

Anno 11 – Numero 12

12 giugno 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- Trasformabilità delle società in *house*
- Società di persone: profili fiscali
- Responsabilità degli amministratori deleganti

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Ilaria Capelli, Marco Casavecchia, Giovanni Mollo, Alessandro Vicini Ronchetti

INDICE

	<i>Pag.</i>
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	
<i>La trasformabilità (o meno) delle società in house che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica (in particolare che gestiscono il servizio idrico integrato) in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000</i> di Marco Casavecchia	7
STUDIE OPINIONI	
<i>Le nuove Società di persone. Apetti tributari</i> di Alessandro Vicini Ronchetti	31
<i>Le banche dei Paesi non appartenenti all'Unione europea e l'erogazione di credito alla clientela italiana</i> di Ilaria Capelli	62
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Responsabilità degli amministratori deleganti di società bancaria per violazione del dovere di agire informato</i> di Giovanni Mollo	77
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	86
MODALITÀ DI ABBONAMENTO	88

SOMMARIO

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

La trasformabilità (o meno) delle società in house che gestiscono servizi pubblici di rilevanza economica (in particolare che gestiscono il servizio idrico integrato) in aziende speciali a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000

Nel presente articolo, l'Autore analizza la possibilità di trasformare una società in house in un'azienda speciale a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000, il tutto a sensi degli artt. 2500 septies e octies c.c., 114 TU 267/2000 e 9/6 del dl 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 13, nonché le conseguenze sul piano fiscale a sensi dell'art. 171 del TUIR (dpr 917/1986 e smi).

di Marco Casavecchia

STUDIE OPINIONI

Le nuove Società di persone. Apetti tributari

L'Autore prende in esame alcune tematiche tributarie che attengono, in modo particolare, alle società di persone.

di Alessandro Vicini Ronchetti

Le banche dei Paesi non appartenenti all'Unione europea e l'erogazione di credito alla clientela italiana

L'Autrice analizza il tema dell'erogazione del credito da parte di banche extracomunitarie verso gli operatori economici italiani.

di Ilaria Capelli

COMMENTI A SENTENZE

Responsabilità degli amministratori deleganti di società bancaria per violazione del dovere di agire informato

Il commento si riferisce alla sentenza della Cassazione n. 2737 del 5 febbraio 2013 con la quale è stato affermato che gli amministratori non esecutivi debbano possedere in forza del dovere di agire informato e delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, una "costante ed adeguata conoscenza del business bancario".

di Giovanni Mollo

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
PUBLIC ADMINISTRATION AND BUSINESS	
On the Possibility of Transforming In-house Companies that Manage Public Services of Economic Importance (in particular that Manage Water Services) in Special Companies pursuant to article 114 T.U. 267/2000	7
<i>The Author analyzes the possibility of transforming an in-house company in a special company according to article 114 T.U. 267/2000, in turn all in accordance with articles 2500 septies and octies of the Civil Code, 114 T.U. 267/2000 and 9/6 of the Law Decree n. 95/2012, converted into Law n. 13/2012, as well the tax consequences that the aforesaid operation would imply in the light of article 171 T.U.I.R. (D.P.R. n. 917/1986 and subsequent amendments).</i>	
by Marco Casavecchia	
STUDIES AND OPINIONS	
The New Partnerships: Tax Issues	31
<i>The Author examines some tax issues related, in particular, to partnerships.</i>	
by Alessandro Vicini Ronchetti	
The No-EU Banks and the lending to Italian customers	62
<i>The Author analyzes the issue of lending by No-EU Banks to Italian traders.</i>	
by Ilaria Capelli	
COMMENTS ON JUDGMENTS	
Liability of Directors of a Banking Company for Breach of the Duty to Act Informed	77
<i>The comment refers to the judgment of the Supreme Court no. 2737 of February 5, 2013, which has stated that the non-executive directors have to hold, by virtue of the duty to act informed as well as according to the provisions issued by the Bank of Italy, a “constant and adequate knowledge of the banking business”.</i>	
by Giovanni Mollo	

**LA TRASFORMABILITÀ (O MENO)
DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE* CHE
GESTISCONO SERVIZI PUBBLICI DI
RILEVANZA ECONOMICA (IN
PARTICOLARE CHE GESTISCONO IL
SERVIZIO IDRICO INTEGRATO) IN
AZIENDE SPECIALI A SENSI DELL'ART.
114 DEL TU 267/2000**

Nel presente articolo, l'Autore analizza la possibilità di trasformare una società in house in un'azienda speciale a sensi dell'art. 114 del TU 267/2000, il tutto a sensi degli artt. 2500 septies e octies c.c., 114 TU 267/2000 e 9/6 del dl 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 13, nonché le conseguenze sul piano fiscale a sensi dell'art. 171 del TUIR (dpr 917/1986 e smi).

di **MARCO CASAVECCHIA**

1. Le trasformazioni eterogenee di cui all'art. 2500-septies (da società di capitali in “consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda [ex art. 2555 cc], associazioni non riconosciute e fondazioni”) e all'art. 2500-octies cc (da “consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni riconosciute e fondazioni”) in società di capitali quali disciplinate nei capi V, VI e VII del Titolo V, Libro quinto, del codice civile), non paiono essere le uniche ammesse. Infatti, mentre la *Relazione governativa n. 14* al disegno di legge sulla riforma del diritto societario avverte che “la nuova disciplina che consente la trasformazione eterogenea delle società di capitale (2500-septies e 2500-octies) riesce applicabile solo ove si trasformi (o risulti dalla trasformazione) una società di capitali”, è stato fatto notare come siano possibili trasformazioni eterogenee atipiche “da ente a ente” senza il transito attraverso la società

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

LA TRASFORMABILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

di capitali e ferma la tutela dell'art. 2500-nonies cc (contra, però, Corte Appello Torino, 14-7-2010, Not., 11, 26).

Si tratta di un ragionamento di questo genere: se è ammesso trasformare una società di capitali (A) nelle numerose "entità" di cui all'art. 2500-septies (B) e se è ammesso il percorso inverso da (B) ad (A) ex art. 2500-octies, allora –eliminando (A)- si possono (con la prudenza del caso)- trasformare tra loro le "entità" (B) in altre "entità" (B)¹. E così si è ammessa la trasformazione di una delle "entità" in altre "entità" sub 2500-septies o octies senza la "triangolazione" dovuta al passaggio attraverso la società di capitali.

Non solo: è stata ammessa l'interpretazione analogica per aumentare il numero delle "entità" menzionate nei due articoli (es.: è stato ammesso a trasformazione il G.E.I.E., in quanto "entità" simile al consorzio o ad una società consortile; è stata ammessa la trasformazione di una società di capitali in società di persone, visto che l'art. 2615-ter cc ammette la costituzione di società consortili nelle forme di società di persone eccetera).

Si è, infine, posto il problema dell'ammissibilità delle *trasformazioni eterogenee assolutamente atipiche* (*trust*, associazioni di professionisti, *patrimonio destinato ex art. 2645 ter cc ecc.* (v.si PLASMATI, *La trasformazione eterogenea ecc.*, Tr. Galgano, 120 e segg.). (Problema, a dire il vero, di *analogia legis* di cui all'art. 12 delle preleggi al cc.).

Quindi (1) ragioni di semplificazione (l'eliminazione della società di capitali come *medium*) e (2) ragionamenti analogici (più o meno spinti) hanno ampliato l'area delle *trasformazioni eterogenee*. Da qui, quindi, quanto leggesi in C.RUPERTI (op. cit., pagg. 448-449):

Come era stato esposto (sub art. 2498 nn. 11°, 12, 13, 14) nell'originaria impostazione codicistica l'istituto della trasformazione era fenomeno tipicamente endosocietario riconducibile alla modifica della struttura organizzativa inizialmente prescelta, sempre mantenendo il ruolo di <<vicenda caratterizzata dalla persistenza dell'impresa>> (così, CABRAS, *Le trasformazioni*, Trattato delle società per azioni, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino 1997, 73). Come è noto, con la riforma, oltre all'ipotesi (art. 2498) di trasformazioni causalmente omogenee (compresa l'espressa previsione della trasformazione c.d. <<regressiva>>) si aggiungono le due ipotesi di trasformazione eterogenea <<da>> società di capitali (art. 2500-septies) e <<in>>

¹ V.nsi, sul punto: RUPERTO, *La giurisprudenza sul Codice civile . . .*, Libro V, sub artt. 2500-septies e octies, Giuffrè, 2012, 444 e segg.; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, 2011, 3120 e segg. cc..

