mancato pagamento di rilevanti crediti vantati verso gli enti locali. In particolare il credito maturato nei confronti del Comune di Catania da una associazione temporanea di imprese di cui faceva parte la proponente, oggetto di complesse trattative transattive.

Con la proposta, espressamente indicata sin dall'epigrafe con continuità aziendale, si offrivano ai creditori i due compendi immobiliari di proprietà da liquidare, stimati 3 milioni e mezzo di euro, e la gran parte dei crediti vantati verso i soci e verso i terzi (in particolare quello sopra accennato), per una somma pari a circa 3 milioni e 200 mila euro, eccetto alcuni crediti, specificamente individuati, assegnati ad una nuova società.

Entro tre mesi dall'omologazione del concordato, infatti, si sarebbe dovuta deliberare la scissione per incorporazione della S. in una newco, la S. G. s.r.l., costituita con la medesima compagine sociale. Conseguenza della scissione sarebbe stata l'*assegnazione*, alla società incorporante, dell'attivo costituito dai beni aziendali mobili (stimati in 650 mila euro) oltre ad alcuni crediti, la forza lavoro e le certificazioni, attestazioni e qualifiche necessarie

per la continuazione dell'impresa. Sarebbe transitato pure il passivo, limitatamente al t.f.r. maturato dai dipendenti sino al 18.11.15, pari ad oltre 600 mila euro. Di contro, la nuova compagnia, si impegna a versare l'importo di 500 mila euro in 8 rate semestrali in favore del ceto creditorio di S..

L'operazione avrebbe quindi consentito alla nuova società, di potere partecipare alle commesse pubbliche, senza incorrere nelle limitazioni previste dall'art. 186 *bis*, commi 4 e 5 l. fall., che avrebbero reso assai più difficile, per la proponente, la possibilità di stipulare nuovi appalti pubblici.

Nel periodo intercorrente sino alla data di omologa, S. proponeva la continuazione dell'impresa mediante la chiesta autorizzazione a stipulare un contratto di affitto di ramo di azienda (che all'esito dell'interlocuzione si apprenderà avere ad oggetto anche alcuni beni immobili valutati per oltre 800 mila euro; beni comunque oggetto della prevista liquidazione in sede concordataria), in favore della nuova società sopra denominata e costituita il 17.3.2016.

La tempistica conclusiva della proposta veniva indicata in un anno dall'omologazione, per il pagamento dei creditori privilegiati, soddisfatti integralmente; i debiti ipotecari sarebbero rimasti invece soddisfatti alla vendita dei cespiti e, quelli chirografari, soddisfatti al 46%, entro 4 anni dall'omologazione.

Questa, in sintesi, la proposta originaria.

Il tribunale, con provvedimento collegiale del 7.4.16, rilevava alcuni punti critici di seguito evidenziati in corsivo:

- *Natura del concordato, se liquidatorio o con continuità aziendale e conseguente normativa applicabile;*
- *Adeguatezza dell'attestazione in ordine ai criteri, alle modalità ed alla metodologia di valutazione dei dati aziendali, anche con particolare riferimento alla verifica del metodo e dei criteri seguiti per la stima dei beni mobili ed immobili nonché per la stima dei debiti e dei crediti, anche con riguardo ai criteri applicati per individuare l'entità e la temporalità del realizzo stimato;*
- *Omessa attestazione che la prosecuzione dell'attività sarebbe funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 183 - rectius 186-bis, comma 2, lett. B) l. fall.;*
- *Omessa analitica indicazione — nel piano — dei costi e dei ricavi attesi dalla continuazione, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura (art. 186 bis, comma 2, lett. A) l. fall.), in particolare anche in relazione alla contestazione del debito da parte di G. s.p.a. ed alla risoluzione del contratto di subappalto da parte di quest'ultima (cfr. relazione del commissario n. 2/16, pag. 4);*
- *Compatibilità tra la cessione a trattativa privata del complesso aziendale residuo, con la necessità di assicurare un procedimento competitivo a migliore soddisfacimento dei creditori, ai sensi dell'art. 163 bis l. fall.;*
- *Assenza di una formale assunzione di obblighi da parte della società*

subentrante e della indicazione circa le eventuali garanzie di adempimento degli obblighi descritti nella proposta;

inoltre:

- *Valutazione delle sopravvenienze passive derivanti dall'esito dei giudizi in corso e sufficienza del fondo rischi generico di euro 500 mila, occorre inoltre imputare e distinguere specificamente, all'interno della somma complessivamente accantonata, il singolo rischio che si intende garantire, precisando il massimo del rischio possibile e quello stimato come concretamente più probabile;*

- *Esiguità dell'importo offerto per l'affitto dell'azienda (10 mila euro trimestrali) ed assenza di una stima di mercato del relativo valore dell'affitto;* per tali motivi si invitava la proponente ad interloquire.

S., in data 2.5.2016, ribadita la natura continuativa del concordato, depositava proposta integrativa del piano con riguardo alla previsione dei costi e ricavi per l'anno in corso, rispetto alla proponente e, per il periodo successivo, rispetto alla newco.

Con altra memoria, depositata in pari data, rilevava che, comunque, la norma di cui alla lett. A) dell'art. 186 *bis* sopra citato non sarebbe stata applicabile alla fattispecie perché, in caso di affitto dell'azienda a terzi, i rischi derivanti dalla continuazione sarebbero gravati solo sul terzo e non sulla massa passiva.

Quanto, invece, ai rilevati difetti originari dell'attestazione, sia relativi al procedimento ed al metodo di verifica dei criteri di stima di ogni tipologia di bene, compresi i debiti ed i crediti, sia relativi alla omessa attestazione che la prosecuzione dell'impresa fosse funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, la proponente si limitava a rinviare ad una relazione integrativa depositata dallo stimatore.

Con riguardo al rilievo della necessità di assicurare uno strumento competitivo, ai sensi dell'art. 163 *bis* l. fall., la proponente rilevava che il limite della "compatibilità", previsto dall'ultimo comma della suddetta norma, non sussisteva nella fattispecie perché, il trasferimento dell'azienda, pur esistendo, non sarebbe stato destinato a perdurare dopo l'omologazione "*come soluzione stabilmente prevista*" ma, piuttosto, sarebbe stato destinato a perdurare solo pochi mesi (con conseguente "incompatibilità" della norma in ragione di superiori interessi funzionali ad assicurare la continuità imprenditoriale nel breve arco temporale) sino al momento della assegnazione definitiva alla newco.

Infatti, mediante l'operazione di scissione per incorporazione, si sarebbe verificato il solo effetto modificativo dello statuto, senza alcun effetto propriamente successorio nella titolarità dei beni e dei rapporti giuridici, e ciò senza alcuna soluzione di continuità.

Per questa ragione, sarebbe esclusa ogni assimilazione alla figura del trasferimento dell'azienda e, quindi, la necessità di uno strumento competitivo a garanzia di una migliore utilità per i creditori perché, appunto, non di

trasferimento a terzi si tratterebbe di mera assegnazione, mediante modifica statutaria, al soggetto giuridico neonato dallo scioglimento della società scissa.

In ordine alle garanzie offerte la proponente ribadiva che l'impegno era solo personale, per la società, in ordine al versamento dei 500 mila euro, e per la società ed i soci, in relazione all'ulteriore impegno di aumentare il capitale sociale della newco sino a 200 mila euro.

Si rinviava ad una consulenza contabile sulla congruità del canone di affitto di 41 mila euro annui e si rinviava alla proposta integrativa, sulla composizione delle sopravvenienze passive e della congruità del fondo rischi. Venivano illustrate le ragioni finanziarie di sostanziale ininfluenza sul piano del contenzioso in atto con G. s.p.a., anche con riguardo alla risoluzione del contratto di subappalto relativo alla manutenzione degli impianti di illuminazione presso il comune di Catania.

La Procura presso il Tribunale intestato, anche alla luce delle proposte integrative e della coeva memoria, insisteva per il fallimento, rilevando, da un canto, alcune criticità afferenti il contenzioso con G. s.p.a. e d'altro canto, che la congruità del canone di affitto dell'azienda era stata analizzata da un consulente contabile della proponente ma non certificata dall'attestatore.

Ribadiva che, comunque, l'attestazione fosse carente dei suoi presupposti essenziali.

Con le ulteriori note concesse, la proponente rilevava che la valutazione in ordine alla congruità del canone fosse un elemento marginale del piano; depositava ulteriore integrazione dell'attestatore sul suddetto punto.

Quanto al contenzioso con G. deduceva che era stato raggiunto un accordo transattivo, in virtù del quale era stata incamerata la somma di 300 mila euro, in attesa dell'autorizzazione del Tribunale (già negata in prima istanza) per l'accettazione dell'ulteriore somma di 250 mila euro a chiusura dell'accordo.

Ciò premesso il Collegio ritiene la proposta inammissibile.

Esaminando le ragioni più liquide tra quelle poste, vanno rilevati:

- il difetto originario dell'attestazione;
- la sostanziale elusione della disciplina di cui all'art. 163 *bis* l. fall.,

inderogabilmente prevista, la cui *ratio* è di evitare che, attraverso lo strumento concordatario, si realizzino abusi consistenti nella dismissione di beni in favore di terzi ed a prezzi non competitivi o inferiori a quelli di mercato.

1. Sotto il primo profilo questo Tribunale (camera di consiglio del 18.2.14, nei giudizi riuniti 18/2014 e 192/2014, proposta di concordato Bitumi Catanesi s.r.l. in liquidazione) ha già ritenuto che è compito dell'ufficio:

“... nella fase di ammissione, esercitare un controllo sull'adeguatezza delle informazioni contenute nella proposta di concordato nel duplice senso sia della loro completezza sia della loro coerenza rispetto al piano, nonché sull'adeguatezza logico-informativa dell'attestazione, verificando se il professionista abbia svolto concretamente il ruolo ad esso affidato dalla legge.

Come statuito dalla Suprema Corte “Il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione — inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti — possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione ai creditori, dovendo il giudice astenersi da una indagine di merito riservata alla fase successiva e ai compiti del commissario giudiziale e ai poteri di cui è investito il tribunale nella fase di omologazione in presenza di una opposizione ex art. 180 l.f.” (cfr. Cass. Sez. I, 23.6.2011, n. 13817; 14.2.2011, n. 3586; 25.10.2010, n. 21860).

È dunque onere del professionista attestatore formulare un giudizio adeguatamente motivato sulla veridicità dei dati aziendali, previa una concreta verifica degli stessi e un giudizio prognostico sulla fattibilità del piano.

Occorre infatti che l'attestatore valuti in concreto che il patrimonio dell'azienda sia non solo esistente ma anche correttamente valorizzato, prendendone visione diretta e, in caso di dubbio, richiedendo apposite stime, senza che ciò escluda una valutazione critica delle stime stesse.

Come in proposito affermato in più pronunce dai giudici di merito “nel concordato preventivo, con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma, al contrario, tale giudizio comporta che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano “effettivamente reali” (cfr. in tal senso Tribunale Firenze, 9 febbraio 2012, in Redazione Giuffrè, 2012).

Ed ancora è stato evidenziato come “il giudizio dell'attestatore di cui all'articolo 161, legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimonio, esaminando e vagliando i dati che lo compongono...” (Tribunale Mantova, 28 maggio 2012, in www.ilcaso.it).

Infatti “l'attestazione di veridicità dei dati aziendali non può ridursi ad un atto di fede ricollegabile all'esistenza di documenti formali e a un mero rinvio agli stessi, al contrario deve dare conto della verifica capillare di tutti i dati aziendali...e deve permettere di ricostruire l'iter logico seguito posto a base delle valutazioni dell'attestatore” (Tribunale Novara 14.6.2013 in Foro Padano, 2013, 4, I, 484). Ciò comporta che compito dell'attestatore è “esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano concordatario si fonda, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano, con la precisazione che particolare attenzione l'attestatore deve prestare agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (ad esempio, crediti rilevanti), alle componenti del capitale circolante che generano flussi di cassa (ad esempio, scorte, crediti, debiti, ecc.) ed agli elementi con profili di rischio elevato ai fini

dell'attestazione (ad esempio, avviamenti di assets da dismettere, fondi di rischio ed oneri). La tipologia del controllo del professionista che attesta la fattibilità del piano di concordato preventivo non può prescindere dalle caratteristiche del piano stesso. Così, ad esempio, in un piano di tipo liquidatorio, il professionista dovrà accertare e attestare l'appartenenza al debitore dei beni immobili e degli altri cespiti e la libera disponibilità degli stessi, la effettiva esistenza e la corretta valutazione dei crediti commerciali, la effettiva presenza di giacenze di magazzino e la concreta possibilità di collocazione sul mercato" (cfr. Tribunale Benevento 23 aprile 2013 in www.ilcaso.it)."

Partendo da queste premesse e preso atto della ribadita natura continuativa del concordato — sia con riguardo al mantenimento delle commesse in corso, sia con riferimento all'utilizzazione di un ramo aziendale per l'ottenimento delle stesse — ritiene il Collegio che nel caso in esame, l'attestazione sconti un grave difetto originario.

In primo luogo deve rilevarsi l'omessa attestazione prevista dall'art. 186 bis, comma 2, lett. b) 1. fall., rispetto alla funzionalità della continuazione aziendale verso il miglior soddisfacimento dei creditori.

Né è ammissibile un supplemento di attestazione, al di fuori delle ipotesi di modifica della proposta; modifica non avvenuta nel caso in oggetto — per come rilevato dalla stessa proponente — in cui il piano è rimasto sempre uguale, pur con le precisazioni di cui alle memorie del 2.5.16.

Ragioni di ordine sistematico depongono in primo luogo in favore di tale tesi.

L'art. 162, comma 1, 1. fall. prevede la possibilità di assegnare un termine al debitore per apportare integrazioni al piano e non per apportare integrazioni all'attestazione, laddove essa sia originariamente carente.

Diverso è il caso in cui il piano sia integrato attraverso deduzioni di fatti e circostanze nuovi rispetto alla proposta originaria, tali cioè da configurare possibili scenari prima non paventati.

Solo in tale seconda ipotesi — stante la inscindibile connessione esistente tra tutte le previsioni del piano, da un lato, e l'attestazione della loro veridicità iniziale e fattibilità successiva, dall'altro lato — potrebbe infatti darsi l'ammissibilità di un supplemento della attestazione.

Non così nel caso in esame, non essendo stata apportata alcuna modifica della proposta, atteso che con la nota depositata il 2.5.2016 si è solo data una indicazione maggiormente analitica dei costi e dei ricavi presunti, conseguenti alla continuazione aziendale, durante l'affitto d'azienda e fino al realizzarsi della scissione per incorporazione, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2, lett. A).

L'integrazione della proposta sopperisce infatti ad un difetto originario di esplicitazione della stessa, senza in nulla modificarla, integrazione che certamente non può valere a rimettere in termini l'attestatore circa una omissione già verificatasi.

Va in proposito condiviso l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito:

“La relazione dell’attestatore è un requisito di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, la cui mancanza non può essere sanata attraverso la concessione del termine di cui all’articolo 162, comma 2, L.F.” (Tribunale Crotone 15 aprile 2015 su ilcaso.it); *“L’attestazione del piano concordatario, nella sua forma idonea ad assolvere lo scopo previsto dalla legge, deve essere depositata al momento della domanda di concordato ed il disposto di cui all’articolo 162, comma 1, L.F. deve essere interpretato nel senso che il tribunale possa consentire esclusivamente una integrazione del piano e la produzione di nuovi documenti, ma non la sostituzione di una attestazione che si sia rivelata ab origine inidonea.”* (Tribunale Rovigo 20 marzo 2015 su ilcaso.it).

Il rilievo della omessa attestazione circa la migliore convenienza per i creditori derivante dalla continuazione dell'impresa basterebbe, già di per sé solo, a determinare l'inammissibilità della proposta.

Pur tuttavia, va per completezza rilevata l'insufficienza della attestazione, anche con riferimento alle verifiche fatte per accertare veridicità e fattibilità della proposta.

L'importanza della verifica dei dati emerge in tutta la sua evidenza se solo si pensa che, a prescindere dal controllo del tribunale, l'attestazione è l'unico strumento di cui godono i creditori per valutare la serietà e la convenienza della proposta concordataria; ciò per consentire che l'attestazione assolva la funzione che le è propria corrispondendo effettivamente al tipo previsto dal legislatore: quella di fornire elementi di valutazione per i creditori (Cass. 3586/11; Cass. 22927/09).

Tali elementi derivano, in primo luogo proprio dalla *“motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti”* (Cass. 21860/10).

L'attestazione ha natura informativa per i creditori, avendo lo scopo di illustrare il percorso logico di verifica dei dati e la sussistenza di concrete possibilità di realizzabilità della proposta.

In particolare, nel caso concreto, non sono sufficientemente indicati né la metodologia, né i criteri applicati per procedere alla verifica.

Tali requisiti sono richiesti ed anche in modo rigoroso, in quanto è solo la coerenza e la ragionevolezza dei primi (metodo e criteri) a determinare la credibilità della seconda (la verifica) e delle sue conclusioni (veridicità e fattibilità del piano).

Il professionista non può limitarsi a confermare semplicemente i dati contabili forniti dalla proponente, senza appunto dar conto del ragionamento e delle verifiche compiute, perché si giungerebbe alla paradossale conclusione che la previsione di cui all'art. 161 c. 3 l.f. sia funzionale semplicemente ed esclusivamente alla assunzione di responsabilità esterna da parte dell'attestatore, in ciò tradendo la finalità propria dell'attestazione, funzionale alla espressione consapevole da parte del ceto creditorio del proprio consenso.

Nel caso concreto l'analisi delle verifiche fatte e dei criteri e del metodo utilizzato sono contenute essenzialmente al punto 6 di pag. 9 della attestazione, laddove si precisa che *“tutto il lavoro svolto si basa sulla documentazione messa a disposizione dalla società stessa la quale garantisce al professionista l'autenticità e correttezza”*.

Successivamente vengono genericamente dedotti riscontri, tramite informazioni fornite da fonti esterne per la verifica dei saldi, ma non vengono indicati quali, quante e da chi siano state reperite tali informazioni, quale sia il loro oggetto.

Il difetto si ripercuote inevitabilmente nel riscontro della veridicità e fattibilità degli elementi essenziali del piano: la veridicità circa la valutazione degli immobili (del tutto omessa se non con il rinvio ai dati contabili esposti in bilancio ed alla perizia di parte) e dei crediti da liquidare, l'analisi di fattibilità nel tempo di tale liquidazione, il complesso rapporto che emerge, nei dati contabili, tra i crediti verso i clienti e le fatture da emettere per lavori già eseguiti.

Si tratta di deduzioni che, nella loro astrazione, non illustrano alcun elemento ulteriore per valutare quante siano le possibilità di riuscita del piano.

2. Passando all'esame della seconda questione rileva il Tribunale la sostanziale elusione della norma prevista dall'art. 163 *bis* l. fall., realizzata tramite la prospettata operazione societaria di scissione per incorporazione.

La tesi della mancanza di un fenomeno successorio, nel senso che non si avrebbe trasferimento, come tale soggetto a previsione di procedura competitiva, ma semplice “assegnazione” a seguito della scissione per incorporazione, conduce, attraverso una opzione interpretativa suggestiva, alla negazione dell'effetto consolidativo del precedente affitto di ramo d'azienda, in sé temporaneo, legittimando la consegna di un ramo rilevante di tutta l'azienda ad un neonato soggetto giuridico, a titolo sostanzialmente gratuito e definitivo.

Il contratto di affitto, una volta scissa ed incorporata la società, esaurirebbe i propri effetti, senza alcuna conseguenza restitutoria, semplicemente per confusione tra i due soggetti, in assenza di assunzione di solidarietà per i debiti, eccetto il t.f.r., per il quale la solidarietà è già prevista da altra norma (art. 2112 c.c.).

In questo modo si sovrappongono, da un lato, l'alterità soggettiva tra S. e S. G. laddove si vuole continuare, con parte dei medesimi beni aziendali, a stipulare contratti pubblici, tramite la newco, per non incorrere nella scure di cui all'art. 186 *bis* l. fall. e, dall'altro lato, la negazione dell'effetto definitivo del trasferimento del ramo di azienda a terzi — in quanto qualificato quale assegnazione per il tramite dell'operazione societaria di modifica dello statuto — laddove si vuole, invece, evitare la disciplina di cui all'art. 163 *bis* l. fall., e dunque l'obbligo della gara competitiva per la dismissione del ramo.

In tal modo la proposta operazione societaria si scontra, nel caso concreto,

con la specialità ed inderogabilità della disciplina concorsuale, con la necessità di uno strumento competitivo che assicuri la migliore realizzazione delle poste del patrimonio netto *scorporato* dalla proposta e incorporato nel nuovo soggetto giuridico.

Stante l'inammissibilità della proposta;

vista l'istanza di fallimento dalla Procura argomentata con la memoria del 30.5.16 e ribadita all'udienza del 4.7.2016;

esaminata la documentazione in atti ed assunte le opportune informazioni; udito il giudice relatore;

ritenuto che sussistono tutti i presupposti per la dichiarazione di fallimento della società intimata sulla base delle risultanze che seguono:

a) questo Tribunale è competente, ai sensi dell'art. 9 L. Fall., considerato che è stato accertato che la sede dell'impresa si trova nel circondario;

b) la debitrice è soggetta alle disposizioni sui procedimenti concorsuali ai sensi dell'art. 1 L. Fall., poiché si tratta di società che ha esercitato attività commerciale avente, per come emerge dalla documentazione versata in atti dalle, caratteristiche tali da superare le soglie minime individuate alternativamente *ex lege*, quanto ai ricavi lordi e all'attivo patrimoniale nell'ultimo triennio;

c) la resistente è stata posta in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa, essendo stati concessi i termini a difesa di cui all'art. 15 e 162 L. Fall.;

d) la debitrice si trova nello stato di insolvenza previsto dall'art. 5 L. Fall., come risulta dalla stessa riconosciuto a presupposto della proposta di concordato;

visti gli artt. 1, 5, 6, 9, 15 e 16 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

P.Q.M.

dichiara il fallimento di **S. S.P.A.** [...]

* * *

Concordato preventivo: profili di elusività rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti (di ROBERTA BENEDINI)

1. *La rilevanza della disciplina delle offerte concorrenti ex art. 163-bis L.F. nel quadro normativo generale dell'istituto concordatario.*

L'intervento normativo attuato con il D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modifiche nella Legge 6 agosto 2015 n. 132, ha comportato una vera e propria cesura rispetto a una prassi molto diffusa in passato nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, ossia quella dei cosiddetti pacchetti "preconfezionati" d'offerta.

Frequentemente, infatti, il debitore presentava procedure concordatarie che prevedevano il trasferimento d'azienda, di uno o più rami d'azienda o di specifici beni e che, allo stesso tempo, individuavano il soggetto destinatario del suddetto trasferimento in modo predeterminato.

Tale *modus operandi* si sostanzialmente nella sottoscrizione con tale soggetto di un contratto preliminare i cui termini essenziali venivano poi riflessi (ed inclusi) nel piano concordatario, con la conseguenza che non residuava alcuna possibilità di modificare il prezzo o le condizioni pattuite. Pertanto, è del tutto evidente come in questo modo venisse unilateralmente proposta ai creditori concorsuali un'offerta "chiusa" e "vincolata", che non lasciava alcuna alternativa se non quella di accettarla o rifiutarla in blocco ⁽¹⁾.

L'elemento di maggior criticità derivava dal fatto che, in situazioni come quella descritta, si concretizzava un reale rischio di *conflitto d'interessi* e la conseguente minaccia di un'inadeguata valorizzazione degli *assets* aziendali, a discapito dei creditori e della loro *recovery*.

Proprio al fine di incidere su tale diffusa prassi, è pertanto intervenuto il nuovo art. 163-bis della Legge Fallimentare, introdotto dall'art. 2, comma 1, D.L. 83/2015 e ispirato a principi di competitività e concorrenza, prescrivendo l'assunzione di un nuovo obbligo da parte del Tribunale, consistente nel dare avvio ad una procedura competitiva ogni qual volta si concretizzino determinati presupposti ⁽²⁾. Questa disposizione comporta un'evidente innovazione rispetto al passato e si può presupporre che per il futuro possa costituire un punto di riferimento importante nell'ambito delle procedure concordatarie. A tale riguardo, la sentenza del Tribunale di Catania del 14 luglio 2016 pare piuttosto significativa e di sicuro interesse.

La pronuncia della corte di merito ha ad oggetto il caso di un concordato preventivo il cui piano contemplava un'operazione societaria straordinaria disciplinata dalle norme di diritto societario comune.

La sentenza ha messo in luce la circostanza che tale operazione societaria — così come strutturata dal piano — fosse risultata di fatto elusiva rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti ex art. 163-bis L.F. e come, pertanto, tale situazione richiedesse comunque l'obbligo di dare avvio ad una procedura competitiva, nonostante non si ricadesse nelle fattispecie letteralmente previste dalla norma. Nello specifico, l'operazione societaria in questione comportava un trasferimento di *assets* in ragione di una trattativa privata. Tale

(1) Sul concetto di pacchetto "preconfezionato" d'offerta in senso stretto si veda F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento, Parte II: le modifiche riguardanti il concordato preventivo. "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in www.ilfallimentarista.it, giugno 2015, 17-18.

(2) In merito ai presupposti e alle modalità di svolgimento della procedura competitiva si vedano S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, I, 376-378; E. SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, novembre 2015, 30-32; G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, I, 1423 ss.

circostanza, a parere del Tribunale, rappresentava un presupposto sufficiente per ricorrere a uno strumento competitivo, in conformità ai principi sanciti dal nuovo art. 163-bis. In tale senso, appare di tutta evidenza il ruolo sempre più centrale che questa disposizione sta assumendo nel quadro normativo generale delle procedure concordatarie, non solo per aver tracciato un'ideale linea di confine rispetto alle accennate prassi diffuse in passato ⁽³⁾, ma anche per aver introdotto in modo *sistematico* la contendibilità dell'impresa in crisi e i connessi principi di concorrenza e competitività.

2. *I fatti oggetto della pronuncia della corte di merito: approfondimento sull'operazione di scissione parziale prevista nel piano concordatario.*

A questo punto vale la pena soffermarsi sulle caratteristiche dell'operazione oggetto delle valutazioni del Tribunale di Catania.

La società in questione, operante nel mercato dei contratti pubblici relativi alla costruzione e alla manutenzione di impianti di pubblica illuminazione, aveva presentato in data 12 novembre 2015 una domanda di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.F. a cui era seguito il deposito del piano concordatario e dell'attestazione del professionista in data 21 marzo 2016.

La proposta prevedeva, sinteticamente, la continuità dell'attività aziendale e offriva al contempo ai creditori determinati elementi dell'attivo, tra i quali due compendi immobiliari da liquidare. Ad ogni modo, l'elemento su cui si vuole focalizzare l'attenzione consiste nella previsione, all'interno del piano su cui si basava la proposta concordataria, di un'operazione societaria di scissione parziale della società principale in una *Newco* appositamente costituita e recante la medesima compagine sociale della società scissa. Con la suddetta operazione societaria — da deliberarsi entro tre mesi dall'omologazione — sarebbero stati assegnati alla *Newco*, da un lato, diversi elementi dell'attivo patrimoniale come i beni mobili, la forza lavoro e le diverse attestazioni e certificazioni necessarie per la continuità dell'attività aziendale e, dall'altro lato, la posta del passivo consistente nel TFR maturato dai dipendenti sino a una determinata data. In contropartita, la stessa avrebbe versato a favore dei creditori concorsuali un importo di ammontare pari a 500 mila euro, suddiviso in 8 rate semestrali. Veniva inoltre previsto un affitto del ramo d'azienda alla medesima *Newco* sino alla data di omologazione e, a tal proposito, la proponente chiedeva l'autorizzazione ai sensi dell'art. 161, comma 7, L.F. a stipulare il contratto avente ad oggetto l'affitto stesso.

Pertanto, considerando che le suddette operazioni coinvolgevano un soggetto formalmente diverso rispetto alla proponente, quest'ultima si prefiggeva

⁽³⁾ M. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in www.ilfallimentarista.it, novembre 2015.

la prosecuzione dell'attività aziendale e la possibilità di partecipare, al contempo, alle procedure di assegnazione di contratti pubblici senza incorrere nelle limitazioni previste dall'art. 186-*bis*, commi 4 e 5, L.F. e gravanti, per l'appunto, sulle società ammesse alle procedure di concordato in continuità aziendale.

A fronte delle sopraesposte previsioni, nonché per una serie di altri elementi non rilevanti in questa sede, il Tribunale di Catania aveva rilevato delle criticità, la principale delle quali, ai nostri fini, relativa all'elusività rispetto alla nuova disciplina delle offerte concorrenti *ex art. 163-bis* L.F..

Precisamente, la suddetta elusività è stata ravvisata in due profili: il primo relativo all'operazione societaria di scissione parziale prospettata nel piano e il secondo connesso alla previsione dell'affitto del ramo d'azienda alla *Newco*. Per completezza, si deve aggiungere che, in merito a questo secondo aspetto, il Tribunale aveva altresì segnalato ulteriori criticità connesse all'esiguità del canone offerto (pari a 10.000 euro semestrali) e alla mancanza di una stima di mercato di tale valore.

Per quanto riguarda il primo profilo, si può notare come gli effetti dell'operazione di scissione parziale comportassero un trasferimento di *assets* aziendali a favore della *Newco*, appositamente costituita proprio ai fini dell'assegnazione di elementi patrimoniali funzionali alla prosecuzione dell'attività. Tale trasferimento, tuttavia, era basato su una trattativa privata che non lasciava spazio all'utilizzo di strumenti competitivi in grado di selezionare tra diversi potenziali offerenti e di far emergere, grazie alle dinamiche di mercato, il reale valore degli *assets* aziendali.

Pertanto, la predetta operazione di scissione, così come prospettata nel piano concordatario, è stata ritenuta elusiva rispetto all'art. 163-*bis* L.F.: essa presentava i medesimi elementi caratterizzanti i cosiddetti pacchetti "preconfezionati" d'offerta e, come tale, risultava poco trasparente e connaturata dal rischio di un conflitto d'interessi gravante sulla soddisfazione finale della classe creditoria.

Per quanto concerne il secondo profilo in esame, invece, si deve considerare che l'ultimo comma dell'art. 163-*bis* L.F. dispone che la disciplina delle offerte concorrenti si applichi, in quanto compatibile, anche nei casi di affitto d'azienda e di ramo d'azienda. Nel caso oggetto d'esame, pertanto, è stata ravvisata incompatibilità per il fatto che l'individuazione del soggetto affittuario avvenisse senza alcuno strumento competitivo. Se a ciò si aggiungono le ulteriori criticità evidenziate dal Tribunale, ossia l'esiguità del canone d'affitto e la mancanza di una stima di mercato del relativo valore, si delinea una situazione potenzialmente atta a pregiudicare la massimizzazione della *recovery* dei creditori.

3. *La decisione della corte di merito.*

Nel corso del contraddittorio instaurato con la proponente, essa giustifi-

cava le criticità segnalate dal Tribunale affermando, in primo luogo, che l'operazione di scissione parziale doveva ritenersi una mera assegnazione attuata tramite modifica statutaria, non assimilabile alla figura del trasferimento d'azienda. In secondo luogo, facendo leva sul requisito della compatibilità contemplato dallo stesso art. 163-bis L.F., la proponente affermava che l'apertura di una procedura competitiva sarebbe risultata inconciliabile con le esigenze e i tempi connessi alla prosecuzione dell'attività in fase di affitto d'azienda e che, in ogni caso, il trasferimento sarebbe stato soltanto temporaneo, esaurendosi poco dopo l'omologazione a seguito dell'assegnazione alla *Newco*.

Nonostante quanto affermato dalla ricorrente, il Tribunale di Catania manteneva la propria posizione ribadendo l'elusività rispetto ai principi sanciti dall'art. 163-bis L.F. e sottolineando la contraddittorietà della tesi sostenuta dalla società medesima. Da un lato, infatti, tale tesi conduceva alla negazione dell'effetto consolidativo dell'affitto del ramo d'azienda, che sarebbe cessato per confusione tra i due soggetti giuridici comportando il trasferimento a titolo gratuito del ramo d'azienda stesso alla *Newco* ⁽⁴⁾. Dall'altro lato, una contraddizione intrinseca derivava dal fatto che la società principale sosteneva che la scissione potesse qualificarsi come mera assegnazione attuata tramite modifica statutaria ma, allo stesso tempo, voleva mantenersi nettamente distinta rispetto alla *Newco* per le motivazioni già accennate e correlate alla volontà di sfuggire alle limitazioni ex art. 186-bis L.F..

In definitiva, la proposta concordataria è stata ritenuta inammissibile dal Tribunale di Catania, posta l'elusività rispetto all'art. 163-bis L.F., anche per tutta una serie di altri elementi che hanno influito, impedendo di fatto la

(4) Nel caso oggetto d'esame, l'affitto d'azienda sarebbe stato seguito dall'operazione di scissione parziale prevista nel piano e, da questo punto di vista, tale strumento fungeva da "ponte" per giungere a un trasferimento di *assets* aziendali. Il Tribunale di Catania aveva sottolineato questo aspetto nel ribadire l'elusività rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti, nonostante la ricorrente avesse sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 163-bis L.F. all'affitto d'azienda, facendo leva sul requisito della compatibilità previsto nella norma stessa. Evidentemente, la corte di merito aveva mantenuto la propria posizione considerando le caratteristiche sostanziali del caso in esame, nonostante il requisito della compatibilità non sia un elemento di rilevanza secondaria. Le finalità dell'affitto d'azienda, infatti, potrebbero essere inconciliabili con il procedimento competitivo ex art. 163-bis L.F. e inoltre tale strumento, qualora temporaneo e non recante l'impegno ad acquistare il compendio aziendale, non possiede la caratteristica della definitività, diversamente dai pacchetti "preconfezionati" d'offerta in senso stretto. Si veda, al riguardo, P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, I, 1196-1197.

Una simile direzione è stata seguita anche dal Tribunale di Bergamo che, nella sua pronuncia del 23 dicembre 2015, ha ammesso la possibilità di autorizzare in via d'urgenza l'affitto d'azienda e di posticipare lo svolgimento della procedura competitiva ex art. 163-bis L.F. per l'individuazione del soggetto affittuario, nel caso in cui ciò risulti indispensabile per salvaguardare l'integrità e il valore del compendio aziendale. Sul punto, si veda E. PAGANI, *Rassegna di giurisprudenza (e spunti di dottrina) sul concordato preventivo in seguito al d.l. 83/2015*, in *www.lcaso.it*, giugno 2016, 25.

Da ultimo, sull'affitto d'azienda e sul connesso ambito applicativo dell'art. 163-bis L.F. si veda G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *www.fallimentiesocietà.it*, 2015, 83-84.

prosecuzione dell'*iter* concordatario mediante l'applicazione analogica della nuova disciplina delle offerte concorrenti ⁽⁵⁾.

4. *Riflessioni sull'applicazione sistematica dell'art. 163-bis L.F.: un'ingenuità di aree tale da rendere elusiva un'operazione di scissione parziale disciplinata dalle norme di diritto societario comune.*

Ai fini dell'analisi, l'aspetto di preminente interesse su cui si focalizzerà l'attenzione è rappresentato dall'elusività di un'operazione straordinaria di diritto societario comune rispetto alla nuova disciplina delle offerte concorrenti *ex art. 163-bis L.F.* la quale, come accennato, prevede l'apertura di una procedura competitiva finalizzata a sondare la presenza di potenziali offerenti ogni qual volta se ne concretizzino i presupposti.

L'art. 163-bis, in particolare, assicura il rispetto dei principi di competitività e concorrenza in diverse fasi della procedura concordataria, tanto che all'ultimo comma estende lo svolgimento della procedura competitiva — nei limiti della compatibilità — oltre che all'affitto d'azienda o di un ramo d'azienda anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, comma 7, L.F., comprendendo così pure la fase preconcordataria. Pertanto, ciò che emerge da una prima lettura della nuova norma è proprio l'estensione indiscriminata e automatica della procedura competitiva ogni qual volta se ne concretizzino i presupposti e, all'interno di tale quadro complessivo, si può affermare che la sentenza del Tribunale di Catania abbia aggiunto un ulteriore importante tassello. Infatti, è come se l'automaticità della procedura competitiva si spingesse oltre i presupposti formalmente previsti dalla norma, estendendosi anche a tutti quei casi non letteralmente previsti da quest'ultima ma caratterizzati da situazioni in cui, in sostanza, si verifica un trasferimento d'azienda, di un ramo d'azienda o di specifici beni a seguito di una trattativa privata ⁽⁶⁾.

Tale circostanza, nello specifico, è ravvisabile proprio nell'operazione di

⁽⁵⁾ A titolo esemplificativo e non esaustivo, tra questi elementi critici si annoverano: "Natura del concordato, se liquidatorio o con continuità aziendale e conseguente normativa applicabile; adeguatezza dell'attestazione in ordine ai criteri, alle modalità ed alla metodologia di valutazione dei dati aziendali..." "In particolare, se ritenuto concordato con continuità aziendale: omessa attestazione che la prosecuzione dell'attività sarebbe funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori...; omessa analitica indicazione — nel piano — dei costi e dei ricavi attesi dalla continuazione, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura..." Sentenza del Tribunale di Catania, 14 luglio 2016, n. 123.

⁽⁶⁾ Un simile orientamento è condiviso anche in dottrina: si sostiene, infatti, che l'art. 163-bis L.F. sia una norma di carattere imperativo tale da porsi in una posizione di prevaricazione nei confronti di quei casi in cui "il piano concordatario programma il trasferimento 'sostanziale' dell'azienda (o di assets rilevanti) ad un terzo già individuato, ma lo fa attraverso espedienti giuridici, spesso tratti dal diritto societario, che non si prestano ad essere assorbiti ad una 'riduzione' a procedura di vendita competitiva". Sul punto si veda D. GALLETTI, *Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, ottobre 2016.

Per un ulteriore approfondimento si veda anche D. GALLETTI, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in www.ilfallimentarista.it, maggio 2016.

scissione parziale prevista nel piano concordatario oggetto della pronuncia della corte di merito catanese. Non a caso, la natura di tale operazione societaria straordinaria è peculiare: essa rappresenta una modificazione dell'atto costitutivo finalizzata ad un profondo riassetto organizzativo delle società partecipanti, ma risulta essere altresì connaturata da particolari effetti traslativi ⁽⁷⁾.

Nel caso in esame, questi effetti traslativi sono resi evidenti dal fatto che la società beneficiaria è una *Newco* appositamente costituita proprio per l'assegnazione di parte del patrimonio della scissa — con la quale condivide la medesima compagine sociale — cosicché tali elementi patrimoniali attivi e passivi vengano sottratti all'applicazione di alcune norme in tema di concordato preventivo in continuità aziendale.

Ne consegue che, in tale circostanza, la questione della natura modificativa o traslativa della scissione parziale è determinante in quanto può costituire un presupposto per l'applicazione analogica di alcune disposizioni in materia di trasferimento d'azienda, di ramo d'azienda o di specifici beni. Tra queste ultime si possono per l'appunto annoverare — pur non essendo comprese nell'ambito delle norme di diritto societario comune — quelle dettate dal nuovo istituto delle offerte concorrenti *ex art. 163-bis L.F.*, qualora ricorrano determinati presupposti. In definitiva, la previsione nel piano concordatario di un'operazione societaria straordinaria di scissione parziale può comportare peculiari effetti sul piano procedurale, come risulta proprio dalla sentenza del Tribunale di Catania ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ In merito a tale aspetto risulta opportuno citare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi lungo i due contrapposti filoni rappresentati, da un lato, dalle teorie modificazioniste e, dall'altro, dalle teorie traslative o successorie. In particolare, secondo le concezioni modificazioniste l'operazione societaria di scissione si inserisce nell'ambito di un sistema il cui elemento centrale e caratterizzante coincide con l'attività — oggettivamente considerata — e con l'organizzazione strumentale alla medesima. In tale prospettiva, il fenomeno intersoggettivo rappresentato dal momento traslativo o successorio non può trovare collocazione all'interno del suddetto sistema e, di conseguenza, la scissione deve considerarsi quale operazione priva di effetti circolatori. Va sottolineato che appartengono al filone modificazionista anche quelle teorie che equiparano la scissione ad una modificazione dell'atto costitutivo (tesi tra l'altro sostenuta dalla ricorrente nel caso oggetto d'esame), anche se le stesse scontano alcune criticità legate — ad esempio — al fatto che vi sono casi di operazioni societarie di scissione che non comportano modifiche dell'atto costitutivo o dello statuto delle società coinvolte. Il filone delle teorie traslative o successorie, viceversa, considera come aspetto cruciale della scissione il trasferimento patrimoniale che si realizza dalla società scissa a una o più società beneficiarie. In particolare, nel tentativo di individuare la natura della fattispecie, tali teorie assimilano la scissione talvolta ad un conferimento, altre volte ad un contratto di compravendita, ad una successione oppure ne sottolineano il carattere *sui generis*, enfatizzando in ogni caso la sussistenza di un momento traslativo. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7^{ma} ed., Torino, 2004, 114-121.

Sul tema si veda anche AA.VV. (F. GUERRERA), *Diritto delle società*, Milano, 2012, 458-460; a favore delle teorie modificazioniste P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, I, 1065 ss.; a favore delle teorie traslative A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Rivista delle società*, 1995, 1190 ss.

⁽⁸⁾ Sul tema della previsione nel piano concordatario di un'operazione societaria di scissione si veda F. GUERRERA e M. MALTONI, Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 77-2007/I, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Studi e Materiali CN*, Milano, par. 18 ss.

Più specificamente, nel caso in esame tale operazione, così come prevista e strutturata nel piano concordatario, ha creato un conflitto tra le norme speciali di diritto fallimentare e le norme di diritto societario comune, le quali non possono derogare alle prime, dovendo bensì soggiacere ai principi di concorrenza e all'utilizzo di strumenti competitivi *ex art. 163-bis L.F.* ⁽⁹⁾.

Pertanto, tale estensione applicativa della nuova disciplina delle offerte concorrenti rende evidente come il recente *art. 163-bis L.F.* abbia assunto un ruolo di grande centralità, tanto da poterlo quasi assimilare ad un principio generale ed inderogabile nell'ambito dell'istituto concordatario.

Da questo punto di vista, la portata innovativa della norma in esame è davvero rilevante poiché va a definire un nuovo profilo del concordato preventivo, quale procedura concorsuale incardinata sui principi di competitività e di concorrenza, la cui applicazione sistematica rende possibile la contendibilità dell'impresa e la connessa massimizzazione della soddisfazione della massa creditoria.

5. Osservazioni conclusive.

In conclusione, l'*art. 163-bis L.F.* ha portato con sé dei cambiamenti destinati ad incidere significativamente a livello operativo, dal momento che ha posto fine a diffuse prassi potenzialmente lesive della soddisfazione del ceto creditorio, giungendo ad una soluzione univoca rispetto ai diversi orientamenti fino a quel momento registratisi in giurisprudenza nei confronti di queste prassi medesime ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Relativamente al rapporto tra norme concorsuali e norme societarie, all'evoluzione del medesimo e alle progressive invadenze di aree si veda P. BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Rivista delle Società*, 2016, I, 241 ss.

⁽¹⁰⁾ In merito alla prassi dei cosiddetti pacchetti "preconfezionati" d'offerta, vi era chi ne sosteneva l'inammissibilità facendo leva sull'*art. 182, comma 5, L.F.* quale principio generale inderogabile che disciplina le vendite da attuarsi con modalità competitive. Tale orientamento è stato seguito dal Tribunale di Milano in occasione del concordato preventivo della Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor (si veda, al riguardo, il decreto di omologa depositato il 10 maggio 2012). Infatti, il Tribunale di Milano, a seguito della presentazione della domanda di concordato, aveva segnalato alcune criticità connesse ad un potenziale conflitto di interessi: nel piano era previsto il conferimento del ramo d'azienda ospedaliero in esercizio ad una *Newco*, le cui quote partecipative del capitale sociale sarebbero state interamente cedute a due investitori. Con questi ultimi era già stato stipulato un contratto preliminare che non consentiva di modificare il prezzo e le condizioni pattuite e il potenziale conflitto d'interessi risiedeva nel fatto che i due investitori fossero altresì membri del Consiglio di Amministrazione della Fondazione. Il Tribunale di Milano, dunque, aveva fatto notare questo aspetto e la necessità di svolgere un procedimento di selezione competitiva tra i potenziali offerenti, facendo perno proprio sull'*art. 182, comma 5, L.F.* considerato come principio generale inderogabile, non conciliabile con situazioni di vincolo per i creditori come quella sopraesposta. Sul caso si veda anche: F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento, Parte II: le modifiche riguardanti il concordato preventivo. "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, cit., 16-17.

Viceversa, un diverso orientamento è rinvenibile nella sentenza del Tribunale di Alessandria del 18 gennaio 2016 relativa al concordato preventivo della società Borsalino Giuseppe & Fratello S.p.a., in cui il piano risulta formulato come un pacchetto "preconfezionato" d'offerta. Nel caso in esame la proponente aveva presentato una domanda di concordato

La portata innovativa della nuova norma, tuttavia, non è circoscrivibile al suddetto aspetto ma risulta essere ben più ampia: è proprio in tale direzione che si è espresso il Tribunale di Catania nella sentenza del 14 luglio 2016.

In essa, infatti, viene affermato che l'istituto delle offerte concorrenti deve trovare applicazione anche ai casi rispetto ai quali i presupposti *ex art.* 163-*bis* L.F. non possono ritenersi pienamente verificati ma che, di fatto, comportano effetti analoghi a quelli di un trasferimento di *assets* ad un soggetto previamente individuato in base ad una trattativa privata.

Da ultimo, considerando come tale estensione “estrema” e automatica di procedure competitive possa, per certi versi, comportare un'eccessiva burocratizzazione e diversi effetti negativi in termini di maggiori costi e tempistiche più lunghe, ritengo che sia condivisibile l'orientamento dei giudici di merito del Tribunale di Catania; reputo infatti che sia opportuno ricorrere a tali strumenti a seconda delle caratteristiche sostanziali di un'operazione, ovvero, a prescindere dalla forma.

Nello specifico, prendendo a riferimento l'operazione di scissione parziale prospettata nel caso oggetto d'esame, ritengo che il ricorso a procedure competitive sia importante tanto quanto lo sarebbe in presenza delle fattispecie tipicamente previste dall'art. 163-*bis* L.F., poiché i potenziali effetti pregiudizievoli per i creditori sono, di fatto, i medesimi ed è la stessa *ratio* della norma a giustificare un'applicazione analogica.

Ergo, la pronuncia della corte di merito ha messo in luce la centralità assunta dalla nuova norma nel panorama delle procedure concordatarie, anche se la sua concreta portata innovativa e l'effettivo miglioramento della soddisfazione creditoria potranno essere verificabili soltanto con il tempo. Tale punto di vista prospettico, in definitiva, non può prescindere dalla considerazione che — essendo ben percepibile una prossima più ampia ed organica riforma del diritto fallimentare — la futura portata della miniri-

preventivo con riserva in data 6 maggio 2015, ossia anteriormente all'entrata in vigore del D.L. 83/2015 e della Legge di conversione 132/2015, con la conseguente impossibilità di applicare le nuove disposizioni, *in primis* quella delle offerte concorrenti. Pertanto, nonostante la presenza di un'offerta definita sulla base di una trattativa privata e posta al vaglio dei creditori senza possibilità di alternativa, non può trovare applicazione il nuovo art. 163-*bis* L.F.. In tale circostanza, il Tribunale di Alessandria non aveva riconosciuto all'art. 182, comma 5, L.F. la valenza di principio generale, non ritenendolo in alcun modo applicabile al caso di specie in quanto incapace di incidere su contratti e impegni previamente assunti dal debitore. Nello specifico, nel concordato Borsalino era stato stipulato un contratto di affitto d'azienda con una società che, a decorrere dall'omologazione, si sarebbe resa assuntrice del passivo concordatario a fronte del trasferimento di determinate attività. Anche se la procedura si è conclusa con un provvedimento di inammissibilità della proposta concordataria (per una serie di ragioni non rilevanti in questa sede), ciò che si vuole sottolineare è proprio l'atteggiamento non interventista del Tribunale di Alessandria dinanzi ad un pacchetto “preconfezionato” d'offerta.

Sul tema si vedano anche M. GREGGIO, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in *www.ilfallimentarista.it*, gennaio 2016, 4; P. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, marzo 2016, 36-37.

forma del 2015 risulta correlata anche agli sviluppi di tale disciplina che è in continua evoluzione ⁽¹¹⁾.

Bibliografia

- AA.VV. (F. GUERRERA), *Diritto delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 458-460.
- AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma” del 2015*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, I, 376-378.
- BELTRAMI P., *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, marzo 2016, 36-37.
- BENAZZO P., *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Rivista delle Società*, 2016, I, 241 ss.
- BOZZA G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *www.fallimentiesocietà.it*, 2015, 83-84.
- CECCHINI P.G., *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, I, 1196-1197.
- FERRO-LUZZI P., *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991, I, 1065 ss.
- GALLETTI D., *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in *www.ilfallimentarista.it*, maggio 2016.
- GALLETTI D., *Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, ottobre 2016.
- GREGGIO M., *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in *www.ilfallimentarista.it*, gennaio 2016, 4.
- GUERRERA F. - MALTONI M., Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 77-2007/I, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Studi e Materiali CNN*, Milano, par. 18 ss.
- LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento, Parte II: le modifiche riguardanti il concordato preventivo. “Proposte/piani” ed “offerte” concorrenti*, in *www.ilfallimentarista.it*, giugno 2015, 17-18.
- PAGANI E., *Rassegna di giurisprudenza (e spunti di dottrina) sul concordato preventivo in seguito al d.l. 83/2015*, in *www.Ilcaso.it*, giugno 2016, 25.
- PICCIAU A., *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Rivista delle società*, 1995, 1190 ss.
- SABATELLI E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, novembre 2015, 30-32.

⁽¹¹⁾ In particolare, il Ministro della Giustizia ha istituito con il D.M. del 28 gennaio 2015, integrato dal D.M. del 18 febbraio 2015, una apposita Commissione di riforma, con il compito di “*elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*”, come si legge nello stesso D.M. di gennaio 2015. Lo scopo è quello di giungere ad una riforma organica del diritto fallimentare, che dovrebbe portare alla stesura di un testo unico in grado di sostituire la Legge Fallimentare del 1942. La Commissione così istituita, presieduta dal Presidente Rordorf, ha elaborato uno schema di disegno di legge delega, il quale è stato approvato a gennaio 2016 dal Consiglio dei Ministri e a febbraio 2017 dalla Camera dei Deputati, approdando così al Senato per l'approvazione definitiva e il passaggio al Governo.

- SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**2, UTET, Torino, 2004, 114-121.
- TEDESCHI G.U., *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, I, 1423 ss.
- VITIELLO M., *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *www.ilfallimentarista.it*, novembre 2015.

MASSIME (*)

Società — Di capitali — Società per azioni (nozione, caratteri, distinzioni) — Costituzione — Modi di formazione del capitale — Limite legale — Modificazioni dell'atto costitutivo — Contenuto delle modificazioni — Recesso del socio dissenziente — Rimborso delle azioni — Società di capitali — Delibera che ha mutato il "quorum" per le assemblee straordinarie — Facoltà di recesso del socio ex art. 2437 lett. g) del c.c. — Esclusione — Fondamento.

In tema di recesso dalle società di capitali, la delibera assembleare che muti il "quorum" per le assemblee straordinarie, riconducendolo a previsione legale, non giustifica il diritto del socio al recesso ex art. 2437, lett.g), c.c., perché l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, che non vede inciso, né direttamente né indirettamente, il suo diritto di partecipazione agli utili ed il suo diritto di voto a causa del mutamento del "quorum".

Cass. civ., Sez. 1, 1 giugno 2017, n. 13875, Pres. M. C. Giancola — Est. M. Di Marzio

* * *

Società — Di capitali — Società a responsabilità limitata — Scioglimento — Liquidazione — Organi sociali durante la liquidazione — Liquidatori — Poteri — In genere — Delibera di scioglimento della società e di nomina del liquidatore — Omessa indicazione dei poteri — Conseguenze — Potere del liquidatore di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società — Configurabilità.

In tema di liquidazione delle società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), ove l'assemblea che ha deliberato lo scioglimento della società e la nomina del liquidatore non abbia determinato i poteri attribuiti a quest'ultimo alla stregua delle indicazioni contenute nell'art. 2487, comma 2, c.c., il liquidatore è investito, giusta l'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società.

Cass. civ., Sez. 1, 1 giugno 2017, n. 13867, Pres. A. Didone — Est. A. Scaldaferrì

(*) Massime a cura di Isabella Maffezzoni.

* * *

Società — Di capitali — Società a responsabilità limitata — Amministratori di srl — Azione di responsabilità contro gli amministratori — Evasione di imposta — Fallimento — Mala gestio — Perdita del capitale sociale.

Amministratori di s.r.l. e *mala gestio* tra perdita del capitale e trasferimento di immobili sociali I soci amministratori di s.r.l. sono solidalmente responsabili del danno derivato dalla prosecuzione dell'attività sociale nonostante la perdita di capitale e il conseguente verificarsi di una causa di scioglimento. Il fatto che un amministratore sia rimasto in carica per un periodo minore non riduce il danno cagionato, in quanto, dopo le sue dimissioni, si sia verificata una riduzione e non un aumento della perdita maturata nel periodo precedente. Sussiste inoltre *mala gestio* con riferimento all'evasione di imposta accertata dall'Agenzia delle Entrate relativamente alla vendita di un compendio immobiliare in corso di costruzione.

Trib. Torino, 6 aprile 2017, n. 1901, Pres. F. Rizzi — Est. S. Orlando

* * *

Società — Di capitali — Società a responsabilità limitata — Delibera — Delibera assembleare — Delibera assembleare annullabile.

L'art. 2375 c.c. dispone che le deliberazioni dell'assemblea devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio. Il verbale deve indicare la data dell'assemblea e, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno. L'art. 2375 c.c. nel richiedere un allegato, esige non solo la presenza del documento scritto che presenti un contenuto idoneo ad integrare le dichiarazioni presenti nel verbale, ma anche che tale documento faccia corpo col verbale costituendone parte integrante. Deve quindi essere annullato il verbale che, per come materialmente redatto, impedisca di conoscere sia i nominativi dei soci presenti che il voto da ciascuno di essi espresso in merito al punto all'ordine del giorno.

Trib. Roma, 31 marzo 2017, n. 6449, Pres. F. Mannino — Est. G. Romano

* * *

Società — Di capitali — Società per azioni — Amministratore giudiziario — Proroga — Volontaria giurisdizione — Legittimazione attiva.

La richiesta di proroga da parte dell'amministratore giudiziario, nomi-

nato *ex art. 2409 c.c.*, del proprio incarico a cui non abbiano aderito né il socio originario ricorrente, né il collegio sindacale in carica, non può essere accolta. Il provvedimento di proroga richiesto si risolverebbe nella adozione di una ulteriore misura *ex art. 2409 c.c.*, adozione che per un verso non risulta richiesta da alcuno dei soggetti legittimati *ex art. 2409 c.c.* e precisamente né dal socio originario ricorrente né dal collegio sindacale in carica.

Trib. Milano, 5 giugno 2017, n. 1797, Pres. e Est. E. Riva Crugnola

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA CONCORSUALE

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VII, 16 marzo 2017,
causa C-493/15*

Rinvio pregiudiziale — Fiscalità — Imposta sul valore aggiunto — Articolo 4, paragrafo 3, TUE — Sesta direttiva — Aiuti di Stato — Procedura di esdebitazione — Inesigibilità dei debiti IVA.

* * *

Nella causa C-493/15, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Corte suprema di cassazione (Italia), con ordinanza del 6 maggio 2015, pervenuta in cancelleria il 21 settembre 2015, nel procedimento **Agenzia delle Entrate** contro **M. I.**,

LA CORTE (Settima Sezione),

composta da A. Prechal, presidente di sezione, C. Toader e E. Jarašiūnas (relatore), giudici,

avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

— per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. De Bellis, avvocato dello Stato;

— per il governo spagnolo, da M.A. Sampol Pucurull, in qualità di agente;

— per la Commissione europea, da A. Caeiros, L. Lozano Palacios e F. Tomat, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE e degli articoli 2 e 22 della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU 1977, L 145, pag. 1; in prosieguo: la « sesta direttiva »).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Agenzia delle Entrate e il sig. Marco Identi in merito ad una cartella di pagamento relativa all'imposta sul valore aggiunto (IVA) e all'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) per l'anno di imposta 2003.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. In forza dell'articolo 2 della sesta direttiva, sono soggette all'IVA le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale, come pure le importazioni di beni.

4. L'articolo 22 della sesta direttiva dispone quanto segue:

« (...) »

4. Ogni soggetto passivo deve presentare una dichiarazione entro un termine che dovrà essere stabilito dagli Stati membri.(...)

(...)

5. Ogni soggetto passivo deve pagare l'importo netto dell'[IVA] al momento della presentazione della dichiarazione periodica. Gli Stati membri possono tuttavia stabilire un'altra scadenza per il pagamento di questo importo o per la riscossione di acconti provvisori.

(...)

8. (...) Gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire (...) altri obblighi che essi ritengano necessari ad assicurare l'esatta riscossione dell'imposta e ad evitare le frodi (...)

(...) »

Diritto italiano

5. Il decreto legislativo n. 5, del 9 gennaio 2006 (supplemento ordinario alla GURI n. 13, del 16 gennaio 2006), ha introdotto la procedura di esdebitazione, modificando gli articoli da 142 a 144 della legge fallimentare approvata con il regio decreto n. 267, del 16 marzo 1942 (GURI n. 81, del 6 aprile 1942), e modificata con il decreto legislativo n. 169, del 12 settembre 2007 (GURI n. 241, del 16 ottobre 2007) (in prosieguo: la « legge fallimentare »).

6. Ai termini dell'articolo 142 della legge fallimentare, intitolato « Esdebitazione »:

«Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;

2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;

3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48;

4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;

5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

Restano esclusi dall'esdebitazione:

a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa;

b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso ».

7. L'articolo 143 della legge fallimentare, intitolato « Procedimento di esdebitazione », prevede quanto segue:

« Il tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo, verificate le condizioni di cui all'articolo 142 e tenuto altresì conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente. (...) »

Contro il decreto che provvede sul ricorso, il debitore, i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato possono proporre reclamo a norma dell'articolo 26 ».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

8. Con decreto del 14 aprile 2008, il Tribunale di Mondovì (Italia) ha

concesso una esdebitazione al sig. Identi, socio accomandatario della fallita PVA di Identi Marco e C. Sas, e fallito in proprio. Successivamente a tale decreto, l'Agenzia delle Entrate ha inviato al sig. Identi una cartella di pagamento a titolo dell'IVA e dell'IRAP per l'anno d'imposta 2003.

9. Dinanzi alla Corte suprema di cassazione, l'Agenzia delle Entrate chiede la cassazione della sentenza della Commissione tributaria regionale del Piemonte, del 26 marzo 2012, che ha confermato una decisione di primo grado constatante l'illegittimità di tale cartella di pagamento e ha rigettato l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate avverso tale decisione.

10. Il giudice del rinvio indica che la procedura di esdebitazione, applicabile al debitore, persona fisica, imprenditore commerciale dichiarato fallito, è tesa a consentire al suo beneficiario di « ripartire da zero » dopo aver cancellato tutti i debiti pregressi nei confronti dei creditori concorsuali rimasti insoddisfatti dalla liquidazione fallimentare, affinché tale debitore ridiventi un soggetto economico attivo senza subire limitazioni all'iniziativa o alle proprie potenzialità di favorire la produzione di ricchezza per effetto del peso di tali debiti. Il Tribunale fallimentare, in composizione collegiale, decide di ammettere il debitore al beneficio di tale procedura dopo aver sentito i pareri non vincolanti del curatore e del comitato dei creditori e verificato segnatamente se le condizioni previste all'articolo 142, primo comma, della legge fallimentare siano soddisfatte.

11. Il giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità della procedura di esdebitazione con il diritto dell'Unione. Secondo detto giudice si pone la questione se, come in relazione alla procedura di concordato preventivo di cui trattasi nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206), considerazioni pratiche, accertate giudizialmente, quali la insolvenza del debitore meritevole, o la possibilità di percepire solo una parte del credito IVA, possano giustificare la rinuncia, in tutto o in parte, a tale credito.

12. Il giudice del rinvio ritiene che, elencando tassativamente, all'articolo 142, terzo comma, della legge fallimentare, i debiti da cui il debitore può essere liberato, senza menzionare i crediti tributari, il legislatore nazionale abbia considerato che il soggetto che può beneficiare della procedura di esdebitazione può essere liberato anche dal pagamento dei debiti fiscali. Occorre tuttavia verificare, a suo avviso, se l'applicazione di tale procedura ai debiti IVA non sia contraria al diritto dell'Unione.

13. Detto giudice aggiunge che si pone anche la questione se la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale sia compatibile con le regole dell'Unione europea in materia di concorrenza, in quanto tale normativa favorisce il reinserimento nella vita economica dei soggetti ammessi al beneficio di detta procedura rispetto ad altri soggetti dichiarati falliti che ne sono esclusi *ex lege*.

14. È in tale contesto che la Corte suprema di cassazione ha deciso di

sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«L'articolo 4, paragrafo 3, TUE e gli articoli 2 e 22 della sesta direttiva devono essere interpretati nel senso che essi ostano all'applicazione, in materia di imposta sul valore aggiunto, di una disposizione nazionale che prevede l'estinzione dei debiti nascenti dell'IVA in favore dei soggetti ammessi alla procedura di esdebitazione disciplinata dagli articoli 142 e 143 [della legge fallimentare?] ».

Sulla questione pregiudiziale

15. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 4, paragrafo 3, TUE e gli articoli 2 e 22 della sesta direttiva nonché le norme in materia di aiuti di Stato, debba essere interpretato nel senso che osta a che i debiti IVA siano dichiarati inesigibili in applicazione di una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede una procedura di esdebitazione con cui un giudice può, a certe condizioni, dichiarare inesigibili i debiti di una persona fisica non liquidati in esito alla procedura fallimentare cui tale soggetto è stato sottoposto.