Utilizzo il termine "entità" per includere in esso sia soggetti con personalità giuridica (veri "enti"), che altri soggetti privi di tale requisito ma pur sempre con una certa "soggettività".

società di capitali (art. 2500-octies), nonché (art. 2545-decies) la trasformazione di società cooperativa non a mutualità prevalente in consorzio.

Le fattispecie incluse ex art. 2500-septies sono: i consorzi, le società consortili, le società cooperative, la comunione di azienda, le associazioni non riconosciute, le fondazioni; quelle incluse ex art. 2500-octies per l'ipotesi inversa (di trasformazione <<in>> società di capitali) sono quelle stesse sopra elencate, con la sostituzione delle associazioni riconosciute in luogo di quelle <<non riconosciute>>. Mentre il tradizionale fenomeno della trasformazione <<propria>>, idonea a realizzare il passaggio da un codice organizzativo ad un altro, si connota per la continuità tra ente trasformando a soggetto trasformato, in quanto la trasformazione avrà invertito l'aspetto organizzativo dell'ente lasciando inalterato quello causale. . . . Rileva PACIELLO (La trasformazione delle società cooperative, Giur. comm. 2005, I, 67 ss.) che giustificare la scelta di consentire trasformazioni da società di capitali in fondazioni, associazioni non riconosciute, consorzi e comunioni di azienda e viceversa, con l'esigenza di adeguare la disciplina ai risultati delle ricerche teoriche incline ad enfatizzare il c.d. tramonto della causa lucrativa (come di quella mutualistica) in virtù della più generale neutralità causale degli schemi associativi è risultato non del tutto appagante. Apparendo altresì che la giustificazione della dilatata nozione di trasformazione in funzione del principio di conservazione dei patrimoni autonomi destinati all'impresa, vada integrato con l'osservazione che quel favor è slegato da una necessaria riutilizzazione produttiva del patrimonio, onde esso, più semplicemente, è da riferire al riconoscimento, tout court, ai privati di un accresciuto potere di disposizione (.). Da un punto di vista ricostruttivo la dottrina (.) sottolinea l'incongruenza (non solo) linguistica tra l'espreso principio di continuità dei rapporti giuridici e il richiamo alla <<cessazione dell'ente che effettua la trasformazione>> contenuta all'art. 2500.

1.1. Riassuntivamente i percorsi di trasformazione potrebbero teoricamente essere i seguenti:

(1) da una delle entità dell'insieme (A) ad una delle entità dell'insieme (B) e viceversa (artt. 2500-septies e octies);

(2) da una delle entità dell'insieme (B) ex art. 2500-septies cc verso un'altra delle entità, sempre, dell'insieme (B) ex art. 2500-octies cc (percorso per il quale alcuni Autori hanno asserito che il legislatore <<ha errato a legiferare>> non essendo necessario il "*transito attraverso la società di capitali*");

(3) da una delle entità "simili" ad una delle entità dell'insieme (A) o (B) (non menzionate, quindi, nei citati articoli 2500-septies e octies) ad una delle entità del contrapposto insieme (A) o (B) o, anche, ad una delle entità "simili" del contrapposto insieme (A) o (B) (percorso, si potrebbe dire, di doppia "analogia legis");

(4) da una delle entità dell'insieme (A) ad una entità "simile" ad una entità dell'insieme (B).

Al fine di rendere più chiaro il discorso, si possono fare gli esempi che seguono:

(1.i) trasformazione di una società di capitali in un consorzio, in una società consortile, in una società cooperativa, in una comunione di azienda, in una associazione non riconosciuta, in una fondazione (art. 2500-septies) e trasformazione inversa (con la sola differenza della “associazione riconosciuta”: art. 2500-octies); quindi *trasformazione tipica* e l’unica ammessa dalla citata *Relazione governativa n. 14*: caso (1)²;

(2.i) trasformazione, ad esempio, di un consorzio in una società consortile o viceversa; quindi trasformazione tipica ma “*senza il transito attraverso una società di capitali*”: caso (2);

(3.i) trasformazione di un GEIE (entità “simile” a un consorzio) in un *trust* (entità “simile ad una fondazione: caso (3)³);

(4.i) trasformazione di una società di capitali in una entità simile ad un’entità dell’insieme (B), ad esempio in un GEIE: caso (4).

(Ovviamente i “casi” non si fermano a quelli sopra elencati).

1.1.1. Quid iuris per le *società in house* che sono, al contempo società di capitali e organi degli enti locali titolari del relativo capitale sociale, sono cioè delle “società-organo”?⁴. Sono, queste, trasformabili in “aziende speciali” di cui all’art. 114 del TU 267/2000?

1.1.2. La risposta non è semplice.

Corre l’obbligo (nei punti a.1.2. e a.1.3.) di prospettare –anche se da me ritenute fallaci- le argomentazioni a favore di una tale trasformazione e ciò per completezza ed esaustività di discorso. E anche per evidenziare come l’analogia si rintraccia, nell’ambito del diritto pubblico, tra società *in house* e *azienda speciale*, ma non nell’ambito del diritto societario tra società di capitali e una delle entità dell’insieme (B) di cui sopra si è parlato. Vediamo, prima di tutto, il problema dei rapporti (di analogia) tra le società in mano pubblica (in house) e le aziende speciali.

Va, sul punto, rilevato che l’art. 35 della l. 448/2001 stabiliva che le aziende speciali avevano l’obbligo di trasformarsi in società di capitali entro il 31-12-2002. La normativa successiva ha però, e di fatto, “rivitalizzato” le aziende speciali.

Infatti –e a parte l’art. 113-bis del TU 267/2000 che contempla(va) le “aziende speciali, anche consortili” per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (dichiarato, comunque, incostituzionale con sent. della Corte cost. 272 del 27-7-2004)- l’art. 25, comma 2, del dl 24-1-2012, n. 1, convertito nella l. 24-3-2012, n.

² In tal senso, anche e come già detto, Corte di Appello di Torino, 14-7-2010, Foro pad. 2011, 411, 581.

³ Sul *trust*, v.si “Il diritto-Enc. Giur.” del “Corriere della Sera. Il Sole 24 Ore”, 2008, 16, 243 e segg.

⁴ V.nsi, sul punto la giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. CE, Teckal del 19-11-99, C-107/99; Teleaustria, 7-2-2000, C-324/99; Stadt Halle, 11-1-2005, C-26/03; Tragsa, 19-4-2007, C-205/05 ecc.) e, per il diritto nazionale, Cons. St., AP n. 1 del 3-3-08 ecc..

27, ha introdotto, dopo il comma 5 dell'art. 114 del TU 267/2000, il seguente comma 5-bis:

A decorrere dall'anno 2013, le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per gli affari regionali, il turismo e lo sport, sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 ottobre 2012⁵. A tal fine, le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno. L'Unioncamere trasmette al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il 30 giugno, l'elenco delle predette aziende speciali e istituzioni ed i relativi dati di bilancio⁶. Alle aziende speciali ed alle istituzioni si applicano le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieto o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali. Gli enti locali vigilano sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti indicati ai periodi precedenti. Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente comma aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie.

Ne deriva che, attualmente, le aziende speciali di cui all'art. 114 del TU 265/2000 ben possono essere enti strumentali per la gestione di servizi pubblici *di interesse economico generale* a sensi, vuoi, dell'art. 86/2 del Trattato CE, vuoi dell'art. 112 del già citato TUEL⁷. Da qui la analogia tra aziende speciali e società in house. Non solo: se si ha presente che:

(a) il *referendum* del 12 e 13-6-2011 ha abrogato una serie di articoli relativi alle società pubbliche, incluse quelle in house (art. 23 bis del dl 112/2008, convertito nella l. 133/2008 e successive modifiche; art. 154/1 del TU 3-4-2006, n. 152 per la parte relativa alla <<adeguatezza della remunerazione del capitale investito>> e, con essi, le seguenti disposizioni normative dipendenti: dm 1-8-1996, 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9 [escluso il primo periodo], 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater del d.g. 267/2000, l'art. 150

⁵ Tale decreto non risulta ancora emanato.

⁶ V. si, in punto: FOLLIERI, Trasformazione omogenea "regressiva": tempi di iscrivibilità della relativa deliberazione nel Registro Imprese, NDS, 9/2012, 25 e segg.

⁷ E ciò, parebbe, con esclusione del "SII" perché l'art. 150 del TU 152/2006 menziona unicamente la gestione tramite gara e tramite società in house.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

LA TRASFORMABILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

del TU 152/2006, il dpr 7-9-2010, n. 168, l'art. 148 del TU 152/2006, l'art. 15, comma 1-bis, del dl 135/2009, convertito nella l. 166/09)⁸;

(b) l'art. 4 del dl 13-8-2011, n. 138, convertito nella l. 14-9-2011, n. 148 (e successive modifiche) è stato dichiarato incostituzionale con la sent. della Corte Cost. 20-7-2012, n. 199 (perché in contrasto con i risultati del *referendum*);

(c) l'art. 9/6 del dl 6-7-2012, n. 95, convertito nella l. 7-8-2012, n. 135⁹, vieta solo l'istituzione di enti, fra i quali le aziende speciali, per esercitare “*una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione*”¹⁰;

(d) l'art. 34, commi 20-23, del dl 18-10-2012, n. 179, convertito nella legge 17-12-2012, n. 221 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita*) non pare aver inciso sul problema “aziende speciali” ma solo –e timidamente- sulla possibilità di “*indica[zioni di] compensazioni economiche se previste*” per la “*gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica*”¹¹;

⁸ Si rinvia, sul punto, agli articoli di: CASAVECCHIA “I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum”, in NDS, n. 15/2011, 50 e segg.; “I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011. Art. 4 del 138/2011, convertito nella l. 148/2011, poi ancora modificato dall'art. 9 della l. 183/2011 e dall'art. 25 del dl 1/2012”, in NDS 9/2012, 39 e segg.. V.nsi, altresì: PERFETTI, La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale, Urb. e App., 2011, 906 e segg.; RIZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum, Urb. e App., 2011, 899; BERCELLI, Servizi pubblici locali e referendum, Giom. Dir. Amm., 2/2013, 155 e segg.; PIOGGIA, La gestione del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettiva del dopo-referendum, G. GIAPPICHELLI 2012, nn. 1-2/2012, 86 e segg.; CAIA, Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali. Purposes and problems about the award of the integrated water service to special undertaking, Foro amm. TAR 2012, 02, 663.

⁹ Detto articolo asserisce: “E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitano una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione”.

¹⁰ Le “funzioni amministrative sono cosa diversa dai “servizi pubblici locali” di cui all'art. 112 del TUEL.

¹¹ L'art. 34 citato asserisce: «20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. 21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per quanto riguarda gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013. 22. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

LA TRASFORMABILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

(e) l'art. 114/5-bis del TUEL indubbiamente avvicina le due strutture organizzative e cioè le aziende speciali e le società in house¹²;

(f) attualmente vi è la tendenza ad affermare che le società *in house* non possono fallire (S. ASTEGIANO e altri, *Le società in house possono fallire?* Sole-24 Ore maggio 2013),

allora sembrerebbe doversi concludere che l'interpretazione per la quale una società in house è trasformabile in un'azienda speciale per "analogia" tra i due enti appare, a prima vista, possibile.

1.1.3. Infatti, e se si parte dalla constatazione per la quale, attualmente:

(1) la normativa pubblicistica di cui al TUEL non privilegia le società in house rispetto alle aziende speciali di cui all'art. 114 del citato testo normativo (anzi, si potrebbe asserire che, dopo il referendum, la "virata in senso pubblicistico" potrebbe apparire più che plausibile)¹³;

(2) vi è "somiglianza" tra una società in house (società-organo) e un'azienda speciale (attualmente tenuta al "patto di stabilità interno": art. 114/5-bis TUEL);

(3) la sent. della Corte di Appello di Torino del 14-7-2010 [Società 12/2010, pag. 1526] è stata criticata non essendo pacifico che l'art. 2500 septies cc *individui un numero chiuso e tassativo di entità che possono essere il risultato di una trasformazione regressiva da Spa (Srl)*¹⁴;

controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. 23. Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente: "I-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo"».

¹² V.nsi, in punto art. 114/5-bis TUEL: Corte dei Conti, sez. Lombardia, 15-5-2012; n. 219; 13 e 27-3-2012, n. 119; Corte dei Conti Emilia-Romagna, 9/2012/PAR; Corte dei Conti Veneto, 75/2013/PAR.

¹³ V.si, in ultimo: NICO, *Le società posticipate dagli enti locali dopo il "decreto liberalizzazioni"* (d.l. n. 1/2012 convertito in legge n. 27/2012), Maggioli ed. 2012. (volume che, però, "in quanto finito di stampare nel mese di maggio del 2012" non riporta la sent. della Corte cost. 20-7-2012, n. 199).

¹⁴ La citata sentenza della Corte d'Appello di Torino dice: "*La trasformazione eterogenea è definita dal legislatore della riforma con norme formulate in modo tale da rendere assai dubbia la possibilità di un'interpretazione analogica che consenta di ritenere ammissibile anche la trasformazione delle società di persone nei diversi enti indicati: se il legislatore avesse voluto lasciare aperta la possibilità di qualsiasi trasformazione tra società ed enti diversi, non si vede per quale motivo avrebbe dovuto limitare l'ambito della trasformazione eterogenea alla società di capitali*".

(4) l'art. 11 del Codice civile è, oramai, “alla base” (assieme ad altre norme) di quello che si chiama il “nuovo diritto comune” e cioè di un diritto formalmente privato, ma utilizzabile dal settore pubblico (v.si F.GALGANO, *Persone giuridiche*, Zanichelli. Foro it., 2006, 121 e segg., 137 e segg. [in par. 4.: “*Diritto comune e diritto speciale nella disciplina degli enti pubblici*”], 140 e segg. [in par. 5.: “*Pubblico e privato nell’organizzazione giuridica*”]),

allora il percorso sub a.1.(4) sembrerebbe plausibile.

1.2. In realtà –e a ben vedere- il ragionamento sub a.1.2 e a.1.3. non regge, proprio alla luce dell’analisi che si è fatta sub a.1. e a.1.1.

In primo luogo il ragionamento analogico sub a.1(3)-a.1(4) (e omettendo quello sub a.1(2) laddove, effettivamente, si può sostenere, senza ricorso all’analogia, che il <<transito attraverso la società di capitali>> non è necessario), viene da molti contestato (v.si Relazione governativa 14, sent. Corte di Appello di Torino del 14-7-2010¹⁵, Corte dei Conti, sez. Veneto: del. 18-3-2013, n. 75 e dottrina citata sub a.2.2.).

In secondo luogo e pur ammettendo l’analogia, questa (come si vedrà sub a.2.3.) sicuramente non sussiste nel caso di teorica trasformabilità di una *società in house* in una *azienda* ex art. 114 TUEL. Non solo: detta trasformabilità è praticamente esclusa dall’art. 150 del TU sull’ambiente.

1.2.1. In ordine al primo punto, P. MONTI (in CIAN-TRABUCCHI, cit., pag. 3121) asserisce, ad esempio, quanto segue:

Problema spinoso è se siano ammissibili trasf. eterogenee assolutamente atipiche, che cioè implicino enti non menzionati nelle norme di commento (trust, associazione di professionisti, patrimonio destinato ex art. 2645 ter, ecc.: v. le ipotesi in Plasmati, *La trasformazione eterogenea ecc.*, Tr. GALGANO, 120ss, ove correlativi formulari). In giur. si fa notare che la imprevedibilità di queste ipotesi trasf., non previste nel cc, espone i terzi a un onere di monitoraggio eccessivo ovvero al rischio di non tutelarsi con la opposizione (v. 2500 novies) (App. Torino, 14-7-2010, Not. 11, 26): il che però sembra vero soltanto nel caso di trasf. dell’ente non societario, non invece nel caso reciproco. Pare a noi che la questione involga un profilo di <<teleologia economica>>. Posto cioè che la trasf. aggrava i costi di autotutela delle imprese, ogni ampliamento della fattispecie, aggravando tali costi, va ponderato con cautela. Da questo punto di vista, un conto sono gli ampliamenti impliciti nel sistema (verso e da

¹⁵ La citata sentenza, superando i dubbi in ordine al ragionamento analogia, tronca il discorso come sempre: “*La trasformazione eterogenea introdotta con la riforma del diritto societario, la quale consente la trasformazione di società di capitali in enti diversi e viceversa, è attuabile esclusivamente nelle ipotesi espressamente previste dall’art. 2500 septies c.c., ipotesi che non possono essere estese in via analogica ad altre fattispecie. Non può quindi ritenersi ammissibile la trasformazione di una società di persone in un’impresa individuale, alla quale osta, oltre al richiamato dato normativo, la diversa natura della persona giuridica e della persona fisica, così come varie pronunce giurisprudenziali avevano rilevato in epoca precedente alla riforma*”.