16. Occorre ricordare che dagli articoli 2 e 22 della sesta direttiva IVA nonché dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE emerge che gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative atte a garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata).

17. Nell'ambito del sistema comune dell'IVA, gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto degli obblighi a carico dei soggetti passivi e beneficiano, a tale riguardo, di una certa libertà in relazione, segnatamente, al modo di utilizzare i mezzi a loro disposizione (sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 20 e la giurisprudenza ivi citata).

18. Questa libertà, tuttavia, è limitata dall'obbligo di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione e da quello di non creare differenze significative nel modo di trattare i contribuenti e questo sia all'interno di uno degli Stati membri che nell'insieme dei medesimi. La direttiva IVA deve essere interpretata in conformità al principio di neutralità fiscale inerente al sistema comune dell'IVA, in base al quale gli operatori economici che effettuano le stesse operazioni non devono essere trattati diversamente in materia di riscossione dell'IVA. Ogni azione degli Stati membri riguardante la riscossione dell'IVA deve rispettare questo principio (sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 21 e la giurisprudenza ivi citata).

19. Le risorse proprie dell'Unione comprendono, in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della decisione 2007/436/CE, Euratom del Consi-

glio, del 7 giugno 2007, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee (GU 2007, L 163, pag. 17), le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione. Sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 22 e la giurisprudenza ivi citata).

20. Alla luce di tali elementi, occorre determinare se la possibilità, a certe condizioni, di dichiarare inesigibili debiti IVA in applicazione della procedura di esdebitazione di cui al procedimento principale, sia contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione. Per fare ciò, occorre esaminare le condizioni di applicazione di detta procedura.

21. Risulta, innanzitutto, che la procedura di esdebitazione, quale descritta dal giudice del rinvio ed esposta ai punti da 5 a 7 della presente sentenza, mira a consentire ad una persona fisica dichiarata fallita di essere liberata dai debiti non liquidati in esito alla procedura fallimentare cui tale persona è stata sottoposta, affinché quest'ultima possa riprendere un'attività imprenditoriale. Concomitante o successiva alla procedura fallimentare, l'applicazione della procedura di esdebitazione presuppone quindi che il patrimonio del debitore sia stato totalmente liquidato e che la ripartizione tra i creditori dell'attivo risultante da tale liquidazione non abbia permesso di soddisfare l'integralità dei debiti. Inoltre, secondo l'articolo 142, secondo comma, della legge fallimentare, l'esdebitazione può essere concessa solo qualora i creditori concorsuali siano stati soddisfatti almeno in parte.

22. La procedura di esdebitazione, poi, si applica solo alle persone fisiche che soddisfano talune condizioni, elencate all'articolo 142, primo comma, della legge fallimentare, attinenti al comportamento del debitore anteriormente all'apertura della procedura concorsuale e durante la medesima. Emerge segnatamente da tali condizioni che il debitore, da un lato, non deve aver già beneficiato di una siffatta procedura nel corso dei dieci anni precedenti la domanda, non deve essere stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti economici o delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, né aver distratto l'attivo dell'impresa, cagionato o aggravato il dissesto mediante ricorso abusivo al credito e, dall'altro, deve essere stato cooperativo e diligente durante la procedura concorsuale. Siffatte condizioni sembrano quindi riguardare, essenzialmente, la probità e la lealtà del debitore, ed essere pertanto idonee a riservare il beneficio della procedura di esdebitazione ai debitori in buona fede.

23. Infine, per quanto riguarda lo svolgimento della procedura, l'articolo 143 della legge fallimentare prevede, in primo luogo, che il giudice adito

debba verificare che siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 142 di detta legge, in secondo luogo, che il curatore ed il comitato dei creditori debbano essere consultati e, in terzo luogo, che i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato possano proporre un ricorso avverso la decisione di detto giudice che dichiara inesigibili i debiti non integralmente soddisfatti nell'ambito della procedura concorsuale. La procedura di esdebitazione implica pertanto un esame caso per caso, svolto da un organo giurisdizionale. Essa consente inoltre allo Stato membro interessato, detentore di un credito IVA, da un lato, di emettere un parere su domanda del debitore che chiede il beneficio di tale procedura, previamente alla decisione che statuisce su tale domanda, e, dall'altro, di proporre un ricorso, eventualmente, contro la decisione che dichiara inesigibili i debiti IVA non integralmente soddisfatti, conducendo ad un secondo controllo giurisdizionale.

24. Si evince da tali constatazioni che, allo stesso modo della procedura di concordato preventivo esaminata nella sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206, punto 28), la procedura di esdebitazione di cui trattasi nel procedimento principale è assoggettata a condizioni di applicazione rigorose che offrono garanzie per quanto riguarda segnatamente la riscossione dei crediti IVA e che, tenuto conto di tali condizioni, essa non costituisce una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'IVA e non è contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione (v. sentenza del 7 aprile 2013, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 28).

25. Per quanto riguarda le norme in materia di aiuti di Stato, occorre ricordare che la qualifica di una misura nazionale come « aiuto di Stato » richiede, secondo una giurisprudenza costante, che siano soddisfatti tutti i requisiti seguenti. In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (sentenze del 21 dicembre 2016, Commissione/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punto 40, nonché del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group SA e a., C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 53 e la giurisprudenza ivi citata).

26. Per quanto riguarda il requisito di selettività del vantaggio che è un elemento costitutivo della nozione di « aiuto di Stato », ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, da una giurisprudenza parimenti costante della Corte risulta che la valutazione del requisito in parola richiede di stabilire se, nell'ambito di un dato regime giuridico, la misura nazionale in discussione sia tale da favorire « talune imprese o talune produzioni » rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da detto regime e che sono quindi oggetto di un trattamento

differenziato idoneo, in sostanza, ad essere qualificato come discriminatorio (sentenza del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group SA e a., C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata).

27. Peraltro, si deve ricordare che il fatto che solo i contribuenti che soddisfano i requisiti per l'applicazione di una misura possano beneficiare della stessa non può, di per sé, conferire a quest'ultima carattere selettivo (v., in tal senso, sentenze del 29 marzo 2012, 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, punto 42, nonché del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group SA e a., C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 59).

28. Nella fattispecie, basta constatare che, nel quadro delle disposizioni della legge fallimentare che disciplinano la procedura di esdebitazione, le persone cui il beneficio di tale procedura non è concesso, o perché non rientrano nell'ambito di applicazione di tale procedura, o perché non sono soddisfatti i requisiti previsti all'articolo 142 di detta legge, non si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga a quella delle persone cui detto beneficio è concesso tenuto conto dell'obiettivo perseguito da tali disposizioni, che, come emerge dai punti 10 e 12 nonché dai punti 21 e 22 della presente sentenza, è di consentire ad una persona fisica dichiarata fallita, debitrice in buona fede, di riprendere un'attività imprenditoriale venendo liberata dai debiti non liquidati in esito della procedura concorsuale cui tale persona è stata sottoposta.

29. Ne consegue, senza che occorra esaminare gli altri requisiti richiamati al punto 25 della presente sentenza, che una esdebitazione quale quella prevista dalla legge fallimentare non può essere qualificata come aiuto di Stato.

30. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono occorre rispondere alla questione posta dichiarando che il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 4, paragrafo 3, TUE e gli articoli 2 e 22 della sesta direttiva nonché le norme sugli aiuti di Stato, deve essere interpretato nel senso che non osta a che i debiti IVA siano dichiarati inesigibili in applicazione di una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede una procedura di esdebitazione con cui un giudice può, a certe condizioni, dichiarare inesigibili i debiti di una persona fisica non liquidati in esito alla procedura fallimentare cui tale persona è stata sottoposta.

Sulle spese

31. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Settima Sezione) dichiara:

Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 4, paragrafo 3, TUE e gli

articoli 2 e 22 della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nonché le norme sugli aiuti di Stato, deve essere interpretato nel senso che non osta a che i debiti da imposta sul valore aggiunto siano dichiarati inesigibili in applicazione di una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede una procedura di esdebitazione con cui un giudice può, a certe condizioni, dichiarare inesigibili i debiti di una persona fisica non liquidati in esito alla procedura fallimentare cui tale persona è stata sottoposta.

Prechal Toader Jarašiūnas

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 16 marzo 2017.

Il cancelliere

Il presidente della Settima Sezione

A. Calot Escobar

A. Pre

* * *

Esdebitazione ed IVA: ammissibile la falcidia del tributo (di MICHELE VANOLLI)

1. Premessa.

La procedura di esdebitazione, disciplinata dagli art. 142 e 143 l. fall., comporta la liberazione, per il fallito, dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti. Ci si è chiesti se tale liberazione possa trovare applicazione anche nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria, per i crediti tributari che siano stati soddisfatti soltanto parzialmente. La questione è stata rimessa, da parte della Corte di Cassazione, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di accertare la compatibilità con il diritto comunitario dell'estinzione dei debiti IVA discendente dalla procedura di esdebitazione. La problematica nell'ambito della quale si inserisce la sentenza in commento ha carattere più ampio e riguarda la compatibilità tra il Diritto dell'Unione Europea e l'interpretazione della normativa italiana tale da consentire una soddisfazione parziale del debito Iva. Tale punto è stato recentemente affrontato dalla Corte di Giustizia UE, la quale ha affermato la possibilità di falcidiare l'Iva nell'ambito del concordato preventivo. Ripercorrendo le ragioni che hanno portato a tale decisione, la Corte di Giustizia affronta la compatibilità tra il diritto dell'Unione Europea e la procedura di esdebitazione prevista dalla normativa fallimentare italiana.

2. L'esdebitazione fallimentare.

La riforma del diritto fallimentare del 2006, ha introdotto nella legge

fallimentare, l'istituto dell'esdebitazione, (art. 142-144 l. fall.) in attuazione della legge delega di riforma organica delle procedure concorsuali ⁽¹⁾. Si tratta di un istituto prima sconosciuto nel nostro sistema concorsuale ⁽²⁾ come istituto disciplinato autonomamente, e introdotto sulla scorta di esperienze di altri paesi, in particolar modo l'esperienza normativa statunitense (*discharge*) ⁽³⁾ tesa a consentire al fallito una ripartenza (*fresh start*) accordandogli una seconda possibilità (*second chance*) di successo imprenditoriale ⁽⁴⁾. Il fallimento, infatti, non comporta la liberazione del fallito dalle obbligazioni non soddisfatte, in tutto o in parte, nell'ambito della procedura fallimentare ⁽⁵⁾. Ai sensi dell'art. 120, 3° comma, l. fall., una volta chiuso il fallimento, “*i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti*”. Pertanto, a seguito della chiusura del fallimento, i creditori riacquistano la possibilità di agire nei confronti del debitore sia per i crediti ammessi al passivo fallimentare e rimasti parzialmente insoddisfatti, sia per i crediti non insinuati nel fallimento. L'art. 120, 3° comma, l. fall., tiene salvi gli effetti dell'esdebitazione, concludendo il proprio dettato con la clausola di salvaguardia “*salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti*”. L'ambito soggettivo di applicazione del beneficio dell'esdebitazione è circoscritto al “fallito persona fisica”. Ciò implica che per ottenere l'esdebitazione occorre rivestire la qualità di fallito e che essa è preclusa a chi non sia persona fisica. Le società, e in generale gli altri enti assoggettabili a fallimento, sono pertanto esclusi dal beneficio dell'esdebitazione. La norma si spiega con il fatto che, a seguito del fallimento e della

(1) Per una disamina approfondita del nuovo art. 142 l. fall., a seguito della riforma del diritto fallimentare, e sul nuovo regime dell'esdebitazione, si veda: NORELLI, *L'esdebitazione*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Milano, 2016, I, 1025 e ss.; Id., *L'esdebitazione del fallito*, in Riv. esecuzione forzata, 2006, 681 ss.; PANZANI, *L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in Società, 2007, 475; Id., *Della esdebitazione. Commento sub art. 142-144*, in Il nuovo diritto fallimentare. Commentario Jorio-Fabiani, Bologna, 2007, II, 2096 ss.; CASTAGNOLA, *L'esdebitazione del fallito*, in Giur. Comm., 2006, I, 448 ss.; FRASCAROLI SANTI, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* in Studi in onore di Carmine Punzi, Torino, 2008, V, 135; Id., *L'esdebitazione del fallito*, in AA.VV., *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 2, 1405 ss.; FERRO, *Esdebitazione e pagamento parziale dei creditori*, in Fallimento, 2014, 148; BIANCHI, *L'esdebitazione*, Milano, 2008; SPIOTTA, *L'esdebitazione fallimentare*, in JORIO, *Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, 2016; SCARSELLI, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, in Fallimento, 2008, 819 ss.; NICODEMO, *Gli effetti del fallimento per il debitore e l'esdebitazione*, in Le nuove procedure concorsuali, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008, 77 ss.; COSTANTINO, *La esdebitazione*, in Foro it., 2006, V, 208 ss.

(2) Il vecchio art. 142 l. fall. disciplinava la riabilitazione civile, la quale aveva la finalità di determinare la cancellazione del nome del fallito dal relativo registro e far venir meno le incapacità personali connesse. Per un raffronto tra gli istituti dell'esdebitazione e della riabilitazione civile, si veda CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 672.

(3) Si veda CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.

(4) La ratio dell'istituto è individuata dalla Relazione ministeriale al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, nell'obiettivo di “recuperare l'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie”.

(5) Cass., Sezioni Unite, 26 novembre 1993, n. 11718, in *Fallimento*, 1994, 559.

liquidazione dell'intero patrimonio, non vi è più concreto interesse a salvaguardare la continuità del soggetto collettivo, potendo le persone fisiche che ne fanno parte costituire una nuova società ⁽⁶⁾. Presupposto della esdebitazione è la chiusura del fallimento per compiuta ripartizione finale dell'attivo ovvero per concordato (e non anche in alcuno degli altri casi di chiusura elencati dall'art. 118 l. fall.), e che si pervenga ad un soddisfacimento dei creditori, ma solo in misura parziale ⁽⁷⁾. Le condizioni necessarie affinché possa essere concessa l'esdebitazione sono disciplinate dall'art. 142 l. fall. Si tratta di condizioni di carattere soggettivo, in quanto attengono alla condotta del fallito prima e durante la procedura fallimentare ed implicano sia constatazioni obiettive che valutazioni di merito da parte del Tribunale. Come risulta evidente dal dettato dell'art. 143 l. fall. le condizioni soggettive necessarie per ottenere l'esdebitazione non sono tra loro alternative ma devono sussistere tutte insieme. Vi sono dei requisiti di meritevolezza ⁽⁸⁾, ai sensi dei numeri 1), 2) e 3) dell'art. 142 l. fall., per cui il fallito deve aver collaborato con gli organi della procedura ⁽⁹⁾; non deve in alcun modo aver ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura ⁽¹⁰⁾ e deve aver adempiuto l'obbligo di consegnare al curatore la propria corrispondenza di ogni genere ai sensi dell'art. 48 l. fall. ⁽¹¹⁾. Vi sono poi delle condizioni obiettive, disciplinate dai numeri 4), 5) e 6) del medesimo articolo e consistono: nel non aver beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta ⁽¹²⁾; nel non aver *“distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito”* ⁽¹³⁾ e, infine, nel non aver subito condanna con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o altri delitti compiuti in

⁽⁶⁾ NORELLI, *L'esdebitazione*, cit., 1031.

⁽⁷⁾ Cfr. NORELLI, *L'esdebitazione*, cit., 1032, secondo il quale se non ci fosse soddisfacimento parziale dei creditori, *“la esdebitazione sarebbe vietata; se, invece, fosse integrale non ci sarebbero debiti concorsuali non soddisfatti integralmente che possano essere dichiarati inesigibili”*.

⁽⁸⁾ Sulla meritevolezza dell'esdebitando, si veda PELLIZZONI, *L'esdebitazione*, in *Dir. Fall.*, 2012, 479 ss.

⁽⁹⁾ Tale cooperazione deve essersi concretizzata, come minimo, nel rispetto delle prescrizioni di legge, ed essere rafforzata da ulteriori comportamenti collaborativi rimessi alla valutazione discrezionale del Tribunale, cfr. Lo CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 850 e ss.

⁽¹⁰⁾ Anche sotto questo profilo, al Tribunale viene lasciato ampio potere discrezionale nella valutazione. In ogni caso, il comportamento del fallito, per precludergli l'esdebitazione, dovrebbe aver oggettivamente ritardato lo svolgimento della procedura, in maniera intenzionale o quantomeno colposa. Cfr. Lo CASCIO, cit., 851 e ss.

⁽¹¹⁾ Si osservi che la preclusione della esdebitazione costituisce l'unica sanzione a presidio dell'obbligo di cui all'art. 48 l. fall. Cfr. NORELLI, *L'esdebitazione*, cit., 1035.

⁽¹²⁾ La disposizione mira evidentemente ad evitare che il fallimento sia ripetutamente utilizzato come mezzo per liberarsi comodamente delle proprie obbligazioni. Cfr. NORELLI, *L'esdebitazione*, cit., 1035.

⁽¹³⁾ I comportamenti sanzionati dalla norma coincidono con quelli oggetto delle fattispecie penali previste dagli artt. 216, 217, 218 e 220 l. fall.; ma al tempo stesso non si esauriscono in questi ultimi. La norma non richiede, infatti, che i comportamenti oggetto di ciascuna delle fattispecie richiamate siano stati anche penalmente sanzionati; bensì considera tali comportamenti preclusivi dell'esdebitazione in se stessi. Ciò significa che a coincidere sono

connessione con l'attività di impresa⁽¹⁴⁾. L'art. 142, 2° comma, l. fall., pone poi un'ulteriore condizione, di carattere oggettivo, stabilendo che l'esdebitazione non è concedibile *"qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali"*. Quest'ultimo inciso ha dato origine ad un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di merito⁽¹⁵⁾, risolto soltanto con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁽¹⁶⁾. Infine, l'art. 142, 3° comma, l. fall., stabilisce quali sono i debiti che restano esclusi in ogni caso, dal beneficio dell'esdebitazione: *"a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa"*⁽¹⁷⁾; *b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti"*. Il procedimento volto ad ottenere l'esdebitazione è disciplinato, invero molto succintamente, dall'art. 143 l. fall. La norma ammette che esso possa svolgersi insieme al procedimento di chiusura del fallimento, oppure su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo. La legittimazione a chiedere l'esdebitazione spetta in via esclusiva al fallito e non anche al curatore o ad altri soggetti⁽¹⁸⁾, come confermato dal testo dell'art. 143 l. fall. il quale parla espressamente di *"ricorso del debitore"*. Quanto agli effetti, quello principale è certamente

solo le condotte materiali, anche a prescindere dalla loro punibilità. Cfr. NORELLI, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 681 ss.

⁽¹⁴⁾ A differenza di quanto previsto per il n. 5 dell'art. 142 l. fall. qui assume rilevanza decisiva, quale fattore impeditivo dell'esdebitazione, l'intervenuta condanna con sentenza passata in giudicato per i reati indicati dal n. 6) dell'art. 142 l. fall. Cfr. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.09.2007*, n. 169, Torino, 2008, 384 ss.

⁽¹⁵⁾ Secondo una prima tesi, la disposizione va interpretata nel senso che, perché il beneficio sia concedibile, occorre che almeno parte dei crediti ammessi al passivo, o anche soltanto uno di loro, abbia ricevuto un seppur parziale soddisfacimento. Aderiscono a questa tesi, in giurisprudenza, *ex multis*: Trib. Mantova, 3 aprile 2008, in *Fallimento*, 2009, 1193; Trib. Piacenza, 8 maggio 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Piacenza, 22 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 1189. In letteratura, tra gli altri: CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 109; BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 361. La seconda tesi, invece, ritiene che la disposizione in oggetto vada intesa nel senso che il beneficio è subordinato al soddisfacimento parziale di tutti i creditori concorrenti, ancorché in misura minima. Aderiscono a questa tesi, in giurisprudenza, *ex multis*: Trib. Udine, 21 dicembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 817; Trib. Ancona, 18 giugno 2008, in *Fallimento*, 2009, 1190; Trib. Rovigo, 22 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 1186. In letteratura, tra gli altri: CASTAGNOLA, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 450; RUSSO, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 277; CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 59.

⁽¹⁶⁾ La Suprema Corte, investita della questione, ha statuito che ai fini della concessione dell'esdebitazione occorre, ed è sufficiente, *"il pagamento di una parte dei debiti esistenti"*, precisando che *"sarà compito del Giudice del merito accertare quando ciò si sia verificato"*. Cfr. Cass. Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24214, e Cass., Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24215, in *Fallimento*, 2012, 283. Orientamento recentemente confermato da Cass. Civ., 8 agosto 2016, n. 16620, secondo cui il requisito del soddisfacimento almeno in parte dei creditori concorsuali può ritenersi realizzato anche quando talune categorie di creditori, nella specie i creditori chirografari, non abbiano ricevuto alcunché in sede di riparto.

⁽¹⁷⁾ L'espressione comprende tutte le obbligazioni in alcun modo pertinenti all'esercizio dell'impresa. Si tratta di rapporti instaurati dal fallito non in quanto imprenditore, ma come un qualunque privato. Cfr. PANZANI, *L'esdebitazione*, cit., 835.

⁽¹⁸⁾ Cfr. COSTANTINO, cit., 209.

quello di “escludere la possibilità per i creditori concorsuali rimasti solo parzialmente soddisfatti di pretendere, dopo la chiusura del fallimento, il pagamento del loro residuo credito da parte del debitore già dichiarato fallito” (19). Oggetto di discussione è se l’effetto dell’esdebitazione consista in una vera e propria estinzione dei crediti oppure se sia un mero impedimento all’azione (20), fermi restando i rapporti obbligatori. Infine, occorre evidenziare come l’ambito soggettivo di efficacia dell’esdebitazione non sia limitato ai creditori ammessi al passivo, ma si estenda, per il disposto dell’art. 144 l. fall. ai creditori non concorrenti, ossia ai “creditori anteriori all’apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo”. Così delineati, per sommi capi, i tratti della normativa sull’esdebitazione, occorre chiedersi se essa sia applicabile anche ai crediti fiscali dell’amministrazione finanziaria, fermo restando che l’art. 142 l. fall. non li menziona tra quelli esclusi da tale beneficio (21).

3. La falcidia dell’IVA nelle procedure concorsuali e la sentenza “Degano Trasporti”.

Il trattamento dei crediti tributari nelle procedure concorsuali, e in particolare nel concordato preventivo, ha dato luogo a numerose questioni interpretative. La questione più discussa riguarda infatti la possibilità di falcidiare il credito IVA nel concordato preventivo, in seguito all’introduzione della transazione fiscale (22) di cui all’art. 182 *ter* l. fall. (23) ad opera del d.lgs.

(19) Corte Costituzionale, sentenza n. 181/2008.

(20) Nel senso dell’estinzione: NORELLI, *L’esdebitazione*, cit., 721; LO CASCIO, cit., 854; CECCHIELLA, cit., 58; COSTANTINO, cit., 210; FRASCAROLI SANTI, cit., 1423; oltre a C. Cost. n. 181/2008, cit., secondo la quale “è evidente l’effetto pregiudizievole che, sotto l’aspetto sostanziale, l’applicazione dell’istituto ha sulla posizione soggettiva dei creditori concorsuali non interamente soddisfatti”. Diversamente, nel senso che l’esdebitazione non determina l’estinzione dei debiti residui: ZANICHELLI, cit., 382; PANZANI, cit., 2114.

(21) Diversamente da quanto previsto in tema di composizione delle crisi da sovraindebitamento. La L. 3/2012 recante “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento.” ha esteso l’istituto dell’esdebitazione anche a tali procedure, ma ha al contempo stabilito che essa non opera “per i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura delle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi”. Per una panoramica in generale sulla legge 3/2012, si vedano, tra i vari contributi, LO CASCIO, *L’ennesima modifica alla legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Fisco*, 2013, 813; FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. Giur.*, 2012, 449; URICCHIO, *Profili fiscali della crisi da sovraindebitamento dei soggetti debitori non fallibili*, in *Giur. Imp.*, 2014, 18; DAMI, *I profili fiscali della disciplina di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Rass. Trib.*, 2013, 615.

(22) Per un’analisi dell’istituto della transazione fiscale si vedano MARINI, *Art. 182 ter: transazione fiscale*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, in NIGRO - SANDULLI (a cura di), Torino, 2006, 1113 ss.; ID., *La transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2010, 193 ss.; DEL FEDERICO, *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, I, 229 ss.; FICARI, *Riflessioni su transazione fiscale e ristrutturazione dei debiti*, in *Rass. Trib.*, 2009, 68 ss.; GAFFURI, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2011, 1115 ss.; CARDILLO, *La transazione fiscale*, Roma, 2016; MICONI, *La transazione fiscale*, in *Fall.*, 2015, 729 ss. e, con particolare riferimento alla normativa europea, AMATUCCI, *La transazione fiscale*

9 gennaio 2006, n. 5, volta a favorire un accordo tra l'impresa in crisi e gli enti fiscali. Con tale strumento, infatti, il soggetto in crisi può inserire nella propria proposta di concordato preventivo (o accordo di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l. fall.) una soddisfazione solo in misura parziale dei debiti tributari, in deroga al principio di indisponibilità dei crediti tributari, ex art. 49 R.D. 23 maggio 1924, n. 827. Il decreto "correttivo" della riforma fallimentare ha introdotto la possibilità di soddisfare in misura parziale i crediti privilegiati, a condizione che il piano concordatario ne preveda il pagamento in misura non inferiore a quanto realizzabile con la liquidazione. La questione che si è posta è quindi se fosse ammissibile una proposta di concordato preventivo che prevedesse la falcidia dei crediti tributari, in assenza di transazione fiscale ⁽²⁴⁾. La Corte di Cassazione, con le sentenze c.d. "gemelle" del 4 novembre 2011, n. 22931 e 22932 ⁽²⁵⁾ ha negato anzitutto l'obbligatorietà della transazione fiscale, rilevando come il ricorso a tale istituto costituisca una mera facoltà del debitore, il quale può comunque aspirare all'omologazione del concordato anche con il voto contrario dell'Amministrazione Finanziaria. Accertato che non è obbligatorio inserire la transazione fiscale nel piano di concordato preventivo, si è posta la questione se fosse possibile prevedere ugualmente la soddisfazione parziale dei crediti tributari, nonostante il dettato dell'art. 182-ter l. fall.. La Corte di Cassazione, nelle citate sentenze "gemelle", ha ritenuto che l'art. 182-ter l. fall. trovi applicazione a prescindere dall'attivazione o meno della transazione fiscale, con conseguente infalciabilità dei crediti tributari, in particolare del credito per Iva ⁽²⁶⁾. Con

tra disciplina comunitaria e divieto di aiuti di Stato, in PAPARELLA (a cura di), *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Milano, 2013, 688 ss.

⁽²³⁾ La disposizione in oggetto è stata profondamente riformata dall'art. 1, comma 81, L. 11 dicembre 2016, n. 232. Per un commento della nuova disciplina e sul rapporto con le liti fiscali pendenti, si veda ANDREANI - TUBELLI, *Trattamento "speciale" per i crediti tributari nel concordato preventivo*, in *Fisco*, 2017, 232.

⁽²⁴⁾ Sul punto si sono formati tre diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Nel senso dell'obbligatorietà sostanziale della transazione fiscale a pena di inammissibilità del concordato, App. Venezia, 30 ottobre 2014 in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, 398; Trib. Piacenza, 1.7.2008, in *Dir. Fall.*, 2009, 66. In dottrina, PANNELLA, *L'incognita transazione fiscale*, in *Fall.*, 2009, 646; ATTARDI, *Sul carattere necessario del procedimento amministrativo di transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, I, 558. Nel senso della obbligatorietà procedimentale della transazione fiscale, salvo l'applicazione dell'art. 177 l.fall per l'approvazione, App. Torino, 23 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 15 aprile 2010, in *Fall.*, 2011, 82 ss. e, in dottrina, RANDAZZO, *Il consolidamento del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, 825 ss. Nel senso della facoltatività della transazione fiscale, ferma la possibilità della falcidia dei crediti tributari, Trib. Bergamo, 10 febbraio 2011, in *www.ilcaso.it*; App. Torino, 6 maggio 2010, in *Corr. Giur.*, 2011, 863; Trib. Mantova, 26 febbraio 2009, in *Giur. Comm.*, 2010, 531. In dottrina, LA MALFA, *Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in *Corr. Trib.*, 2009, 709; STASI, *Obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale*, in *Fall.*, 2011, 85 ss.

⁽²⁵⁾ Per un'analisi più approfondita delle pronunce si vedano BEZZI, *La falcidiabilità dell'iva nell'ambito di una procedura di concordato preventivo*, in *Fisco*, 2014, 1865 ss., ANDREANI - TUBELLI, *IVA (in)falcidiabile nel concordato preventivo senza transazione fiscale?*, in *Fisco*, 2016, 925 ss.; DEL FEDERICO, *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, II, 35 ss.; AQUILANTI, *I diversi regimi fiscali delle soluzioni alla crisi di impresa nell'esperienza della giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Trib.*, 2015, 131 ss.

⁽²⁶⁾ Orientamento ribadito da Cass. Civ. 16 maggio 2012, n. 7667; Cass. Civ. 30 aprile

particolare riferimento a quest'ultima, infatti, la Cassazione ha posto a fondamento del proprio orientamento la necessità di rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, i quali impediscono ai singoli Stati membri di rinunciare alla riscossione del tributo, avendo quest'ultima carattere generale ⁽²⁷⁾. L'art. 182 *ter* l. fall. sarebbe quindi diretta espressione dei principi di matrice comunitaria e, di conseguenza, applicabile in maniera indiscriminata anche ai concordati preventivo senza transazione fiscale, stante la natura dell'IVA quale *"imposta armonizzata a livello comunitario sulla cui gestione gli Stati non sono esenti da vincoli"*. L'indirizzo nomofilattico non è parso però convincente a gran parte della dottrina ⁽²⁸⁾ e della giurisprudenza ⁽²⁹⁾. Tale argomentazione è venuta meno a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, del 7 aprile 2016, causa C-546/14, *"Degano Trasporti"* ⁽³⁰⁾, la quale ha sancito la compatibilità tra il diritto dell'Unione Europea e la falcidiabilità del credito IVA nel concordato preventivo. La Corte ha ricordato come la normativa italiana sul concordato preventivo preveda presupposti di applicazione rigorosi e che il pagamento parziale di un credito privilegiato possa essere ammesso solo se un esperto indipendente attesta che tale credito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento del debitore ⁽³¹⁾. Infine, la proposta di concordato preventivo è soggetta al voto di tutti i creditori ai quali il debitore non proponga un pagamento integrale del loro credito, e deve essere approvata da

2014, n. 9541; Cass. Civ. 25 giugno 2014, n. 14447. Nella giurisprudenza della Suprema Corte si afferma che la regola dell'infalcidiabilità dell'IVA deve essere considerata come *"norma sostanziale"* (e non processuale) *"in quanto attiene al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale dettata da motivazioni che attengono alla peculiarità del credito e prescindono dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi"*.

⁽²⁷⁾ In questo senso si era altresì espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 225 del 25 luglio 2014, secondo cui *"la disposizione volta ad escludere il pagamento parziale dell'IVA in sede di concordato preventivo è scaturita dalla necessità di non contravvenire alla normativa comunitaria che vieta allo Stato membro di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e verifica"*.

⁽²⁸⁾ LA CROCE, *Il credito erariale Iva tra orientamenti U.E. e arresti della Cassazione*, in *Fall.*, 2012, 152; BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 377; ANDREANI, *L'obbligo del pagamento dell'Iva e delle ritenute nel concordato preventivo con e senza transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, 1001; FABIANI, *La falcidiabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, 262 ss.

⁽²⁹⁾ *Ex multis* App. Venezia, 23 dicembre 2013 in *www.ilcaso.it*; App. Genova, 27 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Perugia, 16.7.2012, in *Fall.*, 2013, 125; Trib. Bari, 3 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Vicenza, 27 dicembre 2013 in *www.ilcaso.it*.

⁽³⁰⁾ La sentenza CGUE, 7 aprile 2016, causa C-546/14, *Degano Trasporti s.a.s. Di Ferruccio Degano & c. in liquidazione*, è stata ampiamente commentata, si vedano per tutti BORJA, *La pronuncia europea sulla falcidia dell'Iva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, I, 461 ss.; FICARI, *Transazione fiscale e disponibilità del "credito" tributario: dalla tradizione alle nuove "occasioni" di riduzione "pattizia" del debito tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, I, 481 ss.; VELLA, *La (in)disponibilità dei crediti tributari nelle procedure concorsuali tra diritto interno e principi dell'unione europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, IV, 111 ss.; ALBANO, *Iva, concordato preventivo e transazione fiscale: profili procedurali e (auspicabili) sviluppi della normativa nazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, IV, 67 ss.; FICARI, *La Corte UE ammette la riduzione dell'IVA mediante la transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2016, 1549 ss.; ANDREANI - TUBELLI, *Falcidiabilità dell'IVA nel concordato preventivo la querelle non è finita*, in *Fisco*, 2016, 2042 ss.

⁽³¹⁾ L'esperto indipendente dovrà possedere i requisiti previsti dalla legge fallimentare all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.

tanti creditori che rappresentino la maggioranza del totale dei crediti dei creditori ammessi al voto. La procedura di concordato preventivo offre allo Stato membro interessato la possibilità di votare contro una proposta di pagamento parziale di un credito IVA ⁽³²⁾. Per tutti questi motivi, la Corte di Giustizia conclude nel senso che il pagamento in misura parziale di un credito iva, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, “*non costituisce una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'iva*” e pertanto non è contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione. Ne consegue che la disciplina interna in tema di falcidia dell'iva, così come disciplinata dall'art. 182 *ter* l. fall., va interpretata nel senso di consentire una falcidia del tributo, purché maggiormente soddisfattiva rispetto all'alternativa fallimentare ⁽³³⁾.

4. *L'esdebitazione falcidia anche i crediti IVA.*

Successivamente alla pubblicazione della sentenza Degano Trasporti, si è aperto il dibattito ⁽³⁴⁾ circa la portata della stessa e la possibilità di estendere i principi ivi affermati alle altre procedure concorsuali. La Corte di Giustizia UE ha avuto modo di affrontare il tema dell'applicabilità della falcidia IVA nella procedura di esdebitazione ⁽³⁵⁾. La sentenza trae origine da un'ordinanza di rimessione al vaglio della Corte di Giustizia Ue da parte della Corte di Cassazione ⁽³⁶⁾. Il Tribunale di Mondovì aveva concesso l'esdebitazione al ricorrente, titolare di una società in accomandita semplice e fallito in proprio ⁽³⁷⁾. Successivamente a tale decreto, l'Agenzia delle Entrate inviava al ricorrente una cartella di pagamento relativa a IVA e IRAP per l'anno di imposta 2003. La Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, confermava la sentenza di primo grado, ritenendo illegittime le cartelle emesse dall'amministrazione finanziaria ⁽³⁸⁾. La Corte di Cassazione, nella sua ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE, solleva due diverse questioni giuridiche: la prima attiene alla contrarietà o meno della falcidia dei debiti IVA, in applicazione della procedura di cui agli artt. 142 e 143 l. fall., rispetto all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio, nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione

⁽³²⁾ Cfr. punti 24-25-26 sentenza CGUE C-546/14 Degano Trasporti.

⁽³³⁾ Così BORIA, *cit.*, 470.

⁽³⁴⁾ BORIA, *cit.*, 476; FICARI, *cit.*, 492; ALBANO, *cit.*, 76; FILIPPI, *cit.*, 150.

⁽³⁵⁾ Corte di Giustizia UE, sentenza 16 marzo 2017, Causa C-493/15, in *www.curia.eu*.

⁽³⁶⁾ Cass. Civ., Ordinanza, 1 luglio 2015, n. 13542, con note di PEIROLO, *Al vaglio della Corte di Giustizia l'estinzione dei debiti IVA derivante dalla procedura di esdebitazione*, in *Fisco*, 2015, 2983; e DEL FEDERICO - ARIATTI, *Esdebitazione ed IVA: tra equivoci e vincoli europei, a margine dell'infalcidiabilità del tributo nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2016, 448.

⁽³⁷⁾ In senso conforme, circa la possibilità di concedere l'esdebitazione in pendenza di debiti tributari non interamente soddisfatti, Trib. Bologna, 29 marzo 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁽³⁸⁾ Comm. Trib. Reg. Torino, 26 marzo 2012, n. 19.

ai sensi degli artt. 4, par. 3, T.U.E. E 2 e 22 della Sesta Direttiva 77/388/CEE; la seconda, invece, concerne la compatibilità tra la anzidetta falcidia e la normativa europea in tema di “aiuti di Stato” ⁽³⁹⁾. Pertanto, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il Diritto dell’Unione osti a che i debiti IVA siano dichiarati inesigibili in applicazione di una normativa nazionale che preveda una procedura di esdebitazione. La Corte UE, nell’affrontare la questione sottoposta al suo vaglio, ribadisce alcuni dei principi affermati nella sentenza “Degano Trasporti”, ripercorrendone il percorso argomentativo: (i) gli Stati membri hanno l’obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative atte a garantire il prelievo integrale dell’IVA nel loro territorio; (ii) gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto degli obblighi a carico dei soggetti passivi e beneficiano di una certa libertà in relazione al modo di utilizzare i mezzi a loro disposizione; (iii) questa libertà è limitata dall’obbligo di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell’Unione e di non creare differenze significativa di trattamento dei contribuenti; (iv) le risorse proprie dell’UE comprendono le entrate provenienti dall’applicazione dell’IVA. Occorre quindi stabilire se i principi anzidetti contrastino con la normativa italiana in materia di esdebitazione. La Corte UE evidenzia come la normativa italiana sull’esdebitazione, allo stesso modo della procedura di concordato preventivo esaminata nella sentenza Degano Trasporti, sia assoggettata a condizioni di applicazione rigorose, che offrono garanzie circa la riscossione dei crediti IVA e che quindi non costituisce una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell’IVA. Ne consegue che la normativa italiana sull’esdebitazione non è contraria all’obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell’IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell’Unione. Quanto alle norme in materia di aiuti di Stato, la Corte rileva come la normativa italiana non sia incompatibile con quella europea in quanto quest’ultima richiede che l’aiuto sia diretto a favorire talune imprese che si trovino in una situazione “*fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell’obiettivo perseguito da detto regime*”. Nella normativa italiana sull’esdebitazione, le persone a cui detto beneficio non è concesso non si trovano nella stessa situazione fattuale e giuridica di quelle a cui il beneficio è concesso, tenuto conto che l’obiettivo dell’esdebitazione è quello di consentire ad una persona fisica dichiarata fallita di riprendere una nuova attività imprenditoriale libera dai debiti non soddisfatti durante la procedura concorsuale. La sentenza in commento rappresenta il completamento di un percorso iniziato dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza Degano Trasporti, della quale quella odierna è una riproposizione in

(39) Cfr. Cass., Ordinanza n. 13542/2015, per cui: “*In tema d’IVA, va rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione interpretativa se l’art. 4, paragrafo 3, del Trattato UE e gli artt. 2 e 22 della Direttiva UE n. 77/388, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, debbano essere intesi come ostativi all’applicazione di una disposizione nazionale che preveda l’estinzione dei debiti nascenti dall’IVA in favore dei soggetti ammessi alla procedura di esdebitazione disciplinata dagli artt. 142 e 143 Legge fall.*”.

materia di esdebitazione di principi ivi affermati. La sentenza C-493/15 ha il merito di definire l'applicabilità dei principi affermati nella sentenza Degano all'esdebitazione, facilitando il compito dell'interprete nel capire quali siano gli effetti espansivi della sentenza Degano rispetto alle altre procedure concorsuali ⁽⁴⁰⁾. Le sentenze citate, in particolare la sentenza Degano, hanno costituito certamente uno stimolo per il ripensamento complessivo della disciplina dei crediti tributari nelle procedure concorsuali. Stimolo che è stato, almeno parzialmente, recepito dal legislatore italiano, il quale ha riscritto interamente l'art. 182-ter l. fall., eliminando la regola dell'infalciabilità dell'IVA e stabilendo che qualsiasi tributo possa essere falcidiato, seppure in presenza di alcune condizioni.

Bibliografia

- ALBANO A., *Iva, concordato preventivo e transazione fiscale: profili procedurali e (auspicabili) sviluppi della normativa nazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, Pacini Editore, Pisa, 2016, IV, 67 ss.
- AMATUCCI F., *La transazione fiscale tra disciplina comunitaria e divieto di aiuti di Stato*, in Paparella (a cura di), *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ANDREANI G., *L'obbligo del pagamento dell'Iva e delle ritenute nel concordato preventivo con e senza transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1001 ss.
- ANDREANI G. - TUBELLI A., *Falciabilità dell'IVA nel concordato preventivo la querelle non è finita*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, pp. 2042 ss.
- ANDREANI G. - TUBELLI A., *IVA (in)falciabile nel concordato preventivo senza transazione fiscale?*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, pp. 925 ss.
- ANDREANI G. - TUBELLI A., *Trattamento "speciale" per i crediti tributari nel concordato preventivo*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 232 ss.
- AQUILANTI F., *I diversi regimi fiscali delle soluzioni alla crisi di impresa nell'esperienza della giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Trib.*, Cedam, Padova, 2015, pp. 131 ss.
- ATTARDI C., *Sul carattere necessario del procedimento amministrativo di transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, Giuffrè, Milano, 2012, I, pp. 558 ss.
- BEZZI G., *La falciabilità dell'iva nell'ambito di una procedura di concordato preventivo*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2014, pp. 1865 ss.
- BONFATTI S. - CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007.
- BORIA P., *La pronuncia europea sulla falcidia dell'Iva*, in *Riv. Dir. Trib.*, Pacini Editore, Pisa, 2016, I, pp. 461 ss.
- BOZZA G., *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 377 ss.
- CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008.
- CARDILLO M., *La transazione fiscale*, Arcne Editore, Roma, 2016.

⁽⁴⁰⁾ Parte della dottrina ha sostenuto la necessità, da parte del giudice nazionale, di disapplicare le norme interne nazionali che prevedessero un divieto di falcidia dell'IVA. Cfr. BORIA, *cit.*, 470.

- CASTAGNOLA A., *L'esdebitazione del fallito*, in *Giur. Comm.*, Giuffrè, Milano, 2006, I, pp. 448 ss.
- CASTAGNOLA A., *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CAVALLI G., *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- CECCHIELLA C., *Il diritto fallimentare riformato*, Il Sole 24Ore, Milano, 2007.
- COSTANTINO G., *La esdebitazione*, in *Foro it.*, Il Foro Italiano, Roma, 2006, V, pp. 208 ss.
- DAMI F., *I profili fiscali della disciplina di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rass. Trib.*, Wolters Kluwer, Milano, 2013, pp. 615 ss.
- DAMI F., *La transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, Wolters Kluwer, Milano, 2010, pp. 193 ss.
- DEL FEDERICO L., *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Trib.*, Giuffrè, Milano, 2012, II, pp. 35 ss.
- DEL FEDERICO L., *La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Trib.*, Giuffrè, Milano, 2008, I, pp. 229 ss.
- DEL FEDERICO L. - ARIATTI S., *Esdebitazione ed IVA: tra equivoci e vincoli europei, a margine dell'infalciabilità del tributo nel concordato preventivo*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2016, pp. 448 ss.
- FABIANI M., *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. Giur.*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 449 ss.
- FABIANI M., *La infalciabilità di tutti i crediti tributari e l'equivoco della lettura della Cassazione*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2014, pp. 262 ss.
- FERRO M., *Esdebitazione e pagamento parziale dei creditori*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2014, pp. 148 ss.
- FICARI V., *La Corte UE ammette la riduzione dell'IVA mediante la transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, Ipsoa, Milano, 2016, pp. 1549 ss.
- FICARI V., *Riflessioni su transazione fiscale e ristrutturazione dei debiti*, in *Rass. Trib.*, Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 68 ss.
- FICARI V., *Transazione fiscale e disponibilità del "credito" tributario: dalla tradizione alle nuove "occasioni" di riduzione "pattizia" del debito tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, Pacini Editore, Pisa, 2016, I, pp. 481 ss.
- FRASCAROLI SANTI E., *L'esdebitazione del fallito*, in AA.VV., *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Utet Giuridica, Torino, 2009, 2.
- FRASCAROLI SANTI E., *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* in *Studi in onore di Carmine Punzi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, V.
- GAFFURI G., *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, Wolters Kluwer, Milano, 2011, pp. 1115 ss.
- LA CROCE G., *Il credito erariale Iva tra orientamenti U.E. e arresti della Cassazione*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 152 ss.
- LA MALFA A., *Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in *Corr. Trib.*, Ipsoa, Milano, 2009, pp. 709 ss.
- LO CASCIO G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 2007.
- LO CASCIO G., *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2013, pp. 813 ss.
- MARINI G., *Art. 182 ter: transazione fiscale*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, in Nigro - Sandulli (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- MICONI F., *La transazione fiscale*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2015, pp. 729 ss.

- NICODEMO M., *Gli effetti del fallimento per il debitore e l'esdebitazione*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2008.
- NORELLI E., *L'esdebitazione*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Utet Giuridica, Torino, 2016, I.
- NORELLI E., *L'esdebitazione del fallito*, in *Riv. esecuzione forzata*, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 681 ss.
- PANNELLA P., *L'incognita transazione fiscale*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2009, pp. 646 ss.
- PANZANI L., *L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in *Società*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 475 ss.
- PANZANI L., *Della esdebitazione. Commento sub art. 142-144*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario Jorio-Fabiani*, Zanichelli, Bologna, 2007, II.
- PEIROLO M., *Al vaglio della Corte di Giustizia l'estinzione dei debiti IVA derivante dalla procedura di esdebitazione*, in *Fisco*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 2983 ss.
- PELLIZZONI G., *L'esdebitazione*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 479 ss.
- RANDAZZO F., *Il consolidamento del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 825 ss.
- RUSSO L. A., *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, 2007, I, pp. 277 ss.
- SCARSELLI G., *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2008, pp. 819 ss.
- SPIOTTA M., *L'esdebitazione fallimentare*, in Jorio, *Fallimento e concordato fallimentare*, Utet Giuridica, Torino, 2016.
- STASI E., *Obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale*, in *Fall.*, Ipsoa, Milano, 2011, pp. 85 ss.
- URICCHIO A., *Profili fiscali della crisi da sovraindebitamento dei soggetti debitori non fallibili*, in *Giur. Imp.*, Assonime, Roma, 2014, pp. 18 ss.
- VELLA P., *La (in)disponibilità dei crediti tributari nelle procedure concorsuali tra diritto interno e principi dell'unione europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, Pacini Editore, Pisa, 2016, IV, pp. 111 ss.
- ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.09.2007, n. 169*, Utet Giuridica, Torino, 2008.

MASSIME (*)

FALLIMENTO — Azione revocatoria ex art. 67, comma 2 l. fall. — Natura di debito di valuta — Rivalutazione — Decorrenza interessi.

L'obbligazione restitutiva dell'*accipiens* soccombente in revocatoria ha natura di debito di valuta e non di valore, atteso che l'atto posto in essere dal fallito è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della domanda, che ha natura costitutiva, da cui l'ulteriore corollario che gli interessi sulla somma decorrono dalla data della domanda giudiziale e che il risarcimento del maggior danno conseguente al ritardo con cui sia stata restituita la somma di denaro oggetto della revocatoria spetta solo ove l'attore lo allegghi specificamente e dimostri di averlo subito.

Corte di Appello di Bologna, 28 febbraio 2017, n. 536

* * *

FALLIMENTO — Azione revocatoria ex art. 67, comma 2 l. fall. — Revoca rimesse in conto corrente — Computo — Conto scoperto e affidamento — Consistenza e durevolezza — Criteri.

In base all'attuale disposto dell'art. 67, II comma, lettera *b*, l. fall. in tema di azione revocatoria fallimentare, a seguito della modifica legislativa di cui al decreto legge 35/20015 qualora il pagamento consista in rimesse bancarie non occorre più verificare se esse siano pervenute su un conto passivo scoperto, quanto piuttosto verificare se vi sia stata una attività di riduzione del saldo passivo effettuata in modo durevole e consistente. Ne consegue che la riduzione della esposizione debitoria deve essere stata progressiva e tendenzialmente unidirezionale e di ammontare non trascurabile, avuto riguardo all'ammontare delle rimesse ed all'interesse della massa fallimentare al recupero delle somme andata a beneficio di un solo creditore, non potendosi porre in dubbio che l'azione revocatoria bancaria, pur ridimensionata e ridisegnata, abbia comunque mantenuto la sua funzione di tutela della *par condicio creditorum*.

Non va comunque trascurato il fatto che le norme di cui agli artt. 67, 3 comma, lettera *b* e 70 l. fall. sono intese a regolare contesti di conto corrente operativo di cui è consentito un riutilizzo al fine di evitare che versamenti funzionali ai riutilizzi possano essere revocati, ma non sostanzialmente

(*) Massime a cura di Maddalena Arlenghi, Federica Cassese.

incompatibili con un conto bloccato al rientro, posto che in tal caso qualunque rimessa è comunque definitiva ed idonea a ledere la *par condicio creditorum*.

Corte di Appello di Torino, 5 maggio 2017, n. 973

* * *

FALLIMENTO — *Procedimento di accertamento del passivo — Credito del professionista — Obbligazione di risultato — Esclusione.*

L'espressa previsione nel mandato professionale conferito di un riconoscimento di corrispettivo condizionato al raggiungimento della concessione di finanza ponte strumentale all'ipotizzato accordo di ristrutturazione, conduce a ritenere come assunzione *in parte qua* di una obbligazione di risultato da parte del professionista. Ne consegue che, non raggiunto il risultato, questi non ha diritto al relativo compenso e, quindi, alla collocazione del relativo credito nello stato passivo della procedura fallimentare nel frattempo dichiarata.

Tribunale di Verbania, decreto 20 giugno 2017

* * *

FALLIMENTO — *Pretesa creditoria avanzata nelle forme ordinarie — Inammissibilità della domanda — Necessità riassunzione ex art. 50 c.p.c. — Esclusione.*

Qualora una domanda sia diretta a far valere, nelle forme ordinarie, una pretesa creditoria soggetta in realtà al regime del concorso, il giudice adito è tenuto a dichiarare non la propria incompetenza ma, a seconda dei casi, l'inammissibilità, l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda in quanto proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge; ne consegue che all'esito della dichiarazione di improcedibilità non si pone la questione della riassunzione tempestiva avanti il giudice competenze ex art. 50 c.p.c.

Corte di Cassazione, 10 aprile 2017 n. 9198

* * *

FALLIMENTO — *Reclamo ex art. 18 LF — Mancata notifica nel termine — Sanatoria — Esclusione.*

Anche se l'art. 18 LF non prevede una sanzione per l'ipotesi in cui sia

mancata la notifica dell'atto di reclamo e del decreto di fissazione alla controparte nel termine all'uopo stabilito, resta fermo il principio per cui non è consentita sanatoria mediante rinnovazione della notifica qualora la notifica sia mancata del tutto senza alcuna giustificazione.

Corte di Cassazione, 11 maggio 2017 n. 11541

* * *

FALLIMENTO — Insinuazione Tardiva — Ricorso in opposizione allo stato passivo — Decorrenza del termine.

Per le domande tardive di ammissione al passivo il termine per il ricorso in opposizione allo stato passivo decorre dall'approvazione dello stato passivo "in forma modificata" e non da comunicazioni che ineriscano a ciascuno o ad alcuni credito soltanto.

Corte di Cassazione, 1 giugno 2017 n. 13886

* * *

FALLIMENTO — Incompatibilità ex art. 51 n. 4 c.p.c. — Obbligo di astensione — Facoltà di ricusazione — Nullità della sentenza — Esclusione.

Il Giudice che abbia autorizzato una Società in Concordato preventivo a presentare istanza di fallimento nei confronti di altra Società, ai sensi dell'art. 51 n. 4 c.p.c. non può fare parte del Collegio che dovrà deliberare in ordine a tale istanza. L'incompatibilità che si verifica non priva però il giudice della "potestas iudicandi" né comporta la nullità della pronuncia di tale Collegio, ma dà solo luogo ad un obbligo di astensione suscettibile di essere fatto valere dall'interessato attraverso la ricusazione ex art. 52 c.p.c.

Corte di Cassazione, 16 maggio 2017, n. 12066

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO PENALE D'IMPRESA

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

*Cassazione Penale Sez. V Sent. 8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017) n. 13910,
Pres. Fumo, Rel. De Marzo, imp. Santoro, in Dir. Pen. Contemporaneo
on line 24.3.2017*

* * *

Bancarotta fraudolenta prefallimentare — Dichiarazione di fallimento — È condizione (estrinseca) di punibilità — Che determina il “tempus” e il “locus commissi delicti” — Effetti sulla prescrizione e sulla competenza per territorio.

* * *

omissis

...questo Collegio ritiene, in adesione all'opinione della prevalente dottrina, che la dichiarazione di fallimento costituisca, rispetto al reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, ai sensi dell'art. 44 cod. pen..

omissis

...nel caso della bancarotta fraudolenta patrimoniale, è innegabile che l'oggettività giuridica si colga nell'esigenza di tutelare l'interesse patrimoniale dei creditori, a fronte degli atti con i quali l'imprenditore provochi un depauperamento dei mezzi destinati all'esercizio dell'attività economica, attraverso l'impiego di risorse per fini estranei all'attività stessa (Sez. U, n. 22474 del 31/3/2016, Passarelli, Rv. 266804).

A tal proposito, è bene ricordare che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 cod. civ.).

omissis

...A tali considerazioni concernenti, come si rilevava, la generalità dei debitori, devono poi aggiungersi le indicazioni normative specificamente riguardanti gli imprenditori, le quali trovano il loro fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost., a mente del quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

omissis

...il gestore non ha una sorta di *jus utendi et abutendi* sui beni aziendali, i quali, viceversa, pur essendo strumentali al legittimo obiettivo del raggiungimento del profitto dell'imprenditore medesimo, sono finalisticamente vincolati, per così dire, "in negativo", nel senso che degli stessi non può farsi un utilizzo che leda o metta in pericolo gli interessi costituzionalmente tutelati cui sopra si è fatto cenno. Ed è in tale prospettiva che si inseriscono, ad es., gli obblighi strumentali di trasparenza finalizzati a rendere ostensibili la consistenza e le vicende delle risorse destinate all'attività economica.

omissis

...In altre parole, la libertà di intrapresa è disciplinata dal legislatore nella consapevolezza della pluralità di interessi che vengono coinvolti, quando l'attività economica organizzata si alimenta del credito e implica una rilevante responsabilità sociale per l'intero sistema produttivo e lavorativo.

Da tali premesse discende che l'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza indubbiamente già con l'atto depauperativo dell'imprenditore.

omissis

...A questo riguardo, può essere opportuno sviluppare la considerazione secondo cui, in realtà, le varie fattispecie di bancarotta pre-fallimentare sono chiamate a proteggere vari interessi, attesa la rilevata loro autonomia.

...Accanto all'interesse dei creditori a conservare la garanzia patrimoniale, è ravvisabile l'interesse degli stessi a conoscere la consistenza del patrimonio e del movimento degli affari dell'imprenditore (bancarotta documentale), come pure l'interesse al rapido e paritetico trattamento nel caso di insolvenza (bancarotta preferenziale).

omissis

...Ne discende che, anche per questo profilo, resta confermato che l'offensività tipica dei fatti previsti dal legislatore sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento, la quale, precludendo all'imprenditore ogni mar-

gine di autonoma capacità di risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile (perché ritenuta necessaria dal legislatore) la sanzione penale.

omissis

...La dichiarazione di fallimento, in definitiva, in quanto evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, rappresenta una condizione estrinseca di punibilità ... che restringe l'area del penalmente illecito, imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento.

Siffatta ricostruzione appare, peraltro, in linea con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha osservato che il fatto offensivo costituente reato è, in quanto tale, *meritevole di pena*, nel senso che sono in esso presenti i requisiti sufficienti per tracciare il confine tra la sfera del lecito e quella dell'illecito e per giustificare il ricorso alla sanzione criminale... non in tutti i fatti *meritevoli di pena* è però rinvenibile anche un'*esigenza effettiva di pena*: la punibilità del reato può (allora) essere subordinata ad elementi di varia natura, nei quali si cristallizza una valutazione d'opportunità politica, estranea al contenuto dell'offesa e dipende dal modo con cui è apprezzata la sua rilevanza in concreto per l'ordinamento.

omissis

...In tale prospettiva si comprende la considerazione secondo cui soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivo) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27, primo comma, Cost.* (Corte cost. 13/12/1988, n. 1085).

omissis

... la sentenza delle Sezioni Unite, n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, dopo avere ribadito, alla stregua della costante giurisprudenza di questa Corte, che non si richiede alcun nesso (causale o psichico) tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, ha poi significativamente aggiunto che la condotta *si perfeziona con la distrazione, mentre la punibilità della stessa è subordinata alla dichiarazione di fallimento, che, ovviamente, consistendo in una pronunzia giudiziaria, si pone come evento successivo (in caso, appunto, di bancarotta distrattiva pre-fallimentare) e comunque esterno alla condotta stessa.*

omissis

...Passando ad esaminare le implicazioni della ricostruzione qui accolta,

si osserva che... essa non è suscettibile di determinare alcun significativo mutamento nelle regole operative sin qui seguite.

Ciò è senz'altro vero, con riferimento alla disciplina della prescrizione, alla luce dell'art. 158, comma secondo, cod. pen., a mente del quale, quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata.

omissis

...lo stesso art. 158, comma secondo, cod. pen. dimostra che, nel dettare la disciplina delle questioni che presuppongono la consumazione del reato, è proprio il verificarsi della condizione che assume rilievo determinante.

Siffatta considerazione consente di affermare che il concetto di consumazione del reato di cui all'art. 8 cod. proc. pen., in assenza di vincolanti e diverse prescrizioni normative, deve appunto essere ricostruito nei termini di completa realizzazione della fattispecie incriminatrice (e si è sopra visto, come anche per Corte cost. n. 247 del 1989, la condizione obiettiva di punibilità rientri nella fattispecie). La conclusione, oltre a garantire una piena equiparazione delle soluzioni in tema di *tempus* e di *locus commissi delicti*, la cui diversificazione non avrebbe senso alcuno, è coerente con le finalità delle norme che assumono la consumazione del reato a presupposto della loro applicabilità, giacché la condizione di punibilità, pur estranea, nella accezione che qui assume rilievo, all'offesa, comunque rappresenta il dato che giustifica l'intervento sanzionatorio dello Stato.

omissis

Quanto poi ai profili dell'amnistia e dell'indulto (art. 79, comma terzo, Cost., che si sovrappone agli artt. 151, comma terzo e 174, comma terzo, cod. pen.), l'unitaria considerazione degli istituti e il fatto che, come puntualmente rilevato in dottrina, anche l'amnistia, che pure costituisce causa di estinzione del reato, ha riguardo non all'aspetto offensivo di quest'ultimo, ma alla sua punibilità, giustificano la conclusione in base alla quale assume valore determinante il momento del verificarsi della condizione obiettiva di punibilità (e anche questa conclusione è coerente con i risultati raggiunti dalla giurisprudenza di questa Corte: v. Sez. 5, n. 7814 del 22/3/1999, Di Maio, Rv. 213867).

Superato il divario tra teoria e prassi a proposito del rapporto tra bancarotta e dichiarazione di fallimento? (di GIANMARIA CHIARAVIGLIO)

1) La sentenza in esame sviluppa in modo organico e concatenato il tentativo di offrire una soluzione ai vari problemi tradizionalmente dibattuti nella esegesi della fattispecie di bancarotta patrimoniale; problemi che hanno

dato luogo ad una congerie di pronunce tra loro alquanto dissonanti e dunque ad una situazione di perdurante incertezza.

Le divergenze si sono concentrate in particolare, nella individuazione del ruolo della dichiarazione di fallimento nell'economia della fattispecie: immediata la percezione innanzi tutto, dei riflessi pratici della soluzione adottata perché da essa dipende la determinazione del *tempus* e del *locus commissi delicti* con evidenti ricadute in tema di prescrizione e di competenza territoriale.

Ed è proprio da qui che la pronuncia in commento muove, con una ferma presa di posizione al riguardo, la cui enunciazione in esordio vale a sottolinearne la portata. *“questo Collegio ritiene, in adesione alla opinione della prevalente dottrina che la dichiarazione di fallimento costituisce, rispetto al reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità ai sensi dell'art. 44 c.p.”.*

Detto ciò, subito si ricorda che il consolidato orientamento giurisprudenziale è di diverso avviso; ritiene cioè che la sentenza dichiarativa di fallimento rientri *“fra gli elementi integranti la fattispecie di reato”*; orientamento questo che trae origine dalla risalente sentenza delle Sezioni Unite n. 2 1958, Mezzo, secondo la quale *“mentre le condizioni obiettive di punibilità presuppongono un reato da strutturalmente perfetto”*, la dichiarazione di fallimento rappresenta *“una condizione di esistenza del reato o meglio un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza”*.

I,1) Questo l'incipit della pronuncia: una sorta di sfida ad un assetto già sedimentato da riesaminare utilizzando gli strumenti offerti da chi — la dottrina esplicitamente evocata — ne ha fatto oggetto di esame critico, in particolare con riferimento al principio di colpevolezza ⁽¹⁾.

Conviene peraltro ripercorrere passo dopo passo l'itinerario argomentativo volto nella sentenza in commento nel procedere al riesame critico programmato perché i singoli momenti in cui esso si articola offrono lo spunto per riflessioni che potranno a loro volta consentire di vagliare l'adeguatezza della qualificazione proposta e cioè della classificazione della dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità, a rimuovere ogni incertezza in ordine alle connotazioni che tipizzano la bancarotta patrimoniale.

In altre parole può dirsi o no che la collocazione della dichiarazione di fallimento tra le condizioni *“estrinseche”* di punibilità chiarisca una volta per tutte cose si debba intendere per *“distrazione”*?