soc. personali, verso e da enti e situazioni nominate), altro sono ampliamenti dal legislatore non vagliati (o vagliati ma omessi). Posto che una ratio più convincente del vago anelito di libertà è del tutto necessaria, data l'implicazione delle economie terze, sembra plausibile ritrovarla nella preoccupazione del legislatore di assicurare la continuazione della azienda (rectius impresa) non importa se in capo al medesimo soggetti o no (casi di trasf. in enti non imprenditori, nonché in comunione, nei quali la continuità della azienda postula la cessione in esercizio a terzi imprenditori, affittuari o usufruttuari). Tal ratio pare riscontrabile nella inserzione fra i punti di arrivo (e di partenza) della comunione di azienda (di azienda, si noti, non di un qualsiasi complesso di beni) nella quale può trasformarsi una società o che in società può trasformarsi. Questa vicenda è stata oggetto di forte critica all'indirizzo del legislatore – e in alcuni AA. tuttora permane – quasi che lo stesso avesse <<errato>> nel legiferare. A parte la improprietà di questo appunto, che con qualche albagia antepone i concetti alla legge per non affrontare la doverosa sfida di rielaborarli, pare a noi che precisamente la trasf. da e in comunione di azienda riveli, quale chiave di volta, del nuovo sistema, l'intenzione del legislatore, o meglio della legge, di mettere gli istituti giuridici a disposizione dell'operatore economico del tempo di crisi, quando la salvezza dell'impresa del lavoro nell'impresa è tutt'altro che scontata specie affidandosi a logiche giuridiche del tempo passato, ignaro di globalizzazione e cullato dal protezionismo di Stato. Si tratta di una preoccupazione che attraversa oggi tutti i rami del diritto dell'economia (basti pensare alla rivoluzione nel diritto concorsuale: dalle amministrazioni straordinarie generali e speciali ai concordati con classi, alle novità nelle altre vie di soluzione concordata, nella disciplina delle revocatorie e dei contratti pendenti). Vero questo, si può allora pensare che il legislatore abbia ritenuto meritevole di tutela la continuità aziendale soltanto nelle ipotesi espresse (e in quelle implicite) volutamente tralasciandone altre astrattamente immaginabili ma non ammesse in una logica, consustanziale al diritto, di contemperamento dei diversi interessi in gioco. Altri impedimenti alla trasf. eterogenea possono derivare da situazioni specifiche oltre che da quelle generali già ostative a determinare trasf. omogenee (esistenza di prestito obbligaz. e trasf. in soc. o ente non legittimato ad emetterlo), ad es. la mancanza della qualità di imprenditore nei soci della soc. che voglia trasf. in consorzio: amplius Franch, 294 ss.

1.2.2. In secondo luogo – e anche ammettendo l'analogia legis (nei limiti sopra evidenziati) e, quindi, ammettendo i casi sub 1.1(3) e (4), la trasformabilità di una società in house, se concepita come una *società di capitali* tout court, rientrerebbe in quello sub a.1(4) (da società di capitale in “entità simile” ad una entità dell'insieme (B)) o in uno dei casi sub a.1(3) (da “entità simile” a una società di capitali [perché una *società organo non è del tutto rientrante nel tipo società di capitali civilistica*] in “entità” supposta “simile” a una entità dell'insieme (B)).

Ma è qui che l'analogia non sussiste più ed è qui che si manifesta la fallacia del ragionamento sub 1.1.2. e 1.1.3..

L'analogia, cioè, non va ricercata nell'ambito del diritto pubblico (somiglianza tra società in house e azienda speciale alla luce degli artt. 112 e segg. TUEL) il quale nulla dice sul punto, bensì nell'ambito del diritto societario, pur concepito –e al limite– come diritto comune (come, pure, ipotizza il GALGANO). E nell'ambito del diritto societario l'insieme (B) presenta un elenco di entità “private” che in nulla hanno a che vedere con l'azienda speciale di cui all'art. 114 TUEL, azienda che è un ente pubblico¹⁶. Basta pensare che la società in house è soggetta alla contabilità e al bilancio civilistici, mentre l'azienda speciale è soggetta alla contabilità e bilancio pubblicistici, che la società in house è pur sempre una società di capitali, mentre l'azienda speciale ha natura di ente pubblico economico (Cass. SS.UU. 7639/1998), per rendersi conto di ciò. (Né l'analogia può essere dedotta dalla specifica normativa giuslavoristica di cui agli artt. 2093 cc e 409, n. 4 cpc).

Non solo: come fatto rilevare da diversi Autori, e a proposito, in questo caso, della gestione del *servizio idrico integrato*, l'art. 150 del TU sull'ambiente non ammette la gestione del “SII” tramite aziende speciali (v.si A. PIOGGIA, op. cit., pag. 95-100, nonché la LR Puglia, 20-6-2011, n. 11 [che, all'art. 5, aveva costituito l'”Acquedotto pugliese [AQP]”, poi dichiarata incostituzionale con sent. n. 62 del 21-3-2012).

Basterebbe quanto detto in questo punto per risolvere il problema della certa non trasformabilità della società in house che gestisca un “SII” (e di qualunque società in house) in un'azienda speciale ex art. 114 TUEL.

1.2.3. Ma vi è di più: se la preoccupazione prima del legislatore è la *continuità aziendale*, ben possono addursi altri argomenti a favore della tesi della non possibilità

¹⁶ *Emerge, pertanto, una prima problematica per la gestione del servizio idrico integrato a mezzo di azienda speciale: anche se si prescinde dalla tesi della tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici, quando si vuole dare vita (partecipandovi o costituendola) ad una figura soggettiva che appartiene al diritto pubblico (e che dunque non trova fondamento nell'ordinamento civile e nell'autonomia contrattuale) non si può ignorare che una siffatta figura non è utilizzabile al di fuori dei presupposti e per compiti differenti da quelli che la legge amministrativa per essa indica e questo per i principi di garanzia che reggono l'organizzazione e l'attività amministrativa” (CAIA, cit. 3). E poi: “Si deve infatti ricordare che nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge (e cioè sulla base di una legge che disciplini tale evento). Nel passaggio dalla forma di ente privato a quella di ente pubblico, attuata con atti di trasformazione, vi è come, del resto, nel caso ad esso opposto il rinvenire diretto di un soggetto giuridico con differente natura, attraverso un semplice mutamento formale e statutario, in una situazione di continuità e non già con la sostituzione di un soggetto ad un altro, attraverso la creazione di un nuovo soggetto che, nei fatti, prende il posto del precedente. Questa è la ragione per la quale sono necessarie previsioni di legge che permettano il fenomeno. Ciò è, ad esempio, dimostrato dall'art. 115 del t.u.e.l., senza il quale non si sarebbe potuto procedere alle trasformazioni che ora si vogliono attuare all'inverso” (CAIA, cit. 5).*

della trasformazione della società in house che gestisca un “servizio idrico integrato” in un’azienda speciale a sensi dell’art. 114 del TU 267/2000.

In primo luogo ben può dirsi che la trasformazione, nel caso di specie, avverrebbe per “motivi ideologici”¹⁷: il *referendum* si è limitato, infatti, ad abrogare l’art. 154/1 del TU 3-4-2006, n. 152 e successive modifiche e integrazioni, per la parte in cui stabiliva che la tariffa del “servizio idrico integrato” era determinata tenendo anche conto <<dell’adeguatezza del capitale investito>>.

Quindi una siffatta trasformazione, al limite e a tutto voler concedere, si giustificerebbe se e solo se la “mancata remunerazione del capitale investito” determinasse l’*impossibilità del raggiungimento dell’oggetto sociale* a sensi dell’art. 2484, n. 2) cc.

Ma se ciò è un *presupposto* che non si verifica, non si può trasformare per mantenere una continuità aziendale che già esiste. Non solo: se si verifica una causa di scioglimento di una società di capitali, anche se *in house*, la conseguenza è la sua *liquidazione* e la sua *estinzione* come ente e non la sua trasformazione.

Non vedo, infatti, come il *referendum* possa, oggi, implicare la <<remunerazione del capitale investito>> tramite la fiscalità generale.

E ciò non vedo, soprattutto tenendo conto –e vengo al secondo argomento di carattere specifico- che il referendum non ha abrogato i servizi già “affidati”, visto che l’abrogazione referendaria (l. 357/70) non ha efficacia retroattiva.

Non solo la sentenza della Corte Cost. 199/2012 ha sì annullato l’art. 4 del d.l. 138/2011 (e, con esso, il comma 34 che escludeva l’applicazione del nuovo testo normativo al “sii”), ma nel far ciò ha ovviamente salvato la normativa non toccata dal referendum¹⁸.

1.2.3.1. Si viene, ora, ai motivi ideologici di cui al “caso Napoli”.

Nel preambolo allo *statuto* della ARIN si richiamano principi costituzionali (tra i quali l’art. 43 Cost.) e principi comunitari.