I,2) Procedendo nel percorso testé indicato ci si imbatte in alcune pronunce che la sentenza in commento richiama perché offrono significative precisazioni volte ad evitare la altrimenti ineluttabile conseguenza della

⁽¹⁾ Vds C. PEDRAZZI, *Incostituzionale la fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, 915; nonché con specifico riguardo alle condizioni obiettive di punibilità D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, 707.

collocazione della dichiarazione di fallimento tra gli elementi della fattispecie: che essa sia “coperta” del dolo dell’agente; conseguenza palesemente improponibile dal momento che un provvedimento giudiziale non potrà mai esser frutto della volizione del privato imprenditore o amministratore.

Così che, nel palese tentativo di ricostruire la realtà in guisa da superare quella contraddizione, si è avuto cura di precisare che la dichiarazione di fallimento pur essendo elemento costitutivo della fattispecie “*non ne rappresenta l’evento e non deve essere necessariamente collegata da un nesso psicologico al soggetto agente*” e neppure da “*un nesso eziologico con la condotta*”⁽²⁾.

Da questo indirizzo — si aggiunge — si è nettamente discostata la sentenza n. 47502/2012, Corvetta (Ravenna calcio), che, come noto, ha spazzato via quella antinomia e la connessa esigenza di aggirarla, affermando che lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento è elemento essenziale del reato perché ne costituisce l’evento e in quanto tale “*deve porsi in rapporto causale con la condotta dell’agente e deve altresì essere sorretta dall’elemento soggettivo del dolo*”⁽³⁾.

I,3) Peraltro la sentenza Corvetta (Ravenna calcio) è rimasta isolata: si è innanzi tutto contestato l’assunto secondo cui la dichiarazione di fallimento deve essere “coperta” del dolo dell’agente, osservando che essendo la bancarotta fraudolenta patrimoniale “*reato di pericolo a dolo generico.... non è necessario che l’agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza*”⁽⁴⁾.

Le pronunce di questo tenore meritano la massima attenzione: l’asserzione che la consapevolezza di uno stato di insolvenza non sia punto necessaria per l’integrazione del reato di bancarotta patrimoniale pare incontrovertibile se si considera che la condotta bancarottiera — fattispecie di pericolo concreto⁽⁵⁾ — può essere integrata anche quando non si sia instaurato né uno stato di insolvenza (inteso in senso proprio come deficit finanziario e quindi incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento), né, addirittura una situazione di dissesto cioè di irreversibile squilibrio economico.

Con ciò non si potrà tuttavia revocare in dubbio l’esigenza che comunque la condotta possieda peculiari connotazioni lesive sia sul piano soggettivo, richiedendosi la consapevolezza che essa possa pregiudicare il soddisfacimento delle ragioni creditorie attraverso la liquidazione concorsuale dei beni

⁽²⁾ Così Sez. V n. 15850 del 26 giugno 1990, Bordoni e Sez. V n. 96088 del 27.9.2006, Corsatto.

⁽³⁾ Per un’ampia illustrazione della vicenda giudiziaria e della Sentenza, dei commenti ad essa dedicati nonché della perdurante incertezza sulla compatibilità costituzionale degli orientamenti giurisprudenziali vds. A. MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2016, pag. 61.

⁽⁴⁾ Sez. V n. 3229/13 del 14 dicembre 2012, Rossetto nonché *ex plurimis* Sez. V n. 21846 del 13 febbraio 2014, Bergamaschi.

⁽⁵⁾ Opinione largamente condivisa in dottrina: per tutti vds. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano 1984 pag. 1111; nonché, *Commento all’art. 216 L.F.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1995.

originariamente destinati all'esercizio dell'impresa, sia su quello oggettivo, essendo del pari necessario che dalla condotta consegua uno squilibrio patrimoniale ovvero l'aggravamento di uno squilibrio preesistente pur se non conseguente ad anomali atti di disposizione.

Ma, appunto, tutto ciò ben può verificarsi indipendentemente dall'insolvenza ed anche dal dissesto.

Aspetti, quelli testé segnalati, che però le pronunce richiamate, allo stesso modo di quella in commento, sembrano mettere in ombra.

I,4) La sentenza quindi ricorda come, in particolare, le decisioni più recenti che, prendendo le distanze dalle soluzioni offerte dalla sentenza Corvetta (Ravenna calcio), si sono collocate sulla scia dell'orientamento tradizionale, abbiano ribadito, richiamando pressoché testualmente il principio enunciato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 2/1958, che la dichiarazione di fallimento *“costituisce una condizione di esistenza del reato che ne determina il momento consumativo senza che però le si possa attribuire la qualifica di evento”*; aggiungendo poi, con un tratto di implicita polemica verso le tesi della dottrina pressoché unanime: *“come se non fosse data una via d'uscita rispetto all'alternativa tra condizione obiettiva di punibilità ed evento del reato: al contrario può certamente affermarsi che è facoltà del legislatore inserire nella struttura dell'illecito penale elementi estranei alla cennata dicotomia”* ⁽⁶⁾.

Al riguardo si è recentemente affermato che, pur essendo la dichiarazione di fallimento, in quanto condizione di esistenza del reato, *“una componente necessaria perché il fatto sia penalmente rilevante”*, essa tuttavia *“debba essere distinta dai dati costitutivi della struttura essenziale del reato”*; di qui l'esigenza di ammettere una *“nozione di elemento costitutivo in senso assolutamente improprio”* ⁽⁷⁾.

Secondo la sentenza in commento rientrerebbe nell'ambito di queste pronunce che testimoniano la continuità dell'orientamento tradizionale originato dalla più volte ricordata sentenza delle Sezioni Unite n. 2/1958, Mezzo, anche la pronuncia delle medesime Sezioni Unite n. 22474/2016, Passarelli, ove si afferma che non è necessario al fine della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale l'esistenza di un nesso causale fra i fatti di distrazione e il successivo fallimento essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ai impieghi estranei alla sua attività.

In verità questa pronuncia sembra caratterizzarsi per l'adozione di una diversa prospettiva ermeneutica: che non occorra nessun nesso causale tra condotta depauperativa e fallimento non viene fatto dipendere dalla circostanza che quest'ultimo sia una componente della fattispecie la cui peculiarità è quella appunto di non dover essere causata dalla condotta, bensì dal fatto

⁽⁶⁾ Sez. V n. 32352 del 7 marzo 2104, Tanzi e Sez. V n. 32031 del 7 maggio 2014, Daccò.

⁽⁷⁾ Così Sentenza Daccò citata alla nota che precede nonché Sez. V n. 15613 del 5 dicembre 2014, Geronzi.

che l'offesa si concreta esaurendosi nella "*deminutio patrimonii*" costituita dalla destinazione di risorse ad impieghi estranei all'esercizio dell'impresa.

Questa prospettiva consente di disegnare con chiarezza la bancarotta patrimoniale come reato di pericolo concreto nel quale peraltro, a differenza di quanto avviene nell'ambito della tesi giurisprudenziale tradizionale, il fallimento non è una componente dell'offesa, non partecipa cioè della offensività dell'azione lesiva: l'offesa al bene tutelato si è già pienamente realizzata prima della dichiarazione di fallimento, che, semplicemente, ne autorizza la punizione.

La sentenza Passarelli sembra peraltro spingere l'autonomia del fallimento rispetto all'offesa fino a considerare il primo come capace di indurre alla punizione della seconda sempre e comunque e cioè anche quando l'atto di disposizione non abbia provocato nessuno squilibrio ovvero lo squilibrio provocato o aggravato dall'atto di disposizione sia stato rimosso nel successivo esercizio dell'impresa, secondo gli schemi della c.d. "*bancarotta riparata*".

Per converso, in altra pronuncia si era già rilevato ⁽⁸⁾, che la qualificazione della bancarotta come reato di pericolo induceva ad individuarne la componente soggettiva nella "*rappresentazione della pericolosità della condotta distrattiva da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e dunque la rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori tutelati dalla norma incriminatrice*".

La pronuncia in esame con questo riferimento alla componente soggettiva esaurisce l'ampio *excursus* sui precedenti giurisprudenziali.

I,5) Volgendosi quindi, innanzi tutto, ad una serrata critica che riprende le note osservazioni formulate dalla dottrina all'orientamento tradizionale e sottolineando come esso evidenzi la propria inadeguatezza a dar prova della sua compatibilità con il principio di responsabilità personale in materia penale di cui all'art 27 comma primo della Costituzione; e comunque faccia ricorso a "*artificiose forzature concettuali*", quale quella di immaginare una componente della fattispecie non coperta dal dolo e avulsa dalla condotta tipica.

Per poi soffermarsi sulla "*oggettività giuridica*" del reato de quo che viene ravvisata "*nell'esigenza di tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori a fronte degli atti con i quali l'imprenditore provochi un depauperamento dei mezzi destinati all'esercizio dell'attività economica attraverso l'impiego di risorse per fini estranei all'attività stessa*" (così la già ricordata sentenza Passarelli, Sezione Unite n. 22474/2016).

È bene ricordare — si aggiunge — che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.); e che a questa regola, che vale per la generalità dei creditori, si aggiungono, per il gestore di impresa, i vincoli che scaturiscono dall'art. 41 della Costitu-

⁽⁸⁾ Così la Sentenza Geronzi citata alla nota che precede.

zione, in virtù dei quali chi esercita l'impresa non potrà mai comunque disporre ad libitum dei beni che ne costituiscono il patrimonio, essendo questi destinati esclusivamente all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Così che l'offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza indubbiamente già con l'atto depauperativo.

D'altro canto — si aggiunge — anche nell'ambito della bancarotta preferenziale l'offesa si realizza a prescindere dalla dichiarazione di fallimento anche se presuppone *“un contesto di insolvenza”*.

Di tal che *“resta confermato che l'offensività tipica dei fatti previsti dal legislatore sussiste a prescindere dalla dichiarazione di fallimento la quale, precludendo all'imprenditore ogni margine di capacità di risoluzione della crisi, rende semplicemente applicabile (perché ritenuta necessaria dal legislatore) la sanzione penale”*.

Va subito sottolineato che questa enunciazione sembra cogliere un dato spesso misconosciuto e cioè che la dichiarazione di fallimento certifica la trasformazione del pericolo presunto in danno, eliminando la reversibilità dello squilibrio pericoloso attraverso l'ordinario esercizio dell'impresa.

Quindi, a conclusione delle argomentazioni fin qui ampiamente svolte, la sentenza ribadisce l'assunto proposto in esordio e cioè la tesi che *“la dichiarazione di fallimento rappresenta una condizione estrinseca”* (per tale intendendosi quella estranea alla sfera dell'offesa) *“di punibilità.... che restringe l'area del penalmente illecito imponendo la sanzione penale solo in quei casi nei quali alla condotta del debitore, di per sé offensiva degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento”*.

I,6) L'ultima parte della pronuncia è volta a dimostrare che la ricostruzione così diffusamente illustrata non comporta *“alcun significativo mutamento sulle regole operative fin qui seguite”*.

Prendendo lo spunto dalla previsione dell'art. 158 comma secondo c.p. ove si stabilisce che quando la legge fa dipendere la punibilità del reato da una condizione, la prescrizione prende a decorrere dal verificarsi di quest'ultima, si propone l'archetipo della più generale *“commissione del reato”* che supera i limiti della consumazione di cui all'art. 8 c.p.p. e la cui portata è tale da comprendere, oltre all'offesa compiutamente realizzata, anche tutto ciò che, come le condizioni estrinseche di punibilità, la piena realizzazione dell'offesa presuppone ⁽⁹⁾.

* * *

II) Ci si è diffusi nella rappresentazione dei singoli passaggi argomenta-

⁽⁹⁾ D. PULITANO, in *Diritto Penale*, terza edizione, Torino 2009, pag. 394 afferma che *“è opinione prevalente che il reato condizionale si consuma al momento del verificarsi della condizione con tutto ciò che segue”*.

tivi perché essi racchiudono in una felice sintesi i molteplici nodi problematici che avviluppano la materia e che ruotano intorno all'esigenza di una coerente determinazione del ruolo della dichiarazione di fallimento nella economia del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Quello che comunque colpisce nella lettura di questa decisione, puntuale e precisa quant'altri mai nel rappresentare gli approdi giurisprudenziali succedutesi e sovrappostisi nel tempo, è come essa finisca per raccontare una storia di aporie: la prima concernente la collocazione della dichiarazione di fallimento nella sfera dell'offesa, qualificandola come condizione di esistenza del reato; poi, e cioè a partire dalla sentenza Passarelli ed ora compiutamente proprio con la sentenza in commento, risolto infine in modo soddisfacente il problema della collocazione della dichiarazioni di fallimento nella struttura della fattispecie, qualificandola come condizione — estrinseca — di punibilità, proponendo, in sostanza, una nozione di "*commissione*" del reato che esorbita dai confini della consumazione di cui all'art. 8 c.p.p..

Con una radicale differenza: mentre la collocazione della dichiarazione di fallimento fra gli elementi della fattispecie confligge con il principio di colpevolezza e cioè con l'art. 27 comma primo della Costituzione, la postulata categoria della "*commissione del reato*" incide su una norma processuale — l'art. 8 c.p.p. — estendendone la portata al di là del tenore letterale ma in base a valide ragioni di ordine sistematico ⁽¹⁰⁾.

Proposta quest'ultima che offre la definitiva riprova di come il problema nella collocazione della dichiarazione di fallimento nella struttura della fattispecie sia innanzi tutto di ordine operativo coincidendo con la esigenza di individuare i due dati essenziali nella repressione dell'illecito: il tempo e il luogo nella consumazione del reato dalla cui determinazione dipendono il maturare della prescrizione e la individuazione del Giudice competente per territorio.

Tuttavia la soluzione del cennato problema incide, nel contempo, decisamente sulla individuazione delle componenti qualificanti la specifica anti-giuridicità del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale; aspetto questo, per certo, non secondario.

II,1) Procedendo nella direzione testé segnalata è opportuno innanzi tutto soffermarsi sull'orientamento tradizionale della giurisprudenza per il quale, come visto, la dichiarazione di fallimento è condizione di esistenza del reato, è un elemento integrativo della fattispecie, ma è anche una componente sui generis tutt'affatto particolare perché non è necessario nessun nesso causale con la condotta depauperativa.

Questa tesi, la cui originaria enunciazione risale alla già più volte citata sentenza delle Sezioni Unite n. 2/1958, offre aspetti di significativa conso-

⁽¹⁰⁾ Vds. la presa di posizione di D. Pulitanò alla nota che precede.

nanza con un indirizzo dottrinario di qualche anno anteriore ⁽¹¹⁾ secondo cui la dichiarazione di fallimento costituisce una condizione “*intrinseca*” di punibilità, intendendosi per tale la condizione che incide sull’interesse protetto approfondendo l’offesa già cagionata dalla condotta ⁽¹²⁾.

Questo tipo di approccio era tuttavia assai fragile perché, in evidente conflitto con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, pone a carico dell’agente anche le conseguenze non volute della condotta.

La tesi della condizione intrinseca di punibilità, in particolare, divenne improponibile a seguito della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale, salutata come “*storica*” da autorevole dottrina ⁽¹³⁾, che dichiarò la illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 27 comma primo della Costituzione di tutti i casi di responsabilità oggettiva e cioè di tutti i casi in cui si preveda un addebito oggettivo per gli elementi significativi del reato, per tali dovendosi intendere “*tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie*”; indicando poi esplicitamente quale ipotesi di responsabilità oggettiva “*le condizioni intrinseche di punibilità*”.

Ad analoga sorte sembrava essere destinato anche la tesi giurisprudenziale della “*condizione di esistenza del reato*” cui potevano ben applicarsi i dettami della sentenza della Corte Costituzionale 364/1988.

Ma la questione di costituzionalità venne rigettata in base all’assunto che il fallimento era sì un elemento costitutivo, ma... *sui generis* ⁽¹⁴⁾.

Quindi la tesi continuò ad essere riproposta fino alle pronunce assai recenti sopra richiamate.

II,2) In verità quella che potrebbe, a prima vista, apparire una manifestazione di incomprensibile accanimento nel sostenere una tesi che sfida il principio di non contraddizione — il fallimento nella struttura della bancarotta è un elemento costitutivo che ... non è un elemento costitutivo — ancor prima di trovare giustificazione nelle esigenze di ordine pratico sopra accennate, di stabilire senza procedere a particolari accertamenti, il luogo e il tempo di commissione del reato, risponde ad una primaria esigenza sistematica — esegetica: quella, poco sopra evocata, di individuare la specifica antigiusuridicità della bancarotta patrimoniale.

In altre parole: cosa fa di un atto di disposizione sui beni dell’impresa per finalità ad essa estranee una “*distrazione*” in luogo di una semplice indebita appropriazione? Nella prospettiva della giurisprudenza tradizionale la rispo-

⁽¹¹⁾ Ci si riferisce a P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, pag. 42.

⁽¹²⁾ Così per tutti FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale*, parte generale, sesta edizione, Bologna 2010, pag. 779.

⁽¹³⁾ Così D. PULITANO, *op. cit.*, a nota 1.

⁽¹⁴⁾ Così Cass. Pen. Sez. V 26 giugno 1990, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, pag. 1143 ricordata da Melchionda (a nota 37) nell’art. citato alla nota 3 che precede.

sta è chiara: il fallimento appunto, che vale a qualificare la peculiare offensività della condotta.

La stessa sentenza Corvetta (Ravenna calcio), all'apparenza sovversiva rispetto alla tradizione, condivide in realtà l'orientamento tradizionale, che porta semmai alle estreme conseguenze ponendo il fallimento al centro dell'offesa quale evento del reato causato dalla condotta distrattiva.

II,3) Alla sentenza in commento va riconosciuto il pregio di avere ammesso che la tesi tradizionale deve pagare lo scotto di *"artificiose forzature concettuali"* e nel contempo di aver sottolineato il primato del principio costituzionale di colpevolezza; primato che tiene a ribadire segnalando l'avallo della Corte Costituzionale alla qualificazione del fallimento in termini di condizione estrinseca di punibilità, in virtù di una pronuncia della Corte — la numero 1085/1988 — ove si afferma che le condizioni di questa specie sono estranee alla materia del divieto condizionando la punizione a determinati elementi oggettivi, sottraendosi così alla regola della rimproverabilità *ex art. 27* primo comma della Costituzione.

Per converso, sulla scia di una importante pronuncia delle Sezioni Unite — la già più volte già richiamata n. 22474/2016, Passarelli — descrive l'offesa come consistente nella *"deminutio"* della garanzia per il ceto creditorio rappresentato dalla destinazione dei beni dell'impresa a scopi estranei all'esercizio di quest'ultima.

Si deve osservare che, mentre l'assunto è in grado di fornire adeguata giustificazione all'affermazione — ineccepibile — che tra atto di disposizione e fallimento non è necessario alcun nesso causale, non sembra invece in grado di fornire indicazioni in ordine alla primaria esigenza di individuare i fattori che denotano la specifica offensività della bancarotta per distrazione.

Il mancato approfondimento di questo fondamentale aspetto porta ad asserzioni che appaiono incoerenti.

Prima fra tutte quella che muovendo dall'assunto — anch'esso pienamente condivisibile — che la bancarotta è reato di pericolo concreto, conclude che, tuttavia, nel caso di specie, il pericolo assumerebbe una sua effettiva dimensione soltanto nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento; così che i fatti di distrazione, una volta dichiarato il fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi *"e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza"*.

Orbene un pericolo concreto che assume rilevanza quando si trasforma in danno sembra fornire l'immagine di un altro palese conflitto con il principio di non contraddizione.

La tesi in oggetto ha poi evidenti ricadute sulla soluzione del problema della *"bancarotta riparata"*, anche a questo riguardo, pur ammettendosi che la *"restituzione"* di quanto distratto possa avere eliminato il fattore di pericolo, si precisa poi che comunque il sindacato al riguardo dovrà guardare al momento della dichiarazione di fallimento perché è a questo che bisogna fare

riferimento per verificare la consumazione dell'offesa ⁽¹⁵⁾; regola di giudizio questa che si pone in palese contraddizione con la regola di diritto che nega la necessità di un nesso causale fra atto di disposizione di fallimento perché, se pur ab implicito, presuppone proprio un nesso di questo tipo come componente indefettibile del reato di bancarotta.

In effetti una volta stabilito che il reato de quo è un reato di pericolo si dovrebbe volgere lo sguardo alla situazione pericolosa immaginata per puntualizzare come essa precisamente si atteggi, perché solo così che si può cogliere l'essenza della specifica offesa costituita da quella particolare sottrazione di beni.

Ebbene, questa situazione consiste — come già numerosi lustri or sono segnalato dal Pedrazzi ⁽¹⁶⁾ — nel disequilibrio tra attivo e passivo indotto o aggravato dall'atto di disposizione; ed è la stretta correlazione fra atto di disposizione e situazione di squilibrio che colora il primo della specifica antigiuridicità della condotta bancarottiera: non si tratta qui di un qualunque pregiudizio alle ragioni dei creditori ma nel concreto rischio che queste ragioni vengano soddisfatte, attraverso l'esecuzione concorsuale, in misura inferiore a quello assicurato dalle originarie risorse; è questa la connotazione peculiare del pregiudizio al ceto creditorio conseguente alla condotta descritta all'art. 216 primo comma L.F. ⁽¹⁷⁾.

Solo in questo quadro potrà essere realizzata l'offesa tipica rimproverabile all'autore della condotta dispositiva perché da lui voluta e materialmente causata.

Ma soprattutto è solo in questo quadro che il fallimento si pone davvero "all'esterno" dell'offesa.

Certo tutto ciò comporterà problemi di accertamento imponendo una non semplice prognosi postuma da parte del Giudice ⁽¹⁸⁾.

Ma questa esigenza non potrà essere disattesa o comunque aggirata: diversamente, come sembra avvenire anche ad opera della decisione commentata, il fallimento si porrà necessariamente tra le componenti dell'offesa, anzi ne costituirà il nucleo tipizzante anche quando lo si qualifichi in termini di condizione "estrinseca" di punibilità.

⁽¹⁵⁾ Sez. V n. 39043 del 21 settembre 2007; nello stesso senso Sez. V n. 8402 del 3 febbraio 2011, Cannavale; nonché Sez. V 22 ottobre 2014 n. 6408/2015.

⁽¹⁶⁾ *Op. cit.* a nota 5; inoltre vds. del medesimo autore *Reati fallimentari* in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.

⁽¹⁷⁾ Il che non impedisce di riconoscere più ampia portata alla tutela e cioè di condividere l'assunto che la categoria dei creditori deve essere intesa in senso lato arrivando a comprendere anche i soci. Così F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa e fallimento, davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2015, pag. 390 a pag. 394.

⁽¹⁸⁾ Sul punto con le diffuse puntuali precisazioni e richiamo al pericolo di "hindsight bias", F. MUCCIARELLI, *op. cit.* alla nota che precede, in particolare a pag. 399 e nota 59.

Bibliografia

(data la vastità degli interventi sul tema oggetto della decisione commentata, ci si limita alle opere più significative ad avviso di chi scrive)

- DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. It. di Diritto Commerciale*, 1926, 450 in *Diritto Penale, Raccolta degli scritti*, Milano 1976, II, pag. 725.
- DELITALA G., *Studi sulla bancarotta (1935)*, in *Diritto Penale, Raccolta degli scritti*, Milano 1976, II, pag. 851.
- PEDRAZZI C., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, pag. 1111.
- PULITANO D., *Una Sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 1988, pag. 707.
- PEDRAZZI C., *Incostituzionale la fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. It. di Dir e Proc. Pen.*, 1989, 915.
- PEDRAZZI C., *Commento all'art. 216 L.F.*, in Pedrazzi - Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma 1995.
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi - A. Alessandri - L. Foffani - S. Seminara - G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, seconda edizione Bologna, 2000.
- MUCCIARELLI F., *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta, davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2015, pag. 390.
- MELCHIONDA A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4/2016, pag. 61.

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA TRIBUTARIA

ARTICOLI

PROFILI FISCALI DELLE OPERAZIONI DI ACQUISTO E VENDITA DI *BITCOIN*

di GIOVANNA COSTA

1. Premessa.

L'affermarsi, anche in Italia, di realtà aziendali attive nelle transazioni in criptovalute pone sempre più interrogativi non solo in una prospettiva economico-finanziaria ma anche giuridica (in particolare sulla natura dei *bitcoin* e simili) e tributaria.

Alcuni Paesi (tra i quali Stati Uniti ⁽¹⁾, Canada ⁽²⁾, Francia ⁽³⁾, Regno Unito ⁽⁴⁾, Australia ⁽⁵⁾) hanno prodotto studi e analisi interdisciplinari cui sono seguite interpretazioni, come ad esempio quella fornita dal fisco americano ⁽⁶⁾, ed iniziative delle rispettive Amministrazioni finanziarie (per rimanere negli Stati Uniti, l'IRS ha recentemente avviato un'indagine, richiedendo alla piattaforma Coinbase di San Francisco di consegnare tutti i nominativi e i dati degli utenti che hanno effettuato transazioni tra il 2013 ed il 2015 ⁽⁷⁾).

Anche le istituzioni internazionali si sono interessate al fenomeno sotto plurimi profili. Solo in Europa: la Commissione Europea, la Banca Centrale Europea nonché, come si vedrà *infra*, l'*European Banking Authority*.

⁽¹⁾ <http://gao.gov/products/GAO-14-496>

⁽²⁾ <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/412/banc/rep/rep12jun15-e.pdf>

⁽³⁾ <http://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-767-notice.html>

⁽⁴⁾ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/414040/digital_currencies_response_to_call_for_information_final_changes.pdf

⁽⁵⁾ http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/Digital_currency/Report

⁽⁶⁾ <https://www.irs.gov/uac/newsroom/irs-virtual-currency-guidance>; <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>. Per una rassegna europea si veda CAPACCIOLI, S., *Vat and Bitcoin*, in *EC Tax Review*, 2014, Issue 6, pp.361-362.

⁽⁷⁾ <http://fortune.com/2017/03/19/irs-bitcoin-lawsuit/>

In Italia, invece, da quanto risulta, tra le istituzioni si è espressa solo Bankitalia che ha chiarito come *“in Italia l’acquisto, l’utilizzo e l’accettazione in pagamento delle valute virtuali debbono allo stato ritenersi attività lecite; le parti sono libere di obbligarsi a corrispondere somme anche non espresse in valute aventi corso legale”* ⁽⁸⁾. Recentemente il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica ha pubblicato un approfondimento su *bitcoin* e realtà nate intorno al concetto di *blockchain* ⁽⁹⁾.

Sullo sfondo rappresentato da questo torpore istituzionale, l’Agenzia delle Entrate, sollecitata da un interpello di una *start up* che intende svolgere l’attività di compravendita di *bitcoin*, si è espressa, lo scorso settembre, sul trattamento fiscale di detto tipo di attività, sia in capo al soggetto esercente sia in capo ai clienti investitori. Per giungere alle proprie conclusioni, l’Amministrazione finanziaria italiana ha tratto ampio spunto dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso Hedqvist ⁽¹⁰⁾.

La risoluzione è molto importante ed ha il pregio di alimentare il dibattito sul sistema delle criptovalute e sulla fiscalità di un settore ad oggi poco regolamentato e per lo più guardato con sospetto.

2. La risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016: l’operazione sotto-posta all’attenzione dell’Amministrazione finanziaria.

L’Agenzia delle Entrate si è soffermata sulle operazioni di acquisto e vendita di *bitcoin* nella risoluzione n. 72 del 2 settembre 2016 ⁽¹¹⁾. L’interpello era stato posto da una società che intendeva svolgere detta attività la quale chiedeva lumi su:

— il trattamento applicabile alle operazioni di compravendita di moneta virtuale, ai fini dell’Iva, dell’Ires e dell’Irap;

⁽⁸⁾ http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/AVVERTENZA_VALUTE_VIRTUALI.pdf

⁽⁹⁾ Il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica è costituito dal complesso di organi e autorità che hanno il compito di assicurare le attività di informazione per la sicurezza ed è composto da varie istituzioni tra cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica. L’approfondimento pubblicato, di CALZONE, O., *Bitcoin e distributed ledger technology*, il quale non riflette necessariamente posizioni ufficiali, è reperibile alla pagina: <http://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/approfondimenti/bitcoin-e-distributed-ledger-technology.html>

⁽¹⁰⁾ Le c.d. monete virtuali o criptovalute rappresentano uno dei più importanti campi di prova per il sistema Iva europeo nel contesto dell’economia digitale. Il Report finale del progetto BEPS (*Base erosion-profit shifting*) sotto l’egida OCSE sui profili fiscali dell’economia digitale, pubblicato a settembre 2015, ha evidenziato che l’evoluzione del progresso tecnologico ha fatto emergere fenomeni che devono essere monitorati in quanto potenzialmente rilevanti per le decisioni di tax policy; tra questi fenomeni la circolazione di valute virtuali è uno dei più importanti e complessi. Si veda OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, Action 1 sul sito OCSE (www.oecd.org).

⁽¹¹⁾ Tra i primi commenti alla risoluzione si veda CAPACCIOLI, S., *Regime impositivo delle monete virtuali: pochi luci e molte ombre*, in *Il fisco*, n. 37, 2016, p. 3538, nonché i contributi di autrici di estrazione ministeriale CLAPS, P., PIGNATELLI, M., *L’acquisto e la vendita per conto di terzi di “bitcoin” non sconta l’Iva ma rileva ai fini Ires ed Irap*, in *Corr. Trib.*, n. 40, 2016, p. 3073.

— l'assoggettamento della società agli adempimenti del sostituto di imposta per i redditi riferiti ai clienti privati non imprenditori.

L'interpellante esponeva la propria soluzione che prevedeva, ai fini Iva, l'esenzione *ex art. 135.1 lett. e)* della Direttiva 2006/112/CE (d'ora innanzi Direttiva Iva); ai fini delle imposte sui redditi, la qualificazione dei *capital gain* o *capital loss* realizzati quali costi e ricavi d'impresa concorrenti, insieme ad altri componenti di reddito, alla base imponibile Ires. Inoltre la società proponeva la valutazione dei *bitcoin*, eventualmente detenuti a fine esercizio, al valore corrente in sede di bilancio come per le valute estere tradizionali, con rilevanza fiscale al momento dell'effettivo utilizzo. Ai fini della sostituzione di imposta, l'interpellante non riteneva di dover assumere alcun ruolo sulle somme corrisposte ai clienti.

Dopo una breve digressione sulla natura dei *bitcoin* e dopo aver illustrato la recente posizione della Corte di Giustizia UE in materia di Iva, l'Agenzia chiarisce, condividendo in sostanza la soluzione prospettata dal contribuente, il suo parere.

Ai fini dell'imposizione indiretta, si legge nella risoluzione, l'operazione di compravendita di moneta virtuale ha natura di prestazione di servizi finanziari, esente da Iva ai sensi dell'art. 10, comma 1 n. 3 del d.P.R. n. 633/72; ai fini dell'imposizione diretta, il componente di reddito in capo alla società è ascrivibile ai ricavi (o ai costi) caratteristici derivanti dall'esercizio dell'attività di intermediazione e, conseguentemente, concorre alla formazione della base imponibile Ires e Irap; i *bitcoin* che, a fine esercizio, sono nella disponibilità a titolo di proprietà della Società devono essere valutati, secondo l'Agenzia delle Entrate, secondo il cambio in vigore alla data di chiusura dell'esercizio e tale valutazione assume rilievo, ai fini Ires, ai sensi dell'art. 9 del T.u.i.r. A tal fine, si aggiunge nella risoluzione, potrebbe farsi riferimento alla media delle quotazioni ufficiali rinvenibili sulle piattaforme *on line*; infine, venendo alla prospettiva del cliente, persona fisica non imprenditore, le operazioni a pronti di valuta non generano, secondo l'interpretazione resa, redditi imponibili mancando la finalità speculativa, pertanto la Società non è tenuta ad alcun adempimento come sostituto di imposta.