In ordine all’art. 43 Cost. è noto ed ammesso in tutti i manuali di diritto costituzionale che la normativa dell’art. 43 Cost. non è immediatamente precettiva: è attuabile solo attraverso la legislazione ordinaria che rispetti i vincoli della normativa costituzionale (c.d. “riserva rinforzata”): v.si, per tutti: M. GIAMPIERETTI, in “Commentario breve alla Costituzione”, a cura di V. CRISAFULLI e R. BIN, Cedam, 2008, 447 e segg.

In ordine al diritto comunitario, con la decisione n. 26 del 26-1-2011, la Corte costituzionale, nell’ammettere al referendum il *secondo quesito* (relativo all’art. 154/1 del TU sull’ambiente) ha poi asserito quanto segue:

¹⁷ E’, all’evidenza, il caso di Napoli (se ne parlerà oltre).

¹⁸ V.nsi articoli citati in nota 8.

“5.2. Il quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio, presenta, d’altro canto, i necessari caratteri della chiarezza, coerenza ed omogeneità. Infatti, attraverso l’abrogazione parziale del comma 1 dell’art. 154, e, in particolare, mediante l’eliminazione del riferimento al criterio della <<adeguatezza della remunerazione del capitale investito>>, si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell’acqua.

Dunque il quesito incorpora l’evidenza del fine intrinseco all’atto abrogativo, cioè la puntuale ratio che lo ispira (sentenza n. 29 del 1987), in quanto dall’inciso proposto per l’abrogazione è dato trarre con evidenza <<una matrice razionalmente unitaria>> (sentenze n. 25 del 1981 e n. 16 del 1978).

Non si può condividere, al riguardo, l’ulteriore rilievo circa la presunta idoneità del quesito a perseguire il fine di eliminare la remunerazione del capitale investito, non potendosi non tenere conto anche di quest’ultimo nella determinazione della tariffa di un servizio qualificato di rilevanza economica.

Invero, il quesito in questione risulta idoneo al fine perseguito, perché, come sopra si è notato, coesistente alla nozione di “rilevanza” economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza n. 325 del 2010), non già la remunerazione del capitale.

5.3. E’ poi da escludere che il referendum in esame abbia carattere surrettiziamente propositivo.

Il quesito referendario è, infatti, diretto ad abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, senza sostituirla con una estranea allo stesso contesto normativo: si tratta di una abrogazione parziale, e non della costruzione di una nuova norma mediante la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, che caratterizzerebbe un inammissibile quesito propositivo (sentenze n. 34 del 2000 e n. 36 del 1997).

5.4. Infine, la normativa residua, immediatamente applicabile (sentenza n. 32 del 1993), data proprio dall’art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, non presenta elementi di contraddittorietà, persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare <<la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio “chi inquina paga”>>”.

Quindi che il “SII” sia un servizio di rilevanza economica che debba trovare <<la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio>> è indubbio. Né il referendum, con il suo esito, ha avuto per scopo di sostituire la normativa dell’art. 150 del TU sull’ambiente (che prevedeva e prevede la duplice forma di affidamento: [1] attraverso la gara, come regola; [2] attraverso l’affidamento a società in house, come eccezione)¹⁹.

¹⁹ Nulla poi cambia, per quanto è oggetto del presente parere, se si pensa che la gestione tramite società in house (comune in tutta Europa, eccezione fatta per il Regno Unito) non rappresenti un’eccezione bensì un metodo alternativo di gestione del “SII” (in tal senso, v.si PIOGGIA, cit.).

Ma torniamo ora ai principi comunitari post referendum.

Se si considera che (a) l'abrogazione del testo normativo A non fa rivivere il testo normativo B già abrogato da A; (b) l'art. 113 del TU 267/2000, già "sostituito" dall'art. 35 della legge 448/2009 (a propria volta modificato dall'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella l. 326/2003) e, per i commi abrogati dall'art. 12/1 del dpr 168/2010 (a sua volta abrogato), deve intendersi abrogato; (c) probabilmente l'art. 113, comma 4), lett. b), del TU 267/2000, per effetto del richiamo al comma 7 (già abrogato dal dpr 7-9-2010, n. 168), deve intendersi abrogato, deve concludersi che il referendum, ha condotto, probabilmente, ad un (relativo?) "vuoto" della normativa italiana in ordine alla materia dei "*servizi pubblici locali di rilevanza economica*" e in materia di *tariffa* per il servizio idrico integrato²⁰.

Fanno eccezione: (a) per le parti non abrogate, il d.lg. 152/2006 relativamente alle prescrizioni sui *servizi ambientali*, incluse quelle sui *rifiuti*, (secondo le modifiche apportate dal d.lg. 3-12-2010, n. 205 [Disposizioni di attuazione della Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19-11-2008 relativa ai *rifiuti* e che abroga alcune direttive]) e sugli altri servizi disciplinati da tale testo normativo; (b) il DL 13-5-2011, n. 70, convertito nella l. 12-7-2011, n. 106 (art. 10, commi 11-28); (c) il d.lg. 19-11-1997, n. 422, relativo ai *trasporti pubblici locali* (e per le parti non abrogate dall'art. 23-bis), nonché l'art. 61 della l. 99/2009 (cancellazione dell'obbligo di effettuare gare nel *trasporto passeggeri* e, quindi, ripristino della possibilità di affidamenti diretti; disciplina poi modificata con l'art. 4-bis della l. 102/99 e con l'obbligo di effettuare gare per un minimo del 10%); (d) la legge antitrust (l. 287/90, artt. 8 e 9).

Rimarrebbe, ovviamente, in piedi la normativa comunitaria costituita: (a) dagli artt. 16, 86/2, 174 e 295 del Trattato CE; (b) dalle direttive sui *rifiuti*; (c) dalla direttiva n. 60 del 23-10-2000 (sull'acqua) e (d) dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23-10-2007 relativo ai *servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e n. 1170/70 (in ambito locale ed esclusi quelli regionali)*.

E ciò sempre che i servizi già oggetto dell'art. 23 bis, incluso il "servizio idrico, integrato", siano qualificabili come "*servizi pubblici a rilevanza economica*". (Il che è confermato vuoi dalla citata sent. della Corte Cost. 26/2011, vuoi dalla normativa comunitaria).

Conclusione, questa, che va, comunque, riesaminata alla luce:

(a) dei punti 35, 47 e 48 della Risoluzione del Parlamento europeo sul "*Libro verde*" sui *servizi di interesse generale* (COM (2003) 270-2003/L 152 (INI) del 14-1-2004 per i quali:

²⁰ "Vuoto" normativo, oggi e timidamente, riempito dall'art. 34/20-23, del d.l. 179/2012, convertito nella l. 221/2012.

* art. 35:

Il Parlamento:

auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di “autoprodurre” in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l’operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato; chiede, conformemente alla sua posizione sulle direttive concernenti i contratti di servizio pubblico, che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d’appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi e qualora svolgano le loro principali attività mediante tale mezzo.

47. Respinge l’idea che i servizi relativi alla fornitura d’acqua e alla gestione dei rifiuti formino l’oggetto di direttive del mercato unico; ritiene che la fornitura d’acqua (compreso lo smaltimento delle acque reflue) non dovrebbe essere oggetto di liberalizzazione, in considerazione delle peculiarità regionali del settore e della responsabilità a livello locale per l’approvvigionamento di acqua potabile, oltre a varie altre condizioni relative all’acqua potabile; chiede tuttavia, senza giungere alla liberalizzazione, una “modernizzazione” della fornitura di acqua mediante l’applicazione di principi economici, tenendo conto delle norme in materia di qualità e ambiente e dei requisiti di efficienza;

48. esprime l’opinione che i settori dell’acqua e dei rifiuti non devono essere disciplinati da direttive settoriali comunitarie, ma sottolinea che l’Unione deve continuare a essere pienamente responsabile degli standard qualitativi e di protezione ambientale in tali settori.

(b) dei “considerando” 1), 15), 29), 38), degli artt. 5 e 9 e dell’Allegato III della *Direttiva 60/2000/CE (sull’acqua)* con i quali, rispettivamente, si afferma:

* considerando:

1) L’acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale.

15) La fornitura idrica è un servizio d’interesse generale, come indicato nella comunicazione della Commissione “I servizi di interesse generale in Europa”.

29) Gli Stati membri, nel prefiggersi di conseguire gli obiettivi indicati nella presente direttiva e nel definire un programma delle misure da adottare a tal fine, possono attuare gradualmente il programma di misure al fine di ripartire i costi dell’attuazione.

* artt. 5 e 9:

Art.5

Caratteristiche del distretto idrografico, esame dell’impatto ambientale delle attività umane e analisi economica dell’utilizzo idrico

1. Gli Stati membri provvedono affinché, per ciascun distretto idrografico, o parte di distretto idrografico internazionale compreso nel loro territorio, siano effettuati, secondo le specifiche tecniche che figurano negli allegati II e III, e completati entro quattro anni dall'entrata in vigore della presente direttiva:

- un'analisi delle caratteristiche del distretto,
- un esame dell'impatto delle attività umane sullo stato delle acque superficiali e sulle acque sotterranee, e
- un'analisi economica dell'utilizzo idrico.

2. Le analisi e gli esami di cui al paragrafo 1 sono riesaminati ed eventualmente aggiornati entro tredici anni dall'entrata in vigore della presente direttiva e, successivamente, ogni sei anni.

Art.9

Recupero dei costi relativi ai servizi idrici

1. Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio "chi inquina paga".

Gli Stati membri provvedono entro il 2010:

- a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali della presente direttiva,

- a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua, suddivisi almeno in industria, famiglie e agricoltura, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III e tenendo conto del principio "chi inquina paga".

Al riguardo, gli Stati membri possono tener conto delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche del recupero, nonché delle condizioni geografiche e climatiche della regione o delle regioni in questione.

2. Nei piani di gestione dei bacini idrografici, gli Stati membri riferiscono circa i passi previsti per attuare il paragrafo 1 che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi ambientali della presente direttiva, nonché circa il contributo dei vari settori di impiego dell'acqua al recupero dei costi dei servizi idrici.

3. Il presente articolo non osta al finanziamento di particolari misure di prevenzione o di risanamento volte al conseguimento degli obiettivi della presente direttiva.

4. Gli Stati membri non violano la presente direttiva qualora decidano, secondo prassi consolidate, di non applicare le disposizioni di cui al paragrafo 1, secondo periodo, e le pertinenti disposizioni del paragrafo 2 per una determinata attività di impiego delle acque, ove ciò non comprometta i fini ed il raggiungimento degli obiettivi

della presente direttiva. Gli Stati membri riferiscono sui motivi della applicazione incompleta del paragrafo 1, secondo periodo, nei piani di gestione dei bacini idrografici.

Allegato III (Analisi economica):

L'analisi economica riporta informazioni sufficienti e adeguatamente dettagliate (tenuto conto dei costi connessi alla raccolta dei dati pertinenti) al fine di:

a) effettuare i pertinenti calcoli necessari per prendere in considerazione il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, di cui all'articolo 9, tenuto conto delle previsioni a lungo termine riguardo all'offerta e alla domanda di acqua nel distretto idrografico in questione e, se necessario:

- stime del volume, dei prezzi e dei costi connessi ai servizi idrici;
- stime dell'investimento corrispondente, con le relative previsioni;

b) formarsi un'opinione circa la combinazione delle misure più redditizie, relativamente agli utilizzi idrici, da includere nel programma di misure di cui all'articolo 11 in base ad una stima dei potenziali costi di dette misure.

(c) della “*Comunicazione della Commissione: I servizi di interesse generale in Europa (2001/C 17/07)*” per la quale, alla luce degli artt. 16, 86/2, 174 e 295 del Trattato CE, i *servizi di interesse generale*, inclusi quelli *economici* (e che sono “servizi universali”), sono da definirsi da parte degli Stati membri (premessa e par. 22), tenendo conto dei principi di cui ai paragrafi di seguito trascritti:

par. 19:

19. Il rispetto delle disposizioni del trattato CE e in particolare di quelle in materia di concorrenza e di mercato interno è perfettamente compatibile con la prestazione di servizi d'interesse generale. L'articolo 86 del trattato, in particolare il paragrafo 2, è la disposizione centrale che concilia gli obiettivi comunitari, da un lato, compresi quelli della concorrenza e delle libertà del mercato interno, con l'effettivo adempimento della missione d'interesse economico generale affidata dalle autorità pubbliche, dall'altro.

L'articolo recita:

«1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.»;

par. 20-28:

20. Per comprendere come queste disposizioni influiscano sulle misure adottate dalle autorità pubbliche per garantire che alcuni servizi siano offerti al pubblico, è utile ricordare tre principi che sono alla base dell'applicazione dell'articolo 86: la neutralità, la libertà di definizione e la proporzionalità.

21. La neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata, delle imprese è garantita dall'articolo 295 del trattato CE.

DA UN LATO, LA COMMISSIONE NON ENTRA NEL MERITO DELLA QUESTIONE SE LE IMPRESE RESPONSABILI DELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI D'INTERESSE GENERALE DEBBANO AVERE NATURA PUBBLICA O PRIVATA. NON È PERTANTO NECESSARIO PRIVATIZZARE LE IMPRESE PUBBLICHE. D'ALTRA PARTE, LE NORME DEL TRATTATO, E IN PARTICOLARE QUELLE IN MATERIA DI CONCORRENZA E DI MERCATO INTERNO, SI APPLICANO INDIPENDENTEMENTE DAL REGIME DI PROPRIETÀ (PUBBLICA O PRIVATA) DI UN'IMPRESA.

22. La libertà di definizione significa che spetta fondamentalmente agli Stati membri definire che cosa considerino «servizi d'interesse economico generale», in funzione delle specifiche caratteristiche delle attività. Tale definizione può essere soggetta a controllo soltanto in caso di errore manifesto.

Gli Stati membri possono riconoscere alle imprese incaricate della prestazione di questi servizi i diritti speciali o esclusivi necessari, regolamentare le loro attività e, se necessario, sovvenzionarle. Nei settori non specificamente disciplinati da una normativa comunitaria, gli Stati membri godono di un ampio margine di manovra per l'elaborazione delle politiche nazionali, che possono essere soggette a controllo soltanto in caso di errore manifesto. LA COMPETENZA DI DECIDERE QUALE SERVIZIO DEBBA ESSERE CONSIDERATO SERVIZIO D'INTERESSE GENERALE E COME DEBBA ESSERE GESTITO PERTIENE IN PRIMO LUOGO AL LIVELLO LOCALE. Il ruolo della Commissione è di garantire che gli strumenti utilizzati siano compatibili con il diritto comunitario. Tuttavia, in ogni caso, affinché sia applicabile la deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, la missione di servizio pubblico deve essere chiaramente definita e essere affidata esplicitamente con atto pubblico (compresi i contratti). Tale obbligo è necessario per garantire la certezza giuridica e la trasparenza nei confronti dei cittadini ed è indispensabile perché la Commissione possa verificare il rispetto del criterio di proporzionalità.

23. La proporzionalità con riferimento all'articolo 86, paragrafo 2, implica che i mezzi utilizzati per la missione d'interesse generale non devono dare origine a distorsioni non indispensabili degli scambi. In particolare, occorre garantire che

qualsiasi restrizione alle norme del trattato CE, e in particolare le restrizioni alla concorrenza e alle libertà del mercato interno, non eccedano quanto strettamente necessario per garantire il buon adempimento della missione. LA PRESTAZIONE DEL SERVIZIO D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE DEVE ESSERE GARANTITA E LE IMPRESE ALLE QUALI TALE COMPITO È AFFIDATO DEVONO ESSERE IN GRADO DI SOSTENERE GLI ONERI SPECIFICI E I COSTI NETTI SUPPLEMENTARI CHE NE DERIVANO.

La Commissione esercita tale controllo sulla proporzionalità, che è sottoposto a revisione giurisdizionale della Corte di giustizia, in modo ragionevole e realistico, come dimostrato da come utilizza le competenze decisionali che le sono conferite dall'articolo 86, paragrafo 3.

24. I principi enunciati all'articolo 86 garantiscono un equilibrio flessibile e adattabile al contesto che tiene conto delle diverse situazioni e obiettivi degli Stati membri nonché dei vincoli di natura tecnica, che possono variare da un settore all'altro.

25. L'esperienza acquisita ha evidenziato una tipologia sufficientemente ampia di strumenti atti a conciliare l'interesse generale e il rispetto delle norme di concorrenza e del mercato interno. Come già detto, gli Stati membri possono scegliere tra diverse opzioni per garantire la prestazione dei servizi d'interesse generale, che vanno da un'apertura alla concorrenza del mercato, all'imposizione di obblighi di servizio pubblico, fino alla concessione di diritti speciali o esclusivi a un solo operatore, o ad un numero limitato di operatori, con o senza meccanismi di finanziamento.