L'Agenzia ritiene che la Società interpellante, intenzionata ad esercitare professionalmente l'attività di negoziazione a pronti di valuta, sia assimilabile ai fini della L. n. 231/2007 (Normativa antiriciclaggio) ai "*soggetti che esercitano professionalmente l'attività di cambiavalute, consistente nella negoziazione a pronti di mezzi di pagamento in valuta*" (art. 11, comma 2, lett. c)) e soggiaccia quindi agli obblighi ivi previsti.

Si precisa sin d'ora che la risposta dell'Agenzia delle Entrate, sia nella soluzione prospettata ai fini dell'imposizione indiretta sia ai fini dell'imposizione diretta, prende le mosse dalla sentenza della Corte di Giustizia UE C-264/14 che assimila le valute virtuali alle divise, banconote e monete con valore liberatorio in generale.

Ed infatti, la normativa nazionale non prevede disposizioni specifiche né

per i *bitcoin* né in generale per le valute virtuali. Tuttavia (come si vedrà meglio *infra*, dopo aver chiarito meglio il contesto in cui si inserisce il pronunciamento dei giudici europei) la Corte di Giustizia si è espressa sul punto, analizzando un caso simile a quello illustrato con l'istanza d'interpello presentata all'Agenzia delle Entrate e fornendo agli Stati membri interessanti spunti interpretativi.

3. La natura dei *bitcoin* secondo il diritto dell'Unione europea e la sentenza della Corte di Giustizia C-264/14 in materia di IVA.

L'argomento in esame consente di compiere un'incursione in un contesto che, ai più, appare futuristico se non anche quasi fantascientifico ma che, in realtà, rappresenta una delle molteplici dimensioni in cui si dispiega l'economia digitale, oggetto di interesse di tante realtà aziendali, professionisti ed utenti specializzati.

Ma cosa sono i *bitcoin*? Non è certo questa la sede per approfondire il tema, anche perché — come si vedrà — forse una risposta univoca non c'è, tuttavia una breve ricognizione non sarà inutile.

Presentata nel 2008 con un articolo a firma dello pseudonimo Satoshi Nakamoto ⁽¹²⁾, la rete *Bitcoin* è il primo sistema di pagamento basato sul concetto di *distributed ledger technology* o *blockchain*: una rete di scambi in cui non vi è un'autorità incaricata di validare e registrare le transazioni. Per i non addetti ai lavori, può essere illuminante il paragone con una colonia di formiche proposto nell'approfondimento recentemente pubblicato sul sito del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica ⁽¹³⁾: *“Anche se il funzionamento della colonia del suo complesso non è banale, nella ricerca del cibo ogni formica esegue solo azioni semplici: girovagare a caso; verificare di aver trovato il cibo; tornare al nido; lasciare una scia di feromone lungo il ritorno; seguire una traccia di feromone già esistente. Le formiche che casualmente si trovano vicino ad un percorso indicato con il feromone tenderanno a seguirlo e, ritornando al nido con il cibo, lasceranno a loro volta del feromone lungo la strada. Il percorso sarà così rafforzato e, con il passare del tempo, tutte le formiche convergeranno lungo la traccia che porta al cibo. Anche se non*

⁽¹²⁾ *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* by Satoshi Nakamoto 2008 in <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Ma la possibilità di far circolare valute virtuali al di fuori del sistema bancario era studiata da più di vent'anni soprattutto nell'ambiente *cyberpunk* americano dei primi anni novanta e poi sempre più analizzata, come si evince dall'articolo di MACINTOSH, K.L., *How to encourage global electronic commerce: the case for private currencies on the internet*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 1998, vol. 11, pp. 756 ss. Come evidenziano AMATO, M., FANTACCI, L., *Per un pugno di bitcoin*, Milano, 2016, p. 5 l'anno di nascita di *bitcoin* assume una valenza simbolica, coincidendo con l'anno della grande crisi del sistema finanziario mondiale e con la perdita di credibilità delle banche che, tra bancarotte e salvataggi, polarizzano l'odio della comunità in quanto detentrici di un potere mal gestito e al contempo destinatarie di aiuti statali considerati immeritati.

⁽¹³⁾ CALZONE, O., *Bitcoin e distributed ledger technology*, cit., p. 2.

vi è un'autorità di controllo, nessuna formica può da sola creare un percorso falso, perché è il comportamento della maggioranza a stabilire la via migliore". Le formiche rappresentano i nodi della rete *bitcoin*. Questi sono collegati in internet e si scambiano informazioni sui trasferimenti di unità di *bitcoin* con comunicazioni *peer-to-peer* (nodo a nodo), verificano e convalidano le transazioni offrendo garanzia di spendita unitaria, cioè evitando che il cedente possa procedere a una nuova transazione con unità che ha già trasferito in precedenza ⁽¹⁴⁾. Tutto ciò, così come nella colonia di formiche, senza un'autorità centrale che governi la stabilità della circolazione né alcuna disciplina regolamentare.

L'oggetto dello scambio è il *bitcoin*, una rappresentazione digitale di un valore che, pur non essendo creato da una banca centrale o altra autorità pubblica, è accettato da qualcuno in cambio di qualcosa: ossia ha un valore in quanto c'è un mercato.

Ad oggi il *bitcoin* è usato per acquistare beni ed anche per lo scambio (anche fisico, tramite ATM) con valute nazionali.

Esistono oltre quaranta mercati ma non esiste un listino ufficiale.

Al di là delle complessità dei profili tecnologici, il dibattito che si sta imponendo in diritto è se le nostre categorie giuridiche siano in grado di comprendere il fenomeno o se sia necessario inventarne di altre.

Il quadro è complesso e attualmente, alla luce del diritto vivente, povero di soluzioni: ogni assimilazione del *bitcoin* alla valuta, alla moneta elettronica, alle merci, a forme di investimento (finanziario), agli strumenti di pagamento sembra non cogliere alla perfezione le caratteristiche di questo fenomeno ⁽¹⁵⁾.

L'inadeguatezza delle attuali categorie giuridiche (a livello globale) trapela dal rapporto, pubblicato nel 2014, dalla biblioteca del Congresso USA ⁽¹⁶⁾ che contiene una rassegna sul trattamento giuridico in quaranta Paesi, tra i quali solo due, Cina e Brasile, appaiono dotati di normative *ad hoc* (in diversi Paesi si manifesta una seria preoccupazione per l'eventuale impatto sulle

⁽¹⁴⁾ Per una più dettagliata descrizione del funzionamento del sistema si veda lo studio di PERUGINI, M.L., MAIOLI, C., *Bitcoin tra moneta virtuale e commodity finanziaria*, 2014, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526207 e l'ampia trattazione di CAPACCIOLI, S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, in particolare p. 37 laddove si descrive il sistema come "decentralizzato, virtuale, con denominazione propria, gestita e creata attraverso tre elementi: - un protocollo di comunicazione; la crittografia; la rete peer to peer che risulta attraverso il protocollo bitcoin".

⁽¹⁵⁾ Sul punto, nell'ambito della dottrina italiana, si vedano le analisi di VARDI, N., *Criptovalute e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2015, pp. 443 e ss. e GASPARRI, G., *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*, anch'esso in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2015, pp. 415 ss.; nell'ambito della dottrina internazionale: MIGNOT, S., *Le bitcoin: nature et foctionnement*, in *Banque et Droit*, 2015, pp. 10 ss.; FLINT, D., *Computers and Internet: are all modern currencies not virtual? The Bitcoin phenomenon*, in *Business Law Review*, n. 2, 2014, p. 62.

⁽¹⁶⁾ <http://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>

valute nazionali, per l'uso potenzialmente criminale connesso alla diffusione delle criptovalute ⁽¹⁷⁾ e non da ultimo per le implicazioni fiscali).

A livello europeo non vi è una regolamentazione delle monete virtuali. La delicata questione su come trattare il fenomeno è stata esaminata, però, a livello di *soft law*: nel 2014 l'*European Bank Authority* ha pubblicato una proposta di disciplina invitando gli intermediari a non trattare *bitcoin* in assenza di un quadro regolamentare ⁽¹⁸⁾; la *European Central Bank* ha pubblicato, da ultimo nel 2015 ⁽¹⁹⁾ e, prima ancora, nel 2012, un rapporto sulle valute "virtuali", rilevando come tale fenomeno possa influenzare la stabilità dei prezzi e la politica monetaria.

In questo contesto le prime definizioni giungono dal diritto tributario che, come spesso avviene, intercetta e interpreta i fenomeni più innovativi.

La Commissione europea ha, infatti, considerato la questione *bitcoin* nella prospettiva fiscale ed in particolare con riguardo alle regole comuni sull'Iva. Nell'ambito del Comitato Iva ha, infatti, sottoposto in due riunioni ⁽²⁰⁾ le proprie proposte di inquadramento agli Stati membri, concludendo che il *bitcoin* dovesse considerarsi come un "altro effetto commerciale", esente dall'imposta ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d) della Direttiva 2006/112/CE.

All'iniziativa della Commissione ha fatto seguito la Corte di Giustizia UE che, pronunciandosi su rinvio pregiudiziale della Svezia sull'interpretazione della predetta Direttiva ⁽²¹⁾, ha riconosciuto la natura di prestazioni di servizi a titolo oneroso alle operazioni che consistono nel cambio di valuta tradizionale con unità di *bitcoin* e viceversa, effettuate a fronte di un corrispettivo pari al margine generatosi dalla differenza tra prezzo di acquisto della

⁽¹⁷⁾ Lo scetticismo sulla diffusione delle criptomonete ha condotto le istituzioni a precise prese di posizione, come ad esempio, da ultimo il diniego posto dalla SEC alla quotazione del primo ETF in *bitcoin*: SAMSON, A., BULLOCK, N., *Winklevoss plan to trade bitcoin suffers US blow-Regulators reject application for exchange traded fund tracking digital currency*, in *Financial Times*, 11 marzo 2017.

⁽¹⁸⁾ <http://www.eba.europa.eu/-/eba-warns-consumers-on-virtual-currencies>.

⁽¹⁹⁾ www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf.

⁽²⁰⁾ Il riferimento è alle riunioni n. 101 del 20 ottobre 2014 e 104 del 4-5 giugno 2015, i cui atti sono reperibili sul sito www.europa.eu.

⁽²¹⁾ Sentenza della Corte di Giustizia 22 ottobre 2015, *Skatteverket contro Hedqvist*, nella Causa C-264/14. Per un commento alla sentenza si veda SPAZIANTE, F., *Le operazioni concernenti i "bitcoin": la declinazione pratica dei principi espressi nella sentenza Hedqvist*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 8-9, 2016, pp. 29 ss.; PIASENTE, M., *Esenzione Iva per i "bitcoin": la strada indicata dalla Corte Ue interpretando la nozione "divise"*, in *Corr. trib.*, n. 2, 2016, pp. 141 ss.; PALUMBO, G., *Il trattamento tributario dei bitcoin*, in *Dir. prat. trib.*, n. 1, 2016, p. 279; PICCIANO, I., *Sull'esenzione dall'Iva delle operazioni di cambio di valuta virtuale "bitcoin" contro valuta tradizionale*, in *Le Società*, n. 2, 2016, p. 247; CAPACCIOLI, S., *Le operazioni di cambio con valuta a corso legale sono prestazioni di servizi esenti*, in *Il fisco*, n. 44, 2015, p. 4274. Nella dottrina internazionale si segnalano i contributi di WERSAND, F., *La TVA dans l'ère de l'économie digitale: l'obsolescence non programmée*, in *Revue générale de fiscalité luxembourgeoise*, 2016, p. 26; SANTANA, S., *Case notes: regulating virtual currency. Case 264/14*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, 2016, p. 109. Più in generale sui profili fiscali connessi all'utilizzo delle criptovalute: MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2016, p. 27; per la dottrina straniera si rinvia all'interessante articolo di BAL, A., *Taxing virtual currency: challenges and solutions*, in *Intertax*, 2015, vol. 43, Issue 5, pp. 380 ss.

moneta virtuale reperita sul mercato e prezzo di vendita praticato. Inoltre, in considerazione del fatto che “*tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento*”, i giudici comunitari hanno concluso che le operazioni relative ai *bitcoin* sono operazioni “*relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio*” di cui all’art. 135, comma 1, lett. e) della Direttiva 2006/112/CE e, come tali, esenti da Iva.

Finora, quindi, gli sforzi di inquadramento fiscale del fenomeno *bitcoin* hanno riguardato il comparto dell’imposizione indiretta che, come è noto, è di primario interesse per le istituzioni europee in quanto materia armonizzata. Ciò non toglie che la circolazione delle criptovalute ha dato luogo ad un dibattito sui profili dell’imposizione reddituale con cui i singoli Stati dovranno, prima o poi (ed in Italia, come detto, l’Amministrazione finanziaria si è già cimentata) confrontarsi ⁽²²⁾.

4. (segue): la *ratio decidendi* dei giudici europei e la questione linguistica.

Le statuizioni della Corte hanno confermato la posizione della Commissione che aveva già sostenuto l’esenzione Iva ⁽²³⁾, pur discostandosene laddove hanno ritenuto applicabile l’esenzione di cui alla lett. e) e non già quella prevista dalla lett. d) dell’art. 135 della Direttiva. Le statuizioni della Corte dovranno essere tenute presenti dai vari Stati membri che, nel corso di questi ultimi anni, hanno adottato approcci molto diversi.

L’applicazione della norme d’esenzione prevista per le operazioni relative alle divise ha destato interesse ⁽²⁴⁾, anche in ottica comparata giacché in diversi ordinamenti nazionali è prevalso, ai fini fiscali, un orientamento di assimilazione dei *bitcoin* a beni immateriali ⁽²⁵⁾.

Ma veniamo brevemente alla questione.

Con rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia è stata chiamata a risol-

⁽²²⁾ Come rileva MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, n. 22/2016, pp. 29 e ss., l’inquadramento ai fini dell’imposizione reddituale dipende, oltre che dall’ordinamento dei singoli Paesi, dai soggetti coinvolti nell’operazione (persone fisiche, imprese).

⁽²³⁾ Nelle riunioni del Comitato Iva del 2014 e del 2015 citate (vedi *supra* nota 20). Sul punto PIASENTE, M., *Esenzione Iva per i “bitcoin”: la strada indicata dalla Corte Ue interpretando la nozione “divise”*, in *Corr. trib.*, n. 2, 2016, pp. 141 ss.

⁽²⁴⁾ Il che ha avuto risalto sulla stampa, soprattutto americana, che ha sottolineato l’esenzione Iva, vd. tra tutti SCHECHNER, S., *Eu rules bitcoin is a currency, not a commodity - virtually*, in *The Wall street journal*, 22 October 2015. MOLINARO, G., *Sono tassabili le manifestazioni di capacità economica emergenti nelle operazioni relative a bitcoin?*, in *Il fisco*, n. 25, 2014, p. 2447.

⁽²⁵⁾ Per una rassegna di alcuni ordinamenti (tra cui USA, Estonia, Norvegia, Australia) che hanno optato per l’assimilazione dei *bitcoin* ai beni di proprietà si veda BAL, A., *Taxing virtual currency: challenges and solutions*, cit. p. 383 e MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, cit., pp. 34 e ss.

vere il contrasto interpretativo tra autorità svedesi ed il contribuente sull'assoggettabilità ad Iva delle operazioni di acquisto e vendita di *bitcoin*, in cambio di valuta nazionale — o viceversa — a fronte della corresponsione di una commissione data dalla differenza tra prezzo di acquisto e vendita di *bitcoin*.

Il contribuente considerava i *bitcoin* come mezzo di pagamento utilizzato in maniera corrispondente ai mezzi legali di pagamento e quindi, in tale prospettiva, riteneva le operazioni esenti dall'Iva, ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. e) della Direttiva 2006/112/CE; diversamente l'Amministrazione finanziaria aveva ritenuto non applicabile il regime di esenzione.

Da qui il rinvio alla Corte di Giustizia di due questioni pregiudiziali, volte a chiarire se: (i) l'operazione costituisse una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso e, in caso di risposta affermativa se (ii) l'art. 135, par. 1 dovesse essere interpretato nel senso che detta operazione fosse esente da Iva.

Va ribadito ancora una volta che, prima della pronuncia, la Commissione aveva avviato — nell'ambito dei lavori del Comitato Iva — una serie di consultazioni ⁽²⁶⁾ in cui sono state esaminate le possibili qualificazioni dei *bitcoin*, anche in relazione al tipo di attività connesse al suo utilizzo.

La Commissione era giunta alla conclusione che i *bitcoin* dovessero considerarsi come "*altro effetto commerciale*" ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d) della Direttiva IVA che prevede l'esenzione per "*le operazioni, compresa la negoziazione, relative ai depositi di fondi, ai conti correnti, ai pagamenti, ai giroconti, ai crediti, agli assegni e ad altri effetti commerciali*". Era esclusa la riconducibilità alla successiva lettera e) perché, come sostiene la dottrina prevalente anche a livello internazionale ⁽²⁷⁾, il *bitcoin* non assolve alle funzioni che le banche centrali, e, tra queste, la Banca centrale europea ⁽²⁸⁾, attribuiscono alle divise nazionali (mezzo di scambio, unità di conto e riserva di valore).

Dopo essersi espressi sulla riconducibilità delle operazioni oggetto del

⁽²⁶⁾ Vedasi 101 Riunione del 20 ottobre 2014 e 104 riunione del 4-5 giugno 2015, su www.europa.eu.

⁽²⁷⁾ In Italia si veda il cap. VI della monografia di CAPACCIOLI, S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, cit., p. 159; nonché l'articolo *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2014, p. 46 ss.

⁽²⁸⁾ La BCE aveva pubblicato un report nel 2012 il cui contenuto è stato confermato nel 2015, a seguito di una indagine di approfondimento condotta nel 2014. Nel documento da ultimo pubblicato, dal titolo *Virtual Currency Schemes- A Further Analysis* (Febbraio 2015, reperibile al link <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>) si legge che le definizioni delle valute virtuali (nel wording della BCE, VCS, virtual currencies) dipendono dal contesto: "*For various regulatory and other purposes, it is important to define or classify virtual currencies, but the definition tends to vary depending on the context, e.g. taxation, the registration and licensing of market participants or anti-money laundering. However, these other definition needs fall outside the scope of this analysis. This report addresses VCS mainly in the context of payments*". In tale ottica le conclusioni sono le seguenti (al netto delle valutazioni sui profili di rischio): "*Virtual currency schemes, such as Bitcoin, are not full forms of money as usually defined in economic literature, nor are virtual currencies money or currency from a legal perspective. Nevertheless, VCS can / may substitute banknotes and coins, scriptural money and e-money in certain payment situations*".

procedimento nell'alveo delle prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso, i Giudici del Lussemburgo hanno analizzato la seconda questione sull'applicazione delle disposizioni relative alle esenzioni.

Premesso che le esenzioni, in quanto deroghe al principio generale di riscossione dell'imposta in presenza dei presupposti oggettivo e soggettivo, devono essere interpretate restrittivamente, la Corte precisa sin da subito (punto 35 della decisione) che tale interpretazione restrittiva non deve privare, in ogni caso, tali esenzioni dei loro effetti. In particolare le esenzioni previste dall'art. 135, par. 1, lett. da *d*) a *f*) della Direttiva Iva sono intese ad ovviare alle difficoltà collegate alla determinazione della base imponibile e dell'importo di Iva detraibile.

Le esenzioni previste alla lett. *d*) non coprono il caso di specie, secondo la Corte, in quanto le operazioni ivi contemplate riguardano servizi o strumenti le cui modalità di funzionamento implicano un trasferimento di denaro (punto 40 della decisione) e il *bitcoin* non può essere considerato né come un conto corrente, un deposito di fondi, un pagamento o un versamento né un credito, un assegno o altro effetto commerciale, costituendo un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano (punto 42).

Un argomento importante riguarda le nozioni di valuta e divisa: considerato che l'art. 135, par. 1, lett. *d*) non riguarda le operazioni che vertono sulla divisa — in quanto queste ultime sono contemplate dalla successiva lettera *e*) — i Giudici europei affrontano il problema linguistico (da punto 46 a 48).

Già l'Avvocato Kokott, al fine di verificare l'applicazione l'art. 135, lett. *e*), si era chiesta — nelle proprie Conclusioni del 16 luglio 2015 — se, nella transazione tra moneta nazionale e *bitcoin*, entrambi i mezzi di pagamento debbano avere corso legale. Tale quesito è l'occasione per ripercorrere le versioni della direttiva Iva nelle lingue nazionali. Emerge così che *“la versione tedesca della disposizione, in particolare, può essere interpretata nel senso che entrambi i mezzi di pagamento coinvolti nel cambio devono avere corso legale (« Devisen [...], die gesetzlichen Zahlungsmittel sind ») [« divise (...) con valore liberatorio »]. Tuttavia, già nella versione inglese si parla solo di « currency » al singolare. In base al testo inglese, sarebbe pertanto sufficiente anche un cambio in cui ci sia da una sola parte un mezzo di pagamento legale, come, nel caso di specie, la corona svedese. La versione finlandese, che non impone in alcun modo che siano mezzi di pagamento ex lege le divise, bensì unicamente le banconote e le monete, è formulata in modo ancor più ampio. In forme diverse dal denaro contante, tutte le altre valute, comprese le valute virtuali come i bitcoin, potrebbero essere interessate dall'esenzione. Inoltre, la versione italiana mette persino in discussione che i mezzi di pagamento coinvolti debbano avere lo status di mezzi ex lege. In base ad essa, sono esentate le operazioni relative a mezzi di pagamento “con valore liberatorio”. Secondo tale versione, risulta pertanto decisivo l'effetto liberatorio del mezzo di pagamento. Non è impiegata, di contro, la locuzione « corso legale » che designa in italiano*

i mezzi di pagamento legali — come risulta, inter alia, dall'articolo 10, paragrafo 2, del regolamento n. 974/98 —, che viene utilizzata anche nell'articolo 344, paragrafo 1, punto 2, della direttiva IVA. Anche i bitcoin possono però avere un effetto liberatorio, qualora sia in tal senso convenuto dalle parti”.

Da qui la necessità di operare un'interpretazione di tipo teleologico, guardando alle finalità dell'esenzione di cui all'articolo 135, paragrafo 1, lettera e), della Direttiva Iva. In particolare l'Avvocato Kokott si interroga se il cambio di un mezzo di pagamento legale in uno semplice, ma non legale, rientri nella finalità dell'esenzione. Partendo dalla constatazione che, in base alla giurisprudenza della Corte, le esenzioni contenute nelle lettere da b) a g) dell'art. 135, par. 1 della Direttiva riguardano “operazioni finanziarie”, l'Avvocato generale giunge ad affermare che la natura di operazione finanziaria è propria, in ogni caso, anche del cambio di semplici mezzi di pagamento, cui prenda parte solo un mezzo di pagamento legale. Kokott ritiene che *“Tutte le valute del mondo rientrano nell'esenzione. Pertanto, va constatato che l'obiettivo dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera e), della direttiva IVA è la convertibilità di tutte le valute con la minore imposizione possibile nell'interesse della fluidità delle operazioni di pagamento”* e, aggiunge, *“Funzionale a tale obiettivo è anche l'esenzione del cambio di mezzi di pagamento legali in altri sprovvisti di status legale, che siano peraltro semplici mezzi di pagamento come, nel caso di specie, i bitcoin. Infatti, laddove ci siano mezzi utilizzati per operazioni di pagamento, poiché essi assolvono negli scambi la medesima funzione dei mezzi di pagamento legali, l'applicazione dell'IVA al cambio che li coinvolge comporterebbe ulteriori aggravii sulle operazioni di pagamento”*. Così esprimendosi l'Avvocato Generale rigetta gli argomenti addotti dalla Germania che vertono sull'instabilità di valore e della vulnerabilità alla frode dei *bitcoin* non potendo, tali aspetti, giustificare un trattamento diverso, non rilevando se i *bitcoin* rappresentino una valuta “buona” o “cattiva”. In conclusione, l'esenzione di cui all'articolo 135, paragrafo 1, lettera e), della Direttiva Iva trova applicazione anche laddove, come nel caso di specie, una valuta con valore liberatorio sia cambiata in un'altra valuta, la quale, sebbene non abbia valore liberatorio, sia però ammessa ad operazioni di pagamento come un semplice mezzo di pagamento.

Anche la Corte, precisata la necessità di superare una interpretazione letterale della norma comunitaria giunge a concludere che *“un'interpretazione di tale disposizione (art. 135, par. 1, lett. e) secondo la quale essa disciplina le operazioni relative alle sole valute tradizionali si risolverebbe nel privarla di parte dei suoi effetti”* (punto 51 della sentenza). Questa la determinazione della Corte, nonostante le diverse versioni linguistiche dell'art. 135, par. 1, lett. e) della Direttiva Iva, non consentano di determinare con certezza se la disposizione si applichi alle sole operazioni vertenti sulle valute tradizionali o se riguardi invece anche le operazioni relative ad altre valute: da qui la

necessità di superare l'interpretazione testuale e approdare ad una interpretazione funzionale al contesto di cui la norma è parte.

Quanto rilevato dall'Avvocato Generale è fatto proprio dalla Corte di Giustizia che, in sentenza, ha sancito che l'operazione di cambio della valuta tradizionale contro *bitcoin*, cui si correla un margine di guadagno tra prezzo di vendita e prezzo di acquisto, è una prestazione a titolo oneroso. Una volta considerata l'operazione rientrante nell'art. 2, par. 1, lett. c) della Direttiva Iva, ossia nell'ambito di applicazione del tributo, la Corte ha escluso che si tratti di operazioni riguardanti "strumenti negoziabili" di cui alla lettera d) né altri titoli di cui alla lett. f) dell'art. 135 della Direttiva, dovendosi di contro applicare la lett. e).

Questa sentenza avrà ripercussioni su quegli Stati membri che, come s'è visto, considerano la valuta virtuale come "bene" imponendo loro una uniformità nell'interpretazione delle esenzioni. Ed invero, come ribadisce la Corte anche nella sentenza citata (vedasi punto 33), le esenzioni costituiscono nozioni autonome del diritto unionale, che mirano ad evitare divergenze nell'applicazione del sistema Iva da uno Stato membro all'altro.

5. Conclusioni.

L'Agenzia delle Entrate, interpellata da una società che vuole svolgere in maniera professionale ed abituale l'attività d'intermediazione di *bitcoin*, si è espressa per la prima volta sulla tassazione di determinate operazioni in criptovaluta.

La risoluzione in esame si concentra sulle operazioni a pronti effettuate per conto terzi ed analizza la prospettiva della società che intende svolgere la compravendita sotto il profilo Iva, Ires ed Irap; pur rimanendo nella prospettiva della società si esprime, altresì, sulla tassazione del cliente (persona fisica non imprenditore) al fine di chiarire la necessità di effettuare una ritenuta sui guadagni percepiti dalle transazioni.

Come rilevato, l'Agenzia delle Entrate fa proprie le statuizioni della Corte di Giustizia e ritiene che l'operazione prospettata rientri nelle previsioni di cui all'art. 10, comma 1, n. 3 del d.P.R. n. 633/1973 e sia, quindi, esente da Iva in quanto fattispecie riconducibile a "*le operazioni relative a valute estere aventi corso legale e a crediti in valute estere*". È opportuno notare che l'espressione "corso legale" relativa a "valute" non appare influente ai fini della applicazione dell'esenzione in quanto — come detto *supra* — la Corte ha ritenuto, con interpretazione finalistica, che rientri nell'esenzione anche il cambio di un mezzo di pagamento legale in uno semplice, ma non legale (anche se l'Agenzia si limita a sancire l'assimilazione tra *bitcoin* e valuta estera, in forza del pronunciamento dei giudici europei che, s'è visto, discende da un ragionamento ben più complesso).

L'assimilazione alle valute estere riverbera poi effetti, nella prospettiva

dell'Amministrazione finanziaria, anche ai fini di: (i) qualificare il soggetto che professionalmente acquista e vende *bitcoin* ai cambiavalute; (ii) considerare l'incremento patrimoniale in capo ai clienti persone fisiche non in regime di impresa non imponibili in quanto “*le operazioni a pronti (acquisti e vendite) di valuta non generano redditi imponibili mancando la finalità speculativa*” (in applicazione dell'art. 67, comma 1, lett. *c-ter*) e del successivo comma 4, T.u.i.r.).

Questo inquadramento contrasta con la posizione della dottrina specializzata. Ed invero, è stato sostenuto che l'Agenzia delle Entrate ha apprezzato la questione in modo semplicistico risolvendola in una stretta equiparazione tra monete virtuali e valute estere con conseguenze inaccettabili sotto il profilo della valutazioni a fine anno dei *bitcoin* detenuti dalla società e della (non) imposizione reddituale sulle plusvalenze realizzate dalle persone fisiche clienti (mentre appare pacifico che gli elementi di reddito realizzati dalla società — rappresentati dalla differenza tra prezzi di acquisto sostenuti dalla società e costi di acquisto a cui si è impegnato il cliente o tra prezzi di vendita praticati dalla società e ricavi di vendita garantiti al cliente — costituiscono componenti positivi e negativi che concorrono alla base imponibile Ires ed Irap) ⁽²⁹⁾.

Da ultimo, l'Amministrazione finanziaria italiana conclude affermando un obbligo in materia di antiriciclaggio per le società che svolgono in maniera professionale ed abituale l'attività di acquisto e vendita di *bitcoin*; queste sono tenute, al pari dei cambiavalute ⁽³⁰⁾, a verificare e registrare l'identità dei soggetti con cui pongono in essere tali transazioni. L'affermazione, pur non compiutamente argomentata, appare in linea con le recenti posizioni europee; ed infatti il 5 luglio 2016, la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva — COM (2016) 450 *final* — che modifica la IV direttiva antiriciclaggio e che, tra le altre cose, ha esteso gli obblighi antiriciclaggio ai c.d.

⁽²⁹⁾ Cfr. CAPACCIOLI, S., *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, cit., p. 3539. Afferma l'Autore che i principi contabili nazionali ed internazionali non consentono di considerare i *bitcoin* quale valuta e propone il rinvio ai Principi contabili nazionali OIC 7 e OIC 8 rispettivamente concernenti la contabilizzazione dei certificati verdi e delle quote di emissione di gas effetto serra (con valutazione prevista ex art. 2426, n. 9 per titoli e partecipazioni che non costituiscono immobilizzazioni, i.e. costo di acquisto o, se minore, il valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato; per quest'ultimo si ripropone il problema della rilevazione ufficiale esistendo solo siti che forniscono quotazioni ufficioso di mercato basate su medie sulle quali non esiste consenso). MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, cit., p. 30, dopo aver passato in rassegna le esperienze (USA e UK) non esclude che nelle legislazioni domestiche si possa fare diretto riferimento agli usi commerciali previsti nelle clausole contrattuali. Con riferimento alla tassazione in capo alle persone fisiche, il primo A., ritiene criticabile l'applicazione dell'art. 67, lett. *c-ter*) per via della inassimilabilità alle valute estere (non essendo contraddistinte dal corso legale) e per inesistenza del rapporto di conto corrente, ritenendo per contro rilevante l'assimilazione ai titoli non rappresentativi di merce con conseguenza inconferenza della presunzione di cui all'art. 67, comma 1-ter del TUIR (CAPACCIOLI, S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, cit., p. 190). La seconda Autrice ritiene che i proventi conseguiti da persone fisiche non imprenditori per effetto dell'incremento di valore dei *bitcoin* configurino capital gain rientranti nella norma di chiusura di cui all'art. 67, comma 1, *c-quinquies* del TUIR (MAGLIOCCO, A., *Bitcoin e tassazione*, cit., p. 30).