26. PER QUANTO RIGUARDA LA SPECIFICA QUESTIONE DEL FINANZIAMENTO, IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO HA RECENTEMENTE STABILITO CHE LA RETRIBUZIONE ACCORDATA DALLO STATO AD UN'IMPRESA PER LA REALIZZAZIONE DEI COMPITI D'INTERESSE GENERALE COSTITUISCE UN AIUTO DI STATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 87, PARAGRAFO 1, DEL TRATTATO CE. ANCHE SE NON BENEFICIA DI UNA DELLE DEROGHE PREVISTE ALL'ARTICOLO 73 O ALL'ARTICOLO 87, L'AIUTO PUÒ COMUNQUE ESSERE COMPATIBILE CON IL TRATTATO CE AI SENSI DELL'ARTICOLO 86, PARAGRAFO 2: CIÒ AVVIENE AD ESEMPIO QUANDO SONO SODDISFATTE TUTTE LE CONDIZIONI PREVISTE DA QUESTA DISPOSIZIONE E, SOPRATTUTTO, LA RETRIBUZIONE NON SUPERA I COSTI NETTI SUPPLEMENTARI DERIVANTI DAL COMPITO ASSEGNATO ALL'IMPRESA INTERESSATA. LA COMMISSIONE RITIENE CHE QUANDO LA RETRIBUZIONE È FISSATA PER UN PERIODO ADEGUATO A SEGUITO DI UNA PROCEDURA APERTA, TRASPARENTE E NON DISCRIMINATORIA, L'AIUTO PUÒ ESSERE CONSIDERATO COMPATIBILE CON LE NORME DEL TRATTATO RELATIVE AGLI AIUTI DI STATO.

27. Ancora prima di definire il tenore della deroga alle norme in materia di concorrenza e del mercato interno, contemplata all'articolo 86, occorre verificare se dette norme comunitarie siano applicabili o meno. A tal fine, occorre tenere conto di tre fattori: la distinzione tra attività economiche e non economiche, le ripercussioni sugli scambi tra Stati membri e la politica della Comunità relativa ai casi di importanza minore.

28. Le condizioni enunciate all'articolo 86 si riferiscono ai servizi d'interesse economico generale. Le norme relative al mercato interno e alla concorrenza non si applicano generalmente alle attività non economiche e non si applicano pertanto neppure ai servizi d'interesse generale nella misura in cui essi siano attività non economiche. Ciò significa in primo luogo che le questioni che costituiscono una prerogativa intrinseca dello Stato (ad esempio la sicurezza interna e esterna, l'amministrazione della giustizia, le relazioni estere e gli altri settori d'esercizio del potere pubblico) sono escluse dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza e di mercato interno. In questi casi, l'articolo 86 e le condizioni ivi previste non trovano applicazione. Ad esempio, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha statuito che un organismo che controlla e sorveglia lo spazio aereo e che riscuote i compensi dovuti per l'utilizzo del suo sistema di navigazione aerea, o anche un ente di diritto privato che esercita una sorveglianza antinquinamento in un porto marittimo, esercitano poteri che sono tipici dei poteri pubblici e che non presentano carattere economico.

29. In secondo luogo, anche servizi quali l'istruzione nazionale e i regimi di base di previdenza sociale obbligatori sono esclusi dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza e di mercato interno. Per quanto riguarda il primo, la Corte di giustizia ha ritenuto che lo Stato, istituendo e mantenendo l'istruzione, non intende svolgere attività lucrative, bensì assolvere i propri compiti in campo sociale, culturale ed educativo in favore dei propri cittadini.

Quanto al secondo, la Corte di giustizia ha statuito che gli enti incaricati della gestione dei regimi di previdenza sociale imposti dallo Stato, quale l'assicurazione malattia obbligatoria, che sono basati sul principio di solidarietà, privi di ogni scopo di lucro e le cui prestazioni non sono proporzionali all'importo dei contributi obbligatori, svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale e non esercitano un'attività economica;

contenendo, poi, all'Allegato II, le seguenti definizioni:

Servizi d'interesse generale. Con questi termini si intendono i servizi, forniti dietro retribuzione o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio.

Servizi d'interesse economico generale menzionati dal trattato all'articolo 86, designano servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni d'interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio

pubblico. Tale concetto si applica in generale ai servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione.

Servizio pubblico.

L'espressione «servizio pubblico» ha un duplice senso: da un lato, designa l'ente che produce il servizio e, dall'altro, si riferisce alla missione d'interesse generale affidata a quest'ultimo. Allo scopo di favorire o permettere l'assolvimento della missione d'interesse generale, specifici obblighi di servizio pubblico possono essere imposti dalle pubbliche autorità all'ente produttore del servizio, ad esempio in fatto di trasporti terrestri, aerei, ferroviari o in materia di energia; tali obblighi possono essere stabiliti sia a livello nazionale che regionale. Si noti che spesso si confonde il termine di servizio pubblico, inteso come missione volta a fornire un servizio al pubblico, con il termine settore pubblico (ivi compresa l'amministrazione pubblica), che si riferisce allo status giuridico di chi presta il servizio sotto il profilo della proprietà.

Servizio universale.

Il concetto di servizio universale, soprattutto nella definizione di obblighi specifici di servizio universale, accompagna in modo fondamentale la liberalizzazione del mercato nei settori dei servizi, quali le telecomunicazioni nell'Unione europea. La definizione e la garanzia del servizio universale assicurano che nel corso della fase di transizione dal monopolio alla situazione di mercato aperto alla concorrenza siano mantenute per tutti gli utilizzatori e tutti i consumatori l'accessibilità e la qualità dei servizi esistenti. Il servizio universale, in un contesto di mercati delle telecomunicazioni aperti e competitivi, viene definito come l'insieme minimo di servizi di qualità specificata il cui accesso è garantito a tutti gli utilizzatori e consumatori, conformemente alle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo accessibile;

(d) della “*Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee*” del 20-11-2007 per la quale:

2.1. La portata dell'azione UE

Conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, l'UE interviene nei limiti delle competenze conferitele dal trattato e nella misura necessaria. La sua azione rispetta la diversità delle situazioni negli Stati membri e i ruoli delle autorità nazionali, regionali e locali nel garantire il benessere dei cittadini e promuovere la coesione sociale, garantendo allo stesso tempo scelte democratiche riguardo, tra l'altro, al livello della qualità del servizio.

Il Protocollo introduce per la prima volta il concetto di servizi d'interesse generale nel diritto UE primario mentre il trattato CE vigente fa riferimento esclusivamente ai servizi di interesse *economico* generale. Allo stato, dal punto di vista della disciplina UE, si possono distinguere a fini illustrativi due insiemi di servizi di interesse generale:

• *i servizi d'interesse economico generale*: la fornitura e l'organizzazione di tali servizi sono soggette alle norme del trattato CE in materia di mercato interno e concorrenza poiché l'attività è di carattere economico. Nel caso delle grandi imprese di rete aventi una chiara dimensione europea, quali le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas, i trasporti e i servizi postali, i servizi sono disciplinati da un quadro normativo UE specifico. Analogamente, taluni aspetti del servizio pubblico di radiodiffusione sono oggetto di norme UE specifiche, quali la direttiva "televisione senza frontiere". **ALTRI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE, AD ESEMPIO QUELLI NEL SETTORE DELLA GESTIONE DEI RIFIUTI, DELL'APPROVVIGIONAMENTO IDRICO O DEL TRATTAMENTO DELLE ACQUE REFLUE, NON SONO OGGETTO DI REGOLAMENTAZIONE AUTONOMA A LIVELLO UE.** Tuttavia, a taluni aspetti del servizio si applicano norme comunitarie specifiche quali quelle in materia di appalti pubblici o di protezione dell'ambiente e dei consumatori. Inoltre, una serie di servizi d'interesse economico generale è assoggettata anche al quadro regolamentare istituito dalla direttiva sui servizi;

• *i servizi non economici*: tali servizi, ad esempio quelli rientranti nelle prerogative statali tradizionali quali la polizia, la giustizia e i regimi legali di sicurezza sociale non sono oggetto di normativa UE specifica, né assoggettati alle norme del trattato in materia mercato interno e concorrenza. Alcuni aspetti dell'organizzazione di tali servizi possono

essere assoggettati ad altre disposizioni del trattato, ad esempio il principio di non discriminazione. La questione di come distinguere tra servizi economici e non economici viene sollevata spesso. A tale interrogativo non può essere data una risposta a priori; è infatti necessaria un'analisi caso per caso, poiché si tratta spesso di realtà specifiche che variano considerevolmente da uno Stato membro all'altro, e addirittura da un'autorità locale all'altra; le modalità di fornitura sono in costante evoluzione in risposta all'evolversi della situazione economica, sociale e istituzionale, ad esempio variazioni delle esigenze dei consumatori, novità tecnologiche, ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e il trasferimento delle competenze al livello locale.