⁽³⁰⁾ Soggetti di cui art. 11, comma 2, lett. *c*), del D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

exchanger. Detti soggetti sono chiaramente definiti come prestatori di servizi impegnati principalmente e professionalmente nel settore dei servizi di cambio tra valute virtuali e valute a corso legale.

Questo, ad oggi, l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria italiana che — essendo racchiuso in una risoluzione — spiega effetti sulla specifica fattispecie prospettata. Non è dato sapere se il legislatore prenderà a breve qualche iniziativa per regolare, in modo — si auspica — non precipitoso, un fenomeno così complesso.

Bibliografia

- AMATO M., FANTACCI, L., *Per un pugno di bitcoin*, Milano, 2016
- CAL A., *Taxing virtual currency: challenges and solutions*, in *Intertax*, 5/2015
- CALZONE O., *Bitcoin e distributed ledger technology*, in <http://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/approfondimenti/bitcoin-e-distributed-ledger-technology.html>
- CAPACCIOLI S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1/2014
- CAPACCIOLI S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015
- CAPACCIOLI S., *Le operazioni di cambio con valuta a corso legale sono prestazioni di servizi esenti*, in *Il fisco*, 44/2015
- CAPACCIOLI S., *Regime impositivo delle monete virtuali: pochi luci e molte ombre*, in *Il fisco*, 37/2016
- CAPACCIOLI S., *Vat and Bitcoin*, in *EC Tax Review*, 6/2014
- CLAPS P., PIGNATELLI M., *L'acquisto e la vendita per conto di terzi di "bitcoin" non sconta l'Iva ma rileva ai fini Ires ed Irap*, in *Corr. Trib.*, 40/2016
- FLINT D., *Computers and Internet: are all modern currencies not virtual? The Bitcoin phenomenon*, in *Business Law Review*, 2/2014
- GASPARRI G., *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2015
- MACINTOSH K.L., *How to encourage global electronic commerce: the case for private currencies on the internet*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 11/1998
- MAGLIOCCO A., *Bitcoin e tassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2016
- MIGNOT S., *Le bitcoin: nature and foctionnement*, in *Banque et Droit*, 159/2015
- MOLINARO G., *Sono tassabili le manifestazioni di capacità economica emergenti nelle operazioni relative a bitcoin?*, in *Il fisco*, 25/2014
- OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, in www.oecd.org.
- PALUMBO G., *Il trattamento tributario dei bitcoin*, in *Dir. prat. trib.*, 1/2016
- PERUGINI M.L., MAIOLI C., *Bitcoin tra moneta virtuale e commodity finanziaria*, 2014, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526207
- PIASENTE M., *Esenzione Iva per i "bitcoin": la strada indicata dalla Corte Ue interpretando la nozione "divise"*, in *Corr. trib.*, 2/2016
- PICCIANO I., *Sull'esenzione dall'Iva delle operazioni di cambio di valuta virtuale "bitcoin" contro valuta tradizionale*, in *Le Società*, 2/2016
- SAMSON A., BULLOCK N., *Winklevoss plan to trade bitcoin suffers US blow-Regulators reject*

- application for exchange traded fund tracking digital currency*, in *Financial Times*, 11 marzo 2017
- SANTANA S., *Case notes: regulating virtual currency. Case 264/14*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, 2016
- SCHECHNER S., *Eu rules bitcoin is a currency, not a commodity — virtually*, in *The Wall street journal*, 22 October 2015
- SPAZIANTE F., *Le operazioni concernenti i “bitcoin”: la declinazione pratica dei principi espressi nella sentenza Hedqvist*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 8-9/2016
- VARDI N., *Criptovalute e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2015
- WERSAND F., *La TVA dans l'ère de l'économie digitale: l'obsolescence non programmée*, in *Revue générale de fiscalité luxembourgeoise*, 2016

MASSIME

Imposta registro — Liquidazione dell'imposta — Imposta "principale" — Richiesta mediante avviso di liquidazione — Legittimità — Previa notifica di avviso di accertamento — Necessità — Esclusione — Adeguata motivazione dell'avviso di liquidazione.

In tema di imposta di registro, qualora, ai sensi dell'art. 42 del D.P.R. n. 131 del 1986, l'imposta debba qualificarsi come "principale", in quanto dovuta a seguito della registrazione eseguita d'ufficio dall'amministrazione finanziaria, e non come "complementare" (non essendo oggetto di contestazione il valore del bene oggetto di trasferimento), è legittima l'adozione di un avviso di liquidazione — senza previa notifica di avviso di accertamento —, il quale deve essere sorretto da una motivazione sufficiente a consentire al contribuente di esercitare la propria difesa.

Cassazione civile, sez. trib. 19/04/2017, n. 9856 - Giustizia Civile Massimario 2017

* * *

Imposta Valore Aggiunto (IVA) — Accertamento induttivo.

La dichiarazione del contribuente di non possedere libri, registri, scritture e documenti, specificamente richiestigli dall'Amministrazione finanziaria nel corso di un accesso, preclude la valutazione degli stessi in suo favore in sede amministrativa o contenziosa e rende legittimo l'accertamento induttivo, solo ove sia non veritiera, cosciente, volontaria e dolosa, così integrando un sostanziale rifiuto di esibizione diretto ad impedire l'ispezione documentale.

Cassazione civile, sez. trib. 28/04/2017, n. 10527 - Il tributario.it 2017

* * *

Procedimento tributario — Notificazioni — Costituzione in giudizio del ricorrente — Onere del deposito, unitamente alla copia del ricorso, di copia della ricevuta di spedizione della raccomandata — Ambito di applicazione — Fondamento.

In tema di processo tributario, il ricorrente che si costituisce in giudizio ha l'onere di depositare, unitamente alla copia del ricorso, quella della ricevuta postale di ricezione ovvero della ricevuta di deposito solo se per la notifica del ricorso si sia avvalso direttamente del servizio postale ai sensi

dell'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 546 del 1992, laddove un siffatto onere non sussiste nell'ipotesi in cui la notifica sia stata effettuata per il tramite dell'ufficiale giudiziario, poiché, in tale caso, le esigenze di verifica della tempestività del ricorso e della costituzione in giudizio sono soddisfatte dalla relata di notifica redatta dal pubblico ufficiale.

Cassazione civile, sez. trib. 17/05/2017, n. 12268 - Giustizia Civile Massimario 2017

* * *

Imposta valore aggiunto (IVA) — Accertamento — Depositi fiscali ai fini IVA — Immissione in libera pratica di beni non comunitari — Esenzione dall'IVA all'importazione — Condizioni — Effettivo immagazzinamento — Necessità — Violazione — Obbligo d'immediato versamento dell'imposta — Operatività del meccanismo del "reverse charge" — Sussistenza — Sanzioni ed interessi — Accertamento di fatto.

L'Amministrazione finanziaria non può pretendere il pagamento dell'imposta sul valore aggiunto all'importazione dal soggetto passivo che, non avendo materialmente immesso i beni nel deposito fiscale, si è illegittimamente avvalso del regime di sospensione di cui all'art. 50 *bis*, comma 4, lett. b), del d.l. n. 331 del 1993, conv., con modif., dalla l. n. 427 del 1993, qualora costui abbia già provveduto all'adempimento, sebbene tardivo, dell'obbligazione tributaria nell'ambito del meccanismo dell'inversione contabile mediante un'autofatturazione ed una registrazione nel registro degli acquisti e delle vendite, atteso che la violazione del sistema del versamento dell'IVA, realizzata dall'importatore per effetto dell'immissione solo virtuale della merce nel deposito, ha natura formale e non può mettere, pertanto, in discussione il suo diritto alla detrazione, come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 17 luglio 2014, in C-272/13, a tenore della quale detta violazione può essere punita, in relazione allo scarto temporale tra la dichiarazione e l'autofatturazione, con una specifica sanzione per il ritardo — non fissa e che può consistere anche nel computo degli interessi di mora, purché sia rispettato il principio di proporzionalità — la cui adeguata determinazione, implicando un accertamento di fatto, compete al giudice di merito.

Cassazione civile, sez. trib. 17/05/2017, n. 12231 - Giustizia Civile Massimario 2017

* * *

Imposte in genere — Condoni fiscali.

La definizione agevolata di una controversia avente ad oggetto un'obbligazione tributaria gravante su più soggetti solidalmente, proposta anche da

uno solo dei coobbligati, ha effetto per tutti gli altri poiché ciò che rileva è l'unicità dell'obbligazione (quindi del relativo credito), la cui estinzione, benché intervenuta per effetto dell'attività di uno solo degli obbligati, non può che rilevare anche nei confronti degli altri.

Cassazione civile, sez. trib. 26/05/2017, n. 13282 - Diritto & Giustizia 2017, 30 maggio

* * *

Imposta fabbricazione — Generi vari (Filati, gas, energia elettrica, olii, sacchetti di plastica, spiriti, zuccheri e simili) — Gas ed energia elettrica — Rimborso sull'accisa indebitamente pagata — Domanda — Termine di decadenza biennale di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 504 del 1995 — Applicazione anche ai casi di imposta debitamente pagata e di sopravvenuta non debenza della medesima — Decorrenza — Dalla data del pagamento — Termine non derogabile.

In tema di imposte sul consumo del gas e dell'energia elettrica, ai sensi dell'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 504 del 1995 (T.U. delle imposte sulla produzione e sui consumi), il rimborso dell'accisa indebitamente corrisposta, a prescindere dalle cause per le quali il pagamento non sia dovuto (e quindi anche nelle ipotesi di non debenza del tributo per cause sopravvenute), deve essere richiesto, a pena di decadenza, entro due anni dalla data del pagamento stesso, da intendersi come termine non derogabile, neanche per accordo delle parti.

Cassazione civile, sez. trib. 31/05/2017, n. 13724 - Giustizia Civile Massimario 2017

GIURISPRUDENZA E ATTUALITÀ IN MATERIA DI DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Giurisprudenza di fiscalità internazionale e comunitaria

Sulla potestà impositiva sui redditi di fondi pensionistici come disciplinato dalla Convenzione contro le doppie imposizioni tra la Confederazione Svizzera e lo Stato d'Israele (in nota alla sentenza della Cour de Justice de la République et Canton de Genève - Case 2C_606/2016 e 2C_607/2016, 25 gennaio 2017) (di ROBERTO FIOCCHI)

La fattispecie oggetto della controversia riguarda una persona fisica (d'ora dinnanzi anche "il Contribuente") che, trasferendo la propria residenza fiscale in Israele, vi trasferiva, altresì, fondi pensionistici da un conto svizzero.

Successivamente, lo Stato svizzero applicava una ritenuta alla fonte, della quale il Contribuente richiedeva il rimborso, invocando l'art. 18 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata dalla Confederazione Svizzera e dallo Stato d'Israele (di seguito anche la "Convenzione contro le doppie imposizioni" o, più semplicemente, la "Convenzione"). Tale articolo prevede l'esclusiva potestà impositiva in capo allo Stato di residenza del Contribuente. Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria svizzera rigettava la richiesta, stante la mancanza di un'effettiva imposizione fiscale in Israele.

Giova premettere, infatti, che il Contribuente beneficiava in detto ultimo Stato di un regime di esenzione fiscale sui redditi esteri provenienti dallo Stato della fonte.

In primo grado, il tribunale amministrativo di Ginevra accoglieva il ricorso del Contribuente stabilendo (i) che la potestà impositiva spettava, nel caso di specie, al solo Stato israeliano ai sensi della Convenzione; (ii) che le somme relative ai fondi pensionistici erano state versate in Israele, come indicato nel certificato dell'Amministrazione finanziaria israeliana allegato all'istanza di rimborso e (iii) che l'assenza di un'imposizione fiscale in detto

Stato non implicava un diritto in capo alla Svizzera di effettuare un prelievo fiscale su tali redditi.

Diversamente, in secondo grado, la Cour de Justice de la Republique et canton de Genève (d'ora innanzi anche "Corte"), ribaltando il verdetto di primo grado, ha statuito che, affinché lo Stato svizzero non effettui alcun prelievo di natura tributaria su detti redditi, è necessario che questi siano effettivamente assoggettati a tassazione in Israele. Ne conseguiva, pertanto, l'accoglimento dell'appello dell'Amministrazione finanziaria con annesso diniego al rimborso.

In particolare, la Corte di Giustizia ha ravvisato, nel combinato disposto dell'art. 18 della Convenzione contro le doppie imposizioni e del par. 5 del Protocollo, il principio di "*remittance basis*", secondo il quale l'esonero o la riduzione di imposizione è accordata solo per la porzione di reddito ricevuto in Israele o altrimenti assoggettato a tassazione in tale Stato.

Invero, dal contenuto letterale delle norme della Convenzione, i giudici hanno constatato, altresì, che tale disposizione non si ferma al semplice principio di "*remittance basis*", ma va ben oltre, prevedendo che, per beneficiare dell'esonero o della riduzione dell'imposta svizzera prevista dal combinato disposto dell'art. 18 della Convenzione e del par. 5 del Protocollo, i redditi devono essere effettivamente assoggettati a tassazione in Israele.

Sicché, secondo la Corte non è sufficiente che tali redditi siano semplicemente trasferiti in Israele, ma occorre che questi siano effettivamente tassati. Ed ancora il fatto che i redditi siano versati in Israele non è più determinante, dato che è la sola successiva ed effettiva imposizione ad essere risolutiva ai fini di determinare a chi spetti la potestà impositiva.

Pertanto, la Corte di Giustizia, pur rilevando il diritto di tassazione in capo allo Stato di residenza, ha ravvisato in capo alla Svizzera un diritto di tassazione concorrente poiché lo Stato d'Israele non ha assoggettato a tassazione i redditi anzidetti in modo effettivo.

Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170125_2C_606-2016.html

Bibliografia

- REINARZ P., *Swiss Pension Fund Entitled To Reclaim Swiss Withholding Tax on Dividends Received Indirectly via Irish Investment Fund*, Derivatives & Financial Instruments, 2016 (Volume 18), No. 6.
- CARELLI F., *The New Tax Agreement between Switzerland and the United Kingdom - An Analysis*, European Taxation, 2012 (Volume 52), No. 6.
- CLEAVE B., *The Weiser Case: UK Pension Income Not Subject to Tax in Israel under the Israel-United Kingdom Income Tax Treaty (1962)*, Bulletin for International Taxation, 2013 (Volume 67), No. 6.

MASSIME (*)

Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee

«Rinvio pregiudiziale — Rilievo d'ufficio di un motivo vertente sulla violazione del diritto dell'Unione — Principi di equivalenza e di effettività — Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto — Direttiva 2006/112/CE — Diritto a detrazione dell'imposta versata a monte — Sistema dell'inversione contabile — Articolo 199, paragrafo 1, lettera g) — Applicazione soltanto in caso di beni immobili — Versamento indebito dell'imposta, da parte dell'acquirente di beni al venditore, sulla base di una fattura redatta in modo errato — Decisione dell'autorità tributaria che accerta l'esistenza di un debito d'imposta a carico dell'acquirente di beni, nega il versamento dell'importo detratto da questi richiesto e gli irroga una sanzione tributaria ». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

1) L'articolo 199, paragrafo 1, lettera g), 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, deve essere interpretato nel senso che esso si applica alla cessione di beni immobili in una vendita giudiziale al pubblico incanto da parte di un debitore giudiziario.

2) Le disposizioni della direttiva 2006/112, come modificata dalla direttiva 2010/45, nonché i principi di neutralità fiscale, di effettività e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, l'acquirente di un bene venga privato del diritto a detrazione dell'imposta sul valore aggiunto che ha indebitamente versato al venditore sulla base di una fattura redatta conformemente alle norme relative al regime ordinario dell'imposta sul valore aggiunto, benché l'operazione rilevante fosse soggetta al meccanismo dell'inversione contabile, nel caso in cui il venditore ha versato detta imposta all'Erario. Tali principi esigono, tuttavia, a condizione che il rimborso, da parte del venditore all'acquirente, dell'imposta sul valore aggiunto indebitamente fatturata diventi impossibile o eccessivamente difficile, segnatamente in caso d'insolvenza del venditore, che l'acquirente sia legittimato ad agire per il rimborso direttamente nei confronti dell'autorità tributaria.

3) Il principio di proporzionalità deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, le autorità tributarie nazionali irroghino a un soggetto passivo, che ha acquistato un bene alla cui cessione si applica il regime dell'inversione contabile, una sanzione tributaria pari al 50% dell'importo dell'imposta sul

(*) Massime a cura di Alessandro Savorana.

valore aggiunto che egli è tenuto a versare all'amministrazione tributaria, qualora quest'ultima non abbia subito alcuna perdita di gettito e non sussistano indizi di frode fiscale, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Fv Sentenza del 26 aprile 2017, causa C-564/15, Tibor Farkas, reperibile sul sito <http://curia.eu.int/it>.

* * *

«Rinvio pregiudiziale — Regime fiscale comune applicabile alle società capogruppo e controllate di Stati membri diversi — Direttiva 2011/96/UE — Prevenzione della doppia imposizione — Contributo aggiuntivo del 3% all'imposta sulle società». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, come modificata dalla direttiva 2014/86/UE del Consiglio, dell'8 luglio 2014, dev'essere interpretato nel senso che tale disposizione osta ad una misura fiscale prevista dallo Stato membro di una società madre, quale quella di cui al procedimento principale, che prevede la riscossione di un'imposta in sede di distribuzione dei dividendi da parte della società madre e la cui base imponibile è costituita dagli importi dei dividendi distribuiti, compresi quelli percepiti dalle società figlie non residenti di tale società.

Sentenza del 17 maggio 2017, causa C-365/16, AXA SA e altri, reperibile sul sito <http://curia.eu.int/it>.

* * *

«Rinvio pregiudiziale — Libertà di stabilimento — Direttiva sulle società madri e figlie — Normativa tributaria — Imposta sugli utili societari — Distribuzione di dividendi — Ritenuta alla fonte — Doppia imposizione — Fairness Tax». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

1) La libertà di stabilimento dev'essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa tributaria di uno Stato membro, come quella in esame nel procedimento principale, in forza della quale tanto una società non residente svolgente un'attività economica in tale Stato membro per mezzo di una stabile organizzazione, quanto una società residente, ivi compresa la controllata residente di una società non residente, sono assoggettate ad un tributo quale la *fairness tax*, quando tali società distribuiscano dividendi che, per effetto della fruizione di determinate agevolazioni fiscali previste dal

regime fiscale nazionale, non siano ricompresi nel loro risultato d'esercizio definitivo imponibile, sempreché le modalità di determinazione della base imponibile di tale imposta non conducano, di fatto, ad un trattamento meno favorevole della società non residente rispetto ad una società residente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

2) L'articolo 5 della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa tributaria di uno Stato membro, come quella in esame nel procedimento principale, che preveda un tributo quale la *fairness tax*, cui sono soggette le società non residenti svolgenti un'attività economica nello Stato membro medesimo per mezzo di una stabile organizzazione nonché le società residenti, ivi compresa la controllata residente di una società non residente, qualora distribuiscano dividendi che, per effetto della fruizione di determinate agevolazioni fiscali previste dal regime fiscale nazionale, non siano ricompresi nel loro risultato d'esercizio definitivo imponibile.

3) L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/96, nel combinato disposto con il paragrafo 3 del medesimo articolo, dev'essere interpretato nel senso che tale disposizione osta a una normativa tributaria nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, nei limiti in cui tale normativa, in una fattispecie in cui gli utili percepiti da una società madre da parte della sua controllata siano distribuiti dalla società madre stessa in un esercizio successivo a quello del loro percepimento, implica la sottoposizione di tali utili ad un'imposizione eccedente la soglia del 5% prevista da tale disposizione.

Sentenza del 17 maggio 2017, causa C-68/15, X, reperibile sul sito [http://curia.eu-int/it](http://curia.eu.int/it).

* * *

« Rinvio pregiudiziale — Imposta sul valore aggiunto (IVA) — Rimborso dell'IVA indebitamente versata — Diritto alla detrazione dell'IVA — Modalità — Principi della parità di trattamento e della neutralità fiscale — Principio di effettività — Normativa nazionale che introduce un termine di prescrizione ». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

I principi della neutralità fiscale, della parità di trattamento e di effettività non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ambito della riduzione del termine di prescrizione, da un lato, delle domande di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto indebitamente versata e, dall'altro, delle domande di detrazione dell'imposta sul valore aggiunto pagata a monte, prevede periodi transitori differenti, in modo tale che le domande relative a due esercizi contabili di tre

mesi sono sottoposte a termini di prescrizione differenti, a seconda che esse abbiano ad oggetto il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto indebitamente versata o la detrazione dell'imposta sul valore aggiunto pagata a monte.

Sentenza del 14 giugno 2017, causa C-38/16, Compass Contract Services Limited, reperibile sul sito <http://curia.eu.int/it>.

* * *

« Rinvio pregiudiziale — Direttiva 78/660/CEE — Conti annuali di taluni tipi di società — Principio del quadro fedele — Principio della prudenza — Società emittente di un'opzione su azioni che contabilizza il prezzo della cessione di tale opzione nel corso dell'esercizio contabile durante il quale l'opzione è esercitata o alla scadenza della sua validità ». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

I principi del quadro fedele e della prudenza enunciati rispettivamente all'articolo 2, paragrafo 3 e all'articolo 31, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo [50, paragrafo 2, lettera g), TFUE], e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, come modificata dalla direttiva 2003/51/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2003, devono essere interpretati nel senso che non ostano a un metodo di contabilizzazione secondo il quale una società emittente di un diritto di opzione su azioni contabilizza come ricavo il prezzo della cessione di tale opzione nel corso dell'esercizio contabile nel quale detta opzione è esercitata o alla scadenza della sua validità.

Sentenza del 15 giugno 2017, cause riunite C-444/16 e C-445/16, Immo Chiaradia SPRL - Docteur De Bruyne SPRL, reperibile sul sito <http://curia.eu.int/it>.

* * *

« Rinvio pregiudiziale — Direttiva 2006/112/CE — Imposta sul valore aggiunto (IVA) — Articolo 146, paragrafo 1, lettera e) — Esenzioni all'esportazione — Prestazioni di servizi direttamente connesse alle esportazioni o alle importazioni di beni — Nozione ». Ricorso pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

L'articolo 146, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione prevista da tale disposizione non si applica ad una prestazione di servizi, come quella oggetto del procedimento principale, relativa a un'operazione di trasporto di

beni verso un Paese terzo, laddove tali servizi non siano forniti direttamente al mittente o al destinatario di detti beni.

Sentenza del 16 marzo 2017, causa C-288/16, « L.Č. » IK, reperibile sul sito <http://curia.eu.int/it>.

* * *

Normativa e documenti di fiscalità internazionale e comunitaria

Nuove norme di trasparenza per gli intermediari della pianificazione fiscale.

La Commissione europea ha inviato il 21 giugno al Consiglio una proposta di Direttiva recante rigorose norme di trasparenza per gli intermediari, come consulenti fiscali, contabili, banche e avvocati, che elaborano e promuovono sistemi di pianificazione fiscale per i loro clienti.

I *Panama Papers* hanno messo in luce il modo in cui alcuni intermediari aiutano le società e le persone a sottrarsi al fisco, di solito attraverso sistemi transfrontalieri complessi. La proposta mira, quindi, ad affrontare tale pianificazione fiscale aggressiva rafforzando i controlli sulle attività di pianificatori e consulenti fiscali.

D'ora in poi i sistemi di pianificazione fiscale transfrontalieri che presentano alcune caratteristiche o “elementi distintivi” che possono comportare elusioni fiscali dovranno essere automaticamente comunicati alle autorità fiscali prima di essere attuati. La Commissione ha individuato gli elementi distintivi fondamentali, fra cui il ricorso alle perdite per ridurre il debito d'imposta, l'uso di speciali regimi fiscali favorevoli o di meccanismi che si avvalgono di Paesi che non rispettano le norme internazionali di buona *governance*.

L'obbligo di segnalare un sistema transfrontaliero che presenta uno o più di tali elementi distintivi sarà a carico:

- dell'intermediario che ha fornito il sistema transfrontaliero destinato ad essere attuato e utilizzato da una società o da un privato;
- dalla persona o dalla società che riceve la consulenza quando l'intermediario che fornisce il sistema transfrontaliero non ha la propria sede nell'UE o è vincolato dalle norme di riservatezza o dal segreto professionale;
- dalla persona o dalla società che attua il sistema transfrontaliero se questo è elaborato da consulenti fiscali o avvocati interni.

Gli Stati membri si scambieranno automaticamente le informazioni che ricevono sui sistemi di pianificazione fiscale tramite una banca dati centralizzata, creando così un sistema di allerta sui nuovi rischi di elusione e rendendo possibile l'adozione di misure per bloccare regimi dannosi. L'obbligo di segnalare un sistema non implica necessariamente che sia dannoso, ma solo che merita di essere esaminato dalle autorità fiscali. Gli Stati membri

saranno tuttavia tenuti ad applicare sanzioni efficaci e dissuasive alle società che non rispettano le misure di trasparenza, creando un nuovo potente deterrente per coloro che incoraggiano o facilitano gli abusi fiscali.

Le nuove norme sono esaustive in quanto coprono tutti gli intermediari, tutti i sistemi potenzialmente dannosi e tutti gli Stati membri. I dettagli di ogni sistema fiscale contenente uno o più segni distintivi dovranno essere segnalati alle autorità fiscali del Paese dell'intermediario entro cinque giorni dalla messa a disposizione del sistema a un cliente.

La proposta, che assume la forma di una modifica della direttiva sulla cooperazione amministrativa, sarà trasmessa al Parlamento europeo per consultazione e al Consiglio per adozione. Si prevede che le nuove prescrizioni in materia di comunicazione entreranno in vigore il 1° gennaio 2019; a partire da tale data gli Stati membri dell'Unione avranno l'obbligo di scambiarsi informazioni ogni tre mesi.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/taxation_customs/node/959_en

* * *

Discussion draft dell'Ocse in merito all'Action 10 e all'Action 7 dei BEPS.

Il 22 giugno 2017, l'Ocse ha emanato un nuovo *discussion draft* sul “*transactional profit split method*” relativo all'Action 10 dei BEPS, col quale ha chiarito l'applicazione di tale metodo, identificando, in particolare, alcuni indicatori specifici per il suo corretto uso ai fini della disciplina del *transfer pricing*. In tale sede, ha, altresì, pubblicato una guida addizionale, includendovi, inoltre, anche casi pratici ai fini esemplificativi.

In pari data, l'Ocse ha rilasciato, altresì, un *discussion draft* che individua i principi da osservare per l'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione nei casi individuati dal *Report* sull'Action 7.

Con le medesime modalità previste per il *discussion draft* concernente l'Action 10 dei BEPS, le parti interessate potranno inviare i propri commenti all'Ocse.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: www.oecd.org/tax/oecd-releases-beps-discussion-drafts-on-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-and-transactional-profit-splits.htm

* * *

Convenzione Multilaterale per implementare la Convenzione contro le doppie imposizioni al fine di prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti (BEPS).

Il 7 giugno 2017, oltre 70 ministri ed altri rappresentanti di vari Stati,

hanno partecipato alla cerimonia per la firma del c.d. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito anche “Convenzione Multilaterale” o “Convenzione”).

Tale Convenzione coinvolge giurisdizioni provenienti da tutto il mondo ed altre hanno, già, espressamente enunciato l'intenzione di voler siglare tale accordo il prima possibile.

La Convenzione Multilaterale permette ai governi di colmare le lacune esistenti nelle norme tributarie internazionali recependo, nei vari trattati bilaterali in materia fiscale, il contenuto dei risultati del progetto BEPS dell'Ocse.

Tale Convenzione, oltre ad apportare importanti modifiche sull'applicazione dei trattati bilaterali in materia fiscale stipulati al fine di eliminare la doppia imposizione, permette di implementare *standard* minimi convenuti al fine di contrastare possibili abusi dei trattati e migliorare le procedure per la risoluzione di eventuali controversie.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm

* * *

Peer review in merito all'Action 6 dei BEPS.

Il 29 maggio 2017, l'Ocse ha pubblicato i documenti rilevanti che formeranno la base dei *peer review* relativi agli *standard* minimi dell'Action 6 dei BEPS per prevenire la concessione di benefici convenzionali in circostanze non idonee.

Il documento emanato, pertanto, (i) forma la base da cui sarà avviato il processo di *peer review*; (ii) include i termini di riferimento che stabiliscono i criteri per l'implementazione degli *standard* minimi dell'Action 6, nonché la metodologia per la procedura dalla quale la *review* sarà condotta.

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: www.oecd.org/tax/beps/oecd-releases-peer-review-document-for-assessment-beps-action-6-minimum-standard.htm

* * *

L'Ocse invita a pubblicare le proprie opinioni sul discussion draft in merito all'implementazione dell'approccio sui c.d. “hard-to-value intangibles” (HTVI).

Il 23 maggio 2017, l'Ocse ha invitato a pubblicare le proprie opinioni sul

discussion draft sull'implementazione dell'approccio ai prezzi di trasferimento dei c.d. "hard-to-value intangibles" (HTVI), come descritti nel Capitolo VI delle Linee guida Ocse sul *transfer pricing*.

Tale *discussion draft* (i) delinea i principi che sottolineano l'implementazione dell'approccio al c.d. HTVI, (ii) formula esempi illustrativi dell'applicazione di tale approccio e (iii) indirizza l'interazione tra tale approccio e la *Mutual Agreement Procedure* (MAP).

Maggiori informazioni si possono reperire al seguente indirizzo: www.oecd.org/tax/oecd-releases-a-discussion-draft-on-the-implementation-guidance-on-hard-to-value-intangibles.htm

ANDAMENTO CONGIUNTURALE

1. Lo stato dell'economia mondiale è meglio del previsto nel primo semestre 2017

La percezione del rischio politico ha subito un drastico cambiamento nel corso del 2° trimestre. Dopo il referendum inglese sull'UE, si era diffuso il timore che la vittoria della Brexit potesse fare da traino ai movimenti euroscettici in Europa continentale. Al contrario, le elezioni in Olanda, Francia e Regno Unito hanno evidenziato un rafforzamento delle forze pro-UE e pro-euro in Europa continentale, in particolare in Francia, mentre il partito conservatore britannico è uscito molto indebolito dalle elezioni anticipate di giugno. Al momento, i sondaggi di opinione suggeriscono che gli euroscettici usciranno sconfitti anche in Germania (24 settembre) e probabilmente anche in Austria (15 ottobre), dove soltanto pochi mesi fa avevano sfiorato la conquista della presidenza. Grazie anche ai segnali di rafforzamento del ciclo economico europeo e allo sblocco della nuova tranche di finanziamenti alla Grecia, la zona euro ha sostanzialmente cessato di essere considerata una significativa fonte di incertezza. Tale conclusione potrebbe essere un po' prematura, considerando che l'unione economica e monetaria resta caratterizzata da debolezze strutturali (in parte derivanti dagli squilibri che gli Stati membri si sono portati dietro al momento dell'ingresso) che potrebbero tornare a essere evidenti in una fase ciclica meno favorevole. Ma è indubbio che il clima è ora più positivo rispetto a un anno fa, e che tale rimarrà almeno fino all'autunno. Di contro, il rischio politico è cresciuto negli Stati Uniti, dove l'amministrazione Trump, che soffre di una grave crisi reputazionale, incontra molti problemi nell'implementare il suo programma sul fronte domestico e si muove in modo poco prevedibile sul fronte internazionale. Le aspettative di stimolo fiscale si sono in larga misura sgonfiate, anche se a nostro parere resta probabile che la maggioranza approvi un taglio delle tasse in tempo per le elezioni congressuali di mid-term del 2018. In ogni caso, le misure di incertezza della politica economica sembrano aver perso negli ultimi tempi ogni legame con l'andamento del ciclo economico.

Il flusso dei dati economici ha offerto per lo più indicazioni positive negli ultimi mesi, sia nei paesi emergenti, sia nelle maggiori economie avanzate. Il quadro è stato relativamente peggiore per gli Stati Uniti e per la Cina (Paese, quest'ultimo, che mostra di nuovo qualche segnale di rallentamento). Nel

complesso, tuttavia, la crescita dell'economia mondiale si è fatta più diffusa e sostenuta, e anche il commercio mondiale appare in netta accelerazione (v. Fig. B a pag. 3), trainato dalla ripresa della domanda fra i paesi emergenti dopo due anni di debolezza. Perciò la crescita mondiale dovrebbe risultare effettivamente più sostenuta rispetto al 2016, proprio come ci si attendeva a inizio anno. Grazie alla minore incertezza e ai buoni dati, le previsioni di consenso sulla crescita globale sono salite di 0,1% per tutto il biennio 2017-18 da gennaio, con revisioni più marcate al rialzo per Eurozona e Giappone. Anche le nostre stime sono salite: a trainare la revisione è, in particolare, l'Eurozona.

In prospettiva, è difficile che la crescita possa accelerare ancora. Le politiche fiscali dovrebbero diventare complessivamente restrittive nel 2018, anche se gli Stati Uniti potrebbero risultare in controtendenza se, come probabile, un taglio delle imposte sarà alla fine approvato. Le politiche monetarie rimarranno accomodanti, anche se lo saranno meno rispetto al 2016 e il livello dei tassi sarà generalmente più alto. Inoltre, i consumi non beneficeranno più di miglioramenti del potere di acquisto, mentre si esaurirà il rimbalzo dei paesi esportatori di materie prime. Di contro, la dinamica degli investimenti dovrebbe risultare più robusta in molti paesi avanzati.

Che cosa potrebbe minacciare questo scenario altrimenti così benigno? In primo luogo, i prezzi delle materie prime energetiche potrebbero tornare a scendere per l'eccesso di offerta, mettendo di nuovo in difficoltà i paesi esportatori. Tale sviluppo potrebbe sì favorire la domanda interna nei paesi importatori, ma il potenziale destabilizzante potrebbe prevalere; d'altro canto, è difficile che un calo del prezzo del petrolio originato da fattori di offerta possa da solo far deragliare la fase di espansione. Un altro rischio, ben più minaccioso, è legato ai segnali di eccessi speculativi in Cina, legati a un credit gap (eccesso di credito al settore privato non finanziario rispetto al trend) superiore al 24% del PIL a fine 2016 secondo le stime della BRI. Gli squilibri potrebbero aggravarsi fino a sfociare in una crisi finanziaria, per esempio sulla scia di un nuovo rallentamento dell'economia, attivando canali di trasmissione reali (attraverso le importazioni cinesi), finanziari e, infine, attraverso il clima di fiducia. Però è probabile che nel breve termine le Autorità dispongano di strumenti in grado di evitare una crisi conclamata e, quindi, è impossibile valutare quando tale rischio potrebbe effettivamente concretizzarsi, se le misure precauzionali fallissero. Infine, non si può escludere che le difficoltà dell'amministrazione Trump inducano a inseguire pericolose rivalse sul fronte internazionale o che, al contrario, il taglio delle imposte l'anno prossimo sia più aggressivo del previsto.

Difficile, invece, che sia la politica monetaria a guastare la festa. Nessuno nutre dubbi sull'intenzione della Banca del Giappone di continuare con le attuali misure di stimolo. Per quanto la Federal Reserve abbia accelerato il passo del rialzo dei tassi e si appresti anche a ridimensionare la politica di reinvestimento dei titoli in scadenza, tuttavia, ha dimostrato più volte di non

voler sorprendere i mercati e di non avere una particolare urgenza di completare la normalizzazione. Perciò, anche se un'ulteriore mossa entro fine anno rimane nell'orizzonte delle possibilità, i mercati potrebbero non sbagliare ad attendersi ora una lunga pausa nella sequenza dei rialzi e, anche se sbagliassero, probabilmente il margine di errore sarebbe nell'ordine di soli 25pb. Di contro, i mercati si attendono già che la BCE annunci entro fine anno una prossima graduale chiusura del suo programma di acquisti (APP), che riteniamo sarà ridotto fino a sospenderlo forse alla fine del 3° trimestre 2018. Invece, la BCE ha riaffermato l'intenzione di effettuare i rialzi dei tassi soltanto dopo la chiusura dell'APP, e riteniamo che non cambierà tale sequenza. Se i mercati scontano un sentiero di rialzo molto lento, tuttavia, i nodi non verranno al pettine prima di dodici-diciotto mesi.

Di fronte a movimenti così limitati della politica monetaria, i tassi di cambio saranno privi di drivers potenti. In teoria, la tendenza della politica monetaria resta divergente fra Stati Uniti, da una parte, Eurozona e Giappone dall'altra; come effetto, riteniamo che i differenziali di tasso fra euro e dollaro diventeranno ancora più sfavorevoli all'euro nei prossimi mesi. Tuttavia, non è chiaro se ciò basterà a compensare la maggiore attrattività dei mercati azionari europei o l'impulso derivante dagli annunci di politica monetaria della BCE.

2. L'economia italiana sorprende in positivo a inizio 2017, e il divario con il resto dell'Eurozona si riduce

Negli ultimi mesi, molti (e noi fra questi) hanno rivisto al rialzo le previsioni sulla crescita del PIL italiano nel 2017. Ciò per due principali motivi:

i) il trend positivo degli indici anticipatori visto tra la parte finale del 2016 e la prima metà del 2017: le indagini di fiducia delle imprese hanno toccato nei mesi primaverili (tra aprile e giugno) dei massimi da quasi dieci anni;

ii) la revisione dei dati di contabilità nazionale comunicata dall'Istat lo scorso 1° giugno, che ha visto una rilettura al rialzo della crescita del PIL non solo relativamente a inizio 2017 ma anche a fine 2016. Di conseguenza, la crescita tendenziale è stata rivista di ben quattro decimi a 1,2%, da una precedente stima di 0,8%.

Una certa cautela è d'obbligo, soprattutto in quanto il dato relativo al 1° trimestre dell'anno è stato in qualche modo "anomalo". Infatti, la crescita di inizio anno è interamente venuta dalla volatile componente delle scorte (contributo: +0,4% t/t), il che introduce incertezza sulla previsione per il trimestre in corso, e c'è stato un andamento anomalo dei deflatori, in particolare degli investimenti, che ha portato addirittura a una contrazione del PIL nominale. Inoltre, sul dato potrebbero aver inciso alcuni fattori di

calendario (un mese di marzo senza la Pasqua e la maggiore presenza di ponti festivi nel trimestre immediatamente precedente e in quello immediatamente successivo). Ipotizzando cautamente una crescita di appena un decimo nel trimestre primaverile e di due decimi nella seconda metà dell'anno, ne risulta una variazione media del PIL nell'anno di 1,1%. I rischi su tale previsione sono comunque verso l'alto. Al contrario, la crescita sarà soggetta a rischi verso il basso nel 2018 per le necessità di restrizione fiscale e per il rischio di tensioni sui mercati finanziari in caso di esito inconcludente delle prossime elezioni politiche.

È probabile che la composizione della domanda sarà, nel resto del 2017 e guardando poi alle prospettive 2018, significativamente diversa da quella vista a inizio anno. In particolare, non saranno i consumi il principale motore di crescita nel biennio 2017-18. I contributi speculari di scorte e commercio con l'estero visti a inizio anno sono destinati, a nostro avviso, a cambiare di segno nei restanti trimestri del 2017 e in prospettiva 2018 (le esportazioni hanno già visto una decisa ripresa da fine 2016). Le costruzioni hanno dato segnali di inattesa vivacità nel periodo più recente, sia pure assai più visibile dai dati di contabilità nazionale sugli investimenti in costruzioni (in crescita di oltre mezzo punto a trimestre in media tra seconda metà 2016 e 1° trimestre 2017) che non dai dati mensili sulla produzione nel settore. La maggiore criticità nell'evoluzione del ciclo tra fine 2016 e inizio 2017 consiste nell'andamento deludente degli investimenti, e in particolare della spesa in conto capitale delle aziende in macchinari e attrezzature. Il recupero in corso della redditività delle imprese (almeno misurata dalla quota di margine operativo lordo sul valore aggiunto), anche tenuto conto degli incentivi di cui sopra, appare coerente con ampi spazi di recupero per tale componente; tuttavia, il miglioramento si vedrà soprattutto sulla media 2018, che potrebbe avvicinarsi al 4%, mentre la previsione per il 2017 sconta la battuta d'arresto d'inizio anno (0,9%).

TABELLA 1. — *La crescita economica per area geografica*

	2015	2016	2017p	2018p	2019p
Stati Uniti	2.6	1.6	2.1	2.5	2.3
Giappone	1.1	1.0	1.2	0.9	0.7
Area Euro	1.9	1.7	2.0	1.7	1.5
Europa Orientale	-0.1	1.3	2.0	2.4	2.7
America Latina	-0.8	-1.0	1.9	3.0	3.2
OPEC	1.0	0.8	1.2	3.3	3.5
Asia Orientale	6.9	6.7	6.5	6.1	6.0
Africa	7.5	7.9	7.4	7.6	7.4
Crescita mondiale	3.2	3.0	3.6	3.8	3.7

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

TABELLA 2. — *Previsioni macroeconomiche sull'Italia*

	2016	2017p	2018p	2016		2017			
				T3	T4	T1p	T2p	T3p	T4p
PIL (a prezzi costanti, a/a):	1.0	1.1	1.1	1.0	1.1	1.2	1.2	1.1	0.9
- Variazione % t/t				0.3	0.3	0.4	0.1	0.2	0.2
Consumi delle famiglie	1.3	0.9	0.6	0.2	0.1	0.5	0.0	0.1	0.1
Consumi pubblici	3.1	2.3	2.5	1.5	1.2	-0.8	0.9	1.0	0.5
Investimenti fissi	0.6	1.0	0.6	-0.2	0.6	0.5	0.1	0.1	0.2
Esportazioni	2.6	4.3	3.5	0.3	1.9	0.7	1.0	1.0	1.0
Importazioni	3.1	5.2	2.5	1.0	2.3	1.6	0.5	0.5	0.5
Contributo % PIL:									
Commercio estero	-0.1	0.1	0.3	-0.2	0.0	-0.1	0.2	0.1	0.1
Domanda finale interna	1.4	1.1	0.9	0.3	0.4	0.2	0.3	0.2	0.2
Produzione industriale	1.9	1.4	1.2	1.8	3.3	1.6	2.2	1.5	0.5
Prezzi al consumo (a/a)	-0.1	1.5	1.6	0.0	0.1	1.3	1.6	1.5	1.6
Disoccupazione (%)	11.7	11.2	10.7	11.6	11.8	11.6	11.2	11.1	11.0
Partite correnti (% PIL)	2.8	2.6	2.5						
Saldo di bilancio della PA (% PIL)	-2.4	-2.1	-1.9						
Debito (% PIL)	132.6	133.2	133.0						

TABELLA 3. — *Proiezioni sui tassi IRS*

	26/6	giu-17	set-17	dic-17	mar-18
Refi	0.00	+0	0.00	0.00	0.00
Euribor 3 mesi	-0.33	-0	-0.32	-0.32	-0.29
2 anni	-0.19	+0	-0.05	0.05	0.15
5 anni	0.14	+2	0.27	0.40	0.60
10 anni	0.72	-4	0.90	0.96	1.15
30 anni	1.38	-6	1.47	1.49	1.65
Spread: 10-2 anni	91	-4	96	91	100

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

TABELLA 4. — *Proiezioni sui cambi*

	03/07/17	3m	6m	12m
EUR/USD	1.1377	1.10	1.12	1.13
USD/JPY	112.93	115	116	118
GBP/USD	1.2965	1.23	1.29	1.32
EUR/CHF	1.0933	1.08	1.09	1.10
EUR/SEK	9.6364	9.80	9.50	9.40
EUR/NOK	9.5142	9.20	9.00	8.90
EUR/DKK	7.4367	7.45	7.45	7.46
USD/CAD	1.2988	1.35	1.30	1.25
AUD/USD	0.7654	0.71	0.77	0.80
NZD/USD	0.7294	0.68	0.72	0.74
EUR/JPY	128.48	127	130	133
EUR/GBP	0.8772	0.89	0.87	0.86

Fonte: elaborazioni Intesa Sanpaolo

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

CONTABILITÀ E BILANCI

A.A.V.V., MEMENTO PRATICO IPSOA - FRANCIS LEFEBVRE, *Bilancio Consolidato*, Nuovo OIC 17, Ipsoa Lefevre, Milano, 2017, pagg. n. 991, 140,00 euro.

Il manuale, redatto dagli esperti della PWC, offre soluzioni pratiche, esaminando i differenti testi legislativi, professionali, dottrinali e tutti i documenti relativi ai bilanci consolidati delle imprese industriali e commerciali. Contiene tutti gli approfondimenti in materia e recepisce gli aggiornamenti conseguenti alla Riforma Contabile 2016 e a quelli dei principi contabili internazionali. Gli esempi numerici sono frutto di casi reali riscontrati nell'attività quotidiana. Il taglio operativo consente a qualsiasi professionista esperto o 'neofita' in materia di consolidamento di risolvere rapidamente anche le difficoltà nel "quadrare" i dati contabili. Le principali novità per il 2017 riguardano:

1. il D.Lgs 139/2015 - recepimento delle modifiche al D.Lgs. 127/1991 derivanti dalla direttiva 2013/34, ossia i nuovi schemi di bilancio, i nuovi criteri di misurazione (*fair value*, costo ammortizzato), nonché le modifiche alla nota integrativa;

2. i nuovi OIC emessi il 22 dicembre 2016 e segnatamente:

— l'OIC 17, con particolare *focus* sulla differenza di annullamento non più iscritta a diminuzione della riserva di consolidamento, sulla nuova identificazione dell'avviamento, e sulle nuove norme per l'area di consolidamento;

— l'OIC 21 e l'OIC 28, con particolare *focus* sulle novità in merito di azioni proprie, sulla contabilizzazione dei dividendi non più per maturazione ma per data di delibera;

— l'OIC 10, focalizzato sul rendiconto finanziario obbligatorio.

Il volume comprende inoltre *i*) la nozione di gruppo e suoi effetti ai fini giuridici, *ii*) lo stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario e nota integrativa: tutte le indicazioni per una corretta redazione, *iii*) le scritture di consolidamento: dai mastrini alla redazione di bilancio, *iv*) aggiornamento con tutti i nuovi OIC, *v*) analisi dei principi contabili internazionali (IAS-IFRS), *vi*) organizzazione della revisione di un gruppo, nonché *vii*) numerosi esempi pratici e numerici.

DIRITTO SOCIETARIO

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve al Diritto delle Società*. Quarta edizione, Collana Breviaria Iuris fondati da G. Cian e A. Trabucchi, Wolters Kluwer e CEDAM, Milano, 2017, pagg. n. 2230, 190,00 euro.

Il commentario ha ad oggetto le disposizioni del Libro V del Codice Civile in tema di società (artt. 2247-2548 e 2615 *ter*), il Titolo III, Capo II (artt. 119-165 *septies*) del testo unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. 24.2.1998, n. 58: T.u.f.), relativo alle società quotate, e le norme sulla revisione legale dei conti (d. lgs. 27.1.2010, n. 39).

Nei commenti di questa IV edizione si dà conto delle novità intervenute nella materia dal 2015 ad oggi, a titolo di esempio:

— modifiche al C.C.: d.lgs. 18/08/2015 n. 139 di Attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese; d.lgs. 12/08/2016 n. 176 per le sedi di negoziazione dei titoli azionari;

— disposizioni in tema di revisione contabile: D.Lgs. 17 luglio 2016, n. 135, in vigore dal 5 agosto 2016;

— modifiche al Tuf: legge finanziaria 2017 (l. 232/2016) G.U. 21/12/2016, con novità su raccolta dei capitali per il finanziamento delle PMI; obblighi di comunicazione degli assetti proprietari sempre per le PMI, relazione finanziaria ex art 2364 e 2364 bis c.c., e trasparenza nei pagamenti ai Governi (d.lgs. 25/2016); relazione di remunerazione per la valutazione dei fattori di rischio da parte della CONSOB (nuovo art. 123 *ter*), requisiti di onorabilità e professionalità del collegio sindacale (d.lgs. 72/2015);

— normativa sulle Società Benefit (art. 1, commi 376-384, l. 208/2015): un nuovo modello societario alternativo a s.r.l. e s.p.a. che oltre allo scopo di distribuire utili agli azionisti può prevedere un obiettivo sociale legalmente protetto, cioè avere un impatto positivo sulla società in cui opera;

— d.l. 3/2015, conv. con modif. dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, su PMI innovative e Raccomandazione UE contenente la definizione di PMI racc. Comm. UE 6.3.2003, 2003/361/CE, all. art. 2 (1).

STAGNO D'ALCONTRES A., DE LUCA N., *Le Società*, Tomo II, *Le società di Capitali*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pagg. n. 781, 48,00 euro.

Gli autori hanno espresso la volontà di riordinare la materia per temi e problemi, non per tipi societari, pur consapevoli che alcuni dei temi trattati sono peculiari a determinate tipologie societarie. Il discorso prende quindi avvio dalle basi negoziali, sezione nella quale viene trattata la costituzione delle società di capitali, i patti sociali e parasociali, l'invalidità e le modificazioni dell'atto costitutivo. Seguono le basi economiche ove, suddivisi in tre sottosezioni, sono trattati il tema della dotazione dei mezzi di rischio da parte

dei soci (capitale, conferimenti, e partecipazioni), quello delle partecipazioni sociali e delle loro vicende circolatorie, e infine quello del finanziamento societario (strumenti di diritto comune, obbligazioni, titoli di debito e strumenti finanziari). La terza sezione è dedicata al bilancio e alla partecipazione ai risultati. La quarta, suddivisa in due sottosezioni, concentra i temi dell'organizzazione: deliberatamente invertendo la sistematica del codice, la prima è dedicata ad amministrazione e controllo, nel sistema tradizionale e in quelli alternativi, e la seconda all'assemblea e alle decisioni dei soci. La quinta sezione è dedicata alle società quotate e ai mercati.

DIRITTO TRIBUTARIO

BORGHI A., CRISO P., FARNETI G., *Tributi e fiscalità*, 2017, Collana Modulo. Enti Locali, Wolters Kluwer, Leggi d'Italia, IPSOA, Milano, 2017, pagg. n. 901, 52,00 euro.

Il volume costituisce una guida pratica incentrata sugli aspetti tributari che coinvolgono l'ente locale, nella doppia veste di soggetto attivo e di soggetto passivo di imposta. L'analisi si appunta in particolare su: 1) tributi locali; 2) rapporti tra ente locale e contribuente; 3) obblighi fiscali e previdenziali.

Nella prima parte del volume vengono analizzati minuziosamente tutti i tributi di competenza degli enti: l'addizionale comunale all'IRPEF, la IUC (IMU-TARI-TASI), l'imposta comunale sulla pubblicità (ICP), il tributo per la tutela dell'ambiente, il canone per l'installazione di mezzi pubblicitari (CIMP), la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP), l'imposta di scopo; l'imposta di soggiorno, il contributo di sbarco. Completano la trattazione della prima parte la Riscossione, le Sanzioni amministrative e la gestione del Contenzioso tributario. La seconda parte è dedicata all'analisi dettagliata degli obblighi fiscali e previdenziali degli Enti Locali. Imposta sul valore aggiunto (IVA), Imposta regionale sulle attività produttive (Irap), Imposta di bollo, Ritenute fiscali, Ritenute previdenziali, Contributo alla gestione separata dei lavoratori autonomi, Ravvedimento operoso. I contenuti, la forma espositiva, il periodico aggiornamento (anche attraverso il servizio on line) e, non ultima, la riconosciuta competenza degli autori, qualificano l'opera come strumento completo, attendibile, pratico e utile per una pluralità di utilizzatori.

BRUSATERRA M. (a cura di), *Codice Fiscale Frizzera. Imposte dirette*. Collana Sistema Frizzera 24, Volume 2 2017, Gruppo 24ore, Milano, 2017, pagg. n. 1724, 40,00 euro.

Il Codice riporta tutta la legislazione vigente e previgente in materia di imposte dirette, accertamento e riscossione, agevolazioni, anagrafe tributaria

e sanzioni. Un ricco apparato di indici e annotazioni consente un'agevole "navigazione" all'interno della complessa legislazione fiscale. Il testo è ricostruito e annotato con tutte le più recenti novità normative, in particolare la Legge di bilancio 2017, il relativo Collegato fiscale e la Manovra correttiva (D.L. 50/2017).

TESAURO F., *Manuale del processo tributario*, Quarta edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pagg. n. 316, 33 euro.

È la terza edizione del noto "Manuale del processo tributario", destinato, oltre che agli studenti, ai cultori del processo tributario e agli operatori del settore (magistrati, avvocati, commercialisti e altri professionisti del processo tributario). Il manuale, in questa rinnovata edizione, è stato sottoposto a *restyling* per recepire le novità, non solo dottrinali, ma anche e soprattutto normative e giurisprudenziali (specie in tema di ricorso per cassazione), intervenute dopo la precedente edizione. In particolare, l'aggiornamento include le modifiche introdotte, in esecuzione della legge di delega 11 marzo 2014, n. 23, dal D. lgs. 24/09/2015, n. 156, in tema di reclamo-mediazione, sospensione del processo, spese di lite, conciliazione, ottemperanza, sospensione della riscossione nelle fasi di gravame, giudizio di rinvio ecc., insieme con l'analisi delle innumerevoli novità giurisprudenziali.

TECNICA PROFESSIONALE

BORGHI A., CRISO P., FARNETI G., *Bilanci. Gestione. Controllo. Servizi*, 2017, Collana Modulo. Enti Locali, Wolters Kluwer, Leggi d'Italia, IPSOA, Milano, 2017, pagg. n. 937, 52,00 euro.

L'obbligo di rendere omogenei i sistemi contabili degli enti territoriali ha comportato per Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni l'adozione di principi fondamentali, che incidono in maniera radicale sia sugli strumenti sia sul ciclo della programmazione, alla luce dei vincoli posti da esigenze di contenimento dei costi della finanza pubblica.

Il volume ricostruisce le fasi di questa importantissima innovazione legislativa, dalla sperimentazione all'attuazione del nuovo ordinamento contabile e dei nuovi schemi di bilancio, entrati in vigore dal 1° gennaio 2015.

In particolare dà conto dei decreti di aggiornamento del D.Lgs. n. 118/2011 sull'armonizzazione contabile resisi necessari al fine di integrare i principi, correggere errori e rendere coerente l'intero sistema alla normativa sopravvenuta. Ampio spazio è dedicato allo strumento finalizzato al concorso degli Enti Locali al contenimento dei saldi di finanza pubblica: il saldo finanziario, in termini di competenza, tra entrate finali e spese finali che ha sostituito il Patto di stabilità.

Di rilievo l'analisi sulla complessa gestione dell'ente locale, in relazione ai macro-settori di attività più rilevanti, quali il bilancio, la gestione finanziaria, gli Investimenti e le fonti di finanziamento, la programmazione e il controllo, la revisione con un'analisi dettagliata del Programma delle attività di revisione per l'anno 2017, la valutazione del personale e dei dirigenti. La seconda parte del volume dedicata alla gestione dei servizi pubblici locali, è stata completamente rivista alla luce del rinnovato quadro normativo ridisegnato con Testo unico partecipate — D.Lgs. 175/2016 — e con lo Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al citato Testo unico partecipate.

Autorevoli esperti della materia forniscono suggerimenti per affrontare le innumerevoli problematiche applicative che gli uffici degli enti locali ogni giorno devono affrontare.

In estrema sintesi la chiave interpretativa, le soluzioni fornite, i contenuti, la forma espositiva, il periodico aggiornamento (anche attraverso il servizio on line) e, non ultima, la riconosciuta competenza degli autori, qualificano l'opera come strumento completo, attendibile, pratico e utile per una pluralità di utilizzatori.

BOMPANI A., DEI B., SORIGNANI P.R., TRAVERSI A., (a cura di), *Sindaco e revisore di società*, IPSOA Guide operative, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pagg. n. 1236, 150,00 euro.

Il volume contiene un'ampia trattazione scientifica della materia arricchita da strumenti operativi quali: *check-list*, esemplificazioni di verbali, carte di lavoro, formule, ecc. che possono rappresentare la "cassetta degli attrezzi" per tutti coloro che sono chiamati allo svolgimento della professione di revisore legale dei conti e/o di sindaco di società di capitali.

La decima edizione del volume, ha subito una revisione dei contenuti alla luce:

- dell'entrata in vigore (1° gennaio 2015) dei nuovi principi internazionali di revisione della serie ISA Italia;

- dell'adozione del Regolamento (UE) n. 347/2014 attuato attraverso il Decreto Legislativo 17 luglio 2016, n.135 (in vigore dal 5 agosto 2016) che ha significativamente innovato il quadro legislativo in materia riformando radicalmente le disposizioni contenute nel Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 in materia di formazione, etica, controllo della qualità, individuazione del perimetro delle società che rientrano tra gli enti di interesse pubblico (EIP), requisiti di indipendenza, procedura per la selezione del revisore legale, ecc.;

- dei documenti CNDCEC del marzo 2017 per la stesura della relazione unitaria del collegio sindacale incaricato della revisione legale dei conti.

Il testo affronta particolarmente la fattispecie più ricorrente, ovvero quella del collegio sindacale o del sindaco unico incaricati della revisione legale e chiamati ad affrontare:

- il programma di lavoro derivato dalla valutazione dei rischi generali e specifici;
- le carte di lavoro delle verifiche svolte sia di conformità durante l'esercizio che di validità delle poste di bilancio dopo la chiusura dell'esercizio;
- l'acquisizione degli elementi probativi;
- la redazione della relazione sulla revisione legale dei conti unitamente a quella dell'art. 2429 c.c.

BUSANI A. (a cura di), *Immobili*, 2017, Collana IPSOA Guide e soluzioni, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pagg. n. 1960, 115,00 euro.

Il volume è una guida completa ed esaustiva per il professionista che opera nel settore immobiliare: si spazia infatti dalla disciplina catastale a quella urbanistica, dalle imposte sui redditi a quelle sui trasferimenti e a quelle patrimoniali, dalla contrattazione che ha per oggetto il trasferimento della proprietà e dei diritti reali a quella che ha per oggetto l'utilizzo dell'immobile.

Fra le principali novità affrontate nel testo si segnalano quelle introdotte dalla legge di Bilancio 2017 e dal Decreto Milleproroghe, in particolare:

- la proroga delle detrazioni per le ristrutturazioni edilizie e acquisto di mobili, per l'adeguamento antisismico e per la riqualificazione energetica;
- la proroga dei termini per la rideterminazione del valore di acquisto dei terreni;
- la riapertura della procedura di rivalutazione di beni di impresa per le società di capitali ed enti commerciali che nella redazione del bilancio non adottano i principi contabili internazionali;
- la disciplina agevolata di assegnazione o cessione di beni ai soci di società di persone e società di capitali, tra cui immobili, diversi da quelli strumentali per destinazione;
- la proroga della detrazione dall'IRPEF del 50% dell'IVA sull'acquisto di abitazioni di classe energetica A o B.

GAVELLI G., *Formulario del commercialista. Oltre 100 facsimile di contratti, lettere, atti e comunicazioni. Completi di Note di registrazione e trattamento fiscale*, Collana Professionisti e Imprese, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017, pagg. n. 339, 42,00 euro.

Il Formulario è una raccolta di facsimile di atti, contratti, lettere e comunicazioni, che riguardano attività e settori che il commercialista segue nella propria attività quotidiana. Per ogni argomento, viene proposta una breve descrizione giuridico-civilistica e vengono fornite, ove opportuno, apposite indicazioni relative alle modalità di registrazione e alla disciplina fiscale specifica dell'operazione in esame. Su apposito spazio web sono riportati i facsimile presenti nel testo, in versione compilabile e stampabile per consen-

tirne l'utilizzo personalizzato. Di seguito un elenco dei temi oggetto del formulario, catalogati in ordine alfabetico: accollo del debito; affitto ad uso abitativo; affitto azienda/ramo d'azienda; agenzia-agente di commercio; anti-riciclaggio; appalto; assistenza tecnica; autocertificazione; brevetti (cessione); cessione d'azienda; cessione del credito; cessione quote sociali; comodato d'uso gratuito; compravendita immobiliare; concessione; consulenza fiscale dottore commercialista; contratto sportivo-atleta professionista, Contratto sportivo-istruttore sportivo ASD; deposito; diritti cinematografici e televisivi; donazione; edizione; *escrow agreement*; fidejussione contrattuale; fondo patrimoniale; fornitura; franchising; galleria d'arte; garanzia-certificati di garanzia; imbarcazioni-locazioni unità da diporto; leasing; lettera di intenti; mandato di vendita; manleva; minori-istanza accettazione donazione; noleggio; opzione di acquisto; patti parasociali; patto di riservatezza; procacciatore d'affari; procura; proposta irrevocabile d'acquisto; risoluzione del contratto; sponsorizzazione sportiva dilettantistica; stage; traduzione; trasporto; trust; usufrutto immobiliare; vendita; web.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2017

Unione europea	€ 140,00
Paesi extra unione europea	€ 210,00
Prezzo di un singolo numero	€ 35,00
(Extra U.E. € 53,00)	

Sconto 10% per gli iscritti agli Ordini professionali, Associazioni professionali, Università.

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2016, sono disponibili fino ad esaurimento scorte.

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1975

U.E.	abbonato	€ 41,00*	non abbonato	€ 115,00*
*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 "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2017, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2017.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea 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	€ 150,00	€ 225,00
Diritto del commercio internazionale	€ 155,00	€ 232,00
Giurisprudenza commerciale	€ 190,00	€ 285,00
Rivista dei dottori commercialisti	€ 140,00	€ 210,00
Rivista delle società	€ 150,00	€ 225,00

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** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

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 "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" 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/fi 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/fi 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-rdc@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

Publicità inferiore al 45%
Tipografia «MORI & C. S.r.l.» Via F. Guicciardini 66, 21100 Varese