Nell'ambito del diritto della concorrenza, secondo la Corte di giustizia non è il settore o lo status di un soggetto che svolge un servizio (ad esempio il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, associazione di imprese o parte dell'amministrazione statale), né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche o non economiche, bensì la natura dell'attività stessa. Per distinguere, la Corte fa riferimento ad una serie di criteri relativi alle condizioni di funzionamento del servizio all'esame, quali l'esistenza di un mercato, prerogative statali od obblighi di solidarietà. In pratica, ciò significa che un singolo soggetto può benissimo essere impegnato tanto in attività economiche quanto in attività non economiche e quindi essere assoggettato alle regole di concorrenza per parte delle sue

attività ma non per altre. Ad esempio, la Corte ha statuito che un determinato soggetto può essere impegnato da un lato in attività amministrative che non sono economiche, quali compiti di polizia, e dall'altro in attività puramente commerciali. Un soggetto può inoltre essere impegnato in attività non economiche ove si comporti come un ente di beneficenza e allo stesso tempo competere con altri operatori per un'altra parte della sua attività effettuando operazioni finanziarie o immobiliari, anche non a scopo di lucro. Secondo tale impostazione funzionale, ogni attività deve quindi essere analizzata separatamente.

AFFINCHÉ UN DETERMINATO SERVIZIO SI CONFIGURI COME ATTIVITÀ ECONOMICA AI SENSI DELLE REGOLE DEL MERCATO INTERNO (LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI E LIBERTÀ DI STABILIMENTO), DEVE POSSEDERE LA CARATTERISTICA ESSENZIALE DI ESSERE FORNITO DIETRO RETRIBUZIONE. TUTTAVIA, NON OCCORRE

NECESSARIAMENTE CHE IL SERVIZIO SIA PAGATO DAI BENEFICIARI. Il carattere economico di un servizio non dipende dallo status giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro) né dalla natura del servizio, bensì dalle effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività. In pratica, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, che ai sensi dell'articolo 45 del trattato CE sono escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, ne consegue che la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata "attività economica" ai sensi delle norme del trattato CE in materia di mercato interno (articoli 43 e 49).

In questo contesto, negli ultimi anni la situazione dei servizi sociali è stata oggetto di dibattito.

I servizi sociali possono avere carattere economico o non economico in funzione dell'attività in questione. Benché non esista una definizione, la comunicazione del 2006 ha individuato grossomodo due categorie di servizi sociali: innanzitutto, i regimi legali e complementari di sicurezza sociale, organizzati un vario modo (organizzazione mutualistica o professionale), che comprendono i principali rischi della vita, quali quelli connessi alla salute, all'invecchiamento, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, alla pensione e all'invalidità; in secondo luogo, altri servizi prestati direttamente alla persona quali i servizi di assistenza sociale, i servizi per l'occupazione e la formazione, l'edilizia popolare e le cure a lungo termine. Si tratta tipicamente di servizi organizzati a livello locale e fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico.

E', quindi, ovvio che la normativa comunitaria –che lascia agli Stati membri l'incarico di distinguere i servizi pubblici *a rilevanza economica* da quelli *non economici, così come li lascia liberi di gestire tali servizi attraverso strutture pubbliche o private*- comunque sembra inquadrare il *servizio idrico* tra quelli dell'art. 86/2 del

Trattato o, comunque, tra quelli per i quali *i costi* vanno coperti o dal capitale privato (in caso di affidamento tramite gara) o dalla fiscalità generale (non vietata).

Ma se –ed è questo il punto- l’art. 150 del TU sull’ambiente non è stato abrogato dal referendum, la normativa abrogata vale solo “per il futuro”, nel caso di specie il mezzo organizzatorio del servizio è già un “mezzo pubblico” e cioè una *società-organo* quale è la società in house, non vedesi come il diritto comunitario possa imporre o anche suggerire una trasformazione di una struttura formalmente privata, ma pubblica, nella sostanza, in un’azienda speciale ex art. 114 TUEL.

In conclusione, il richiamo ai principi comunitari non dice nulla di particolare.

Ma attenzione: nel caso di specie il *referendum* non ha inciso sul regime precedente e, quindi, se una trasformazione di una società in house non è ammessa, ogni richiamo all’art. 43 Cost. e ai principi comunitari è fuorviante. Non solo: una tale trasformazione, quand’anche teoricamente ammessa (il che non è, a mio parere), andrebbe motivata alla luce dell’interesse pubblico: e ciò senza considerare i problemi che solleverebbe l’eventuale trapasso all’azienda speciale di mutui accesi dalla trasformanda società in huose.

2. Si affronta, ora, il secondo argomento, con ciò rispondendo anche al quesito sub b) di cui in premessa sub 0..

Non sarebbe, infatti, concepibile una *trasformazione eterogenea* che comporti il rischio della presunzione di realizzo di cui all’art. 171 del TUIR (dpr 917/1986).

Si ritiene, però, che tale rischio non sussista.

L’articolo citato (intitolato: “*Trasformazione eterogenea*”) tratta delle trasformazioni di cui all’art. 2500-septies cc e di quelle di cui all’art. 2500-octies cc.

Per le prime configura una presunzione di realizzo se si passa da una società soggetta all’imposta di cui al Titolo II del TUIR (Imposta sul reddito delle società: artt. 72 e segg.) a un ente non commerciale. Può, allora, dirsi che l’azienda speciale di cui all’art. 114 del TUEL è un “ente non commerciale”?

A parere di chi scrive l’azienda speciale è quasi sicuramente un “ente pubblico economico” (Cass. SS.UU. 7639/1998; Cons. St., V, 48520/2000; 4586/2001; 641/2012).

A fronte di tali pronunce dal significato non ambiguo, diventa difficile che l’Agenzia delle Entrate, nella risposta al “quesito giuridico” di cui all’art. 11 della l. 212/2000 (quesito, ovviamente, da consigliare in maniera assoluta), venga a dire che l’azienda speciale è un “ente non commerciale”.

3. Si conclude con il dire che la trasformazione di una società in house in un’azienda speciale ex art. 114 del TU 267/2000 non è ammessa perché non sussiste analogia tra detta *società-organo* e uno degli enti (insieme (B)) di cui agli artt. 2500-septies e octies cc, tutti di natura privatistica e comunque non “simili” ad un’azienda

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

LA TRASFORMABILITÀ DELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

speciale. E poi perché, a proposito del “SII”, l’art. 150 del TU sull’ambiente non menziona l’azienda speciale come modulo organizzatorio di gestione del “SII”.

Infine perché detta trasformazione (da ente sostanzialmente pubblico a ente pubblico) è sostanzialmente inutile.

Né sussistono, poi, motivi di diritto costituzionale (artt. 41-43) o di diritto comunitario per dire che vi sia analogia, sul piano interno e di diritto societario, tra una società organo di un ente locale (quale è la società *in house*) e una delle entità elencate negli artt. 2500 septies e octies.

In definitiva, quindi, si concorda vuoi con la deliberazione n. 91 del 9-8-2012 della Corte dei Conti, sez. Liguria (che nega tale trasformabilità), vuoi con il prof. G. CAIA (op. cit., in nota 8), per il quale (e a proposito del “SII”): *“La volontà di gestire il servizio idrico integrato a mezzo di aziende speciali non può essere attuata sulla base della vigente legislazione. In particolare, in mancanza di norme di legge che lo consentano, una società di capitali seppure a partecipazione pubblica non può essere trasformata in azienda speciale che è un ente pubblico”*, dato poi che: *“il carattere sostanzialmente pubblico delle società in house providing già sussiste e la loro trasformazione in azienda speciale, non farebbe assumere al soggetto una caratteristica realmente nuova”*.

LE NUOVE SOCIETÀ DI PERSONE. ASPETTI TRIBUTARI (*)

di ALESSANDRO VICINI RONCHETTI

L'Autore prende in esame alcune tematiche tributarie che attengono, in modo particolare, alle società di persone.

1. Premessa

Una trattazione avente ad oggetto gli aspetti tributari delle società di persone comporta alcune riflessioni preliminari affinché sia delimitato l'ambito dell'indagine. Si evidenzia, in primo luogo, l'assenza di una precipua branca del diritto tributario o una specifica imposta che si applichi esclusivamente alle società di persone.

Saranno pertanto selezionate le tematiche tributarie che attengono, in modo particolare, alle società di persone premettendo che non vi è un esclusivo interessamento di tali società ma che altri soggetti che esercitano più genericamente attività di impresa – sia sotto forma di società di capitali sia in maniera individuale – possono essere destinatari delle medesime disposizioni tributarie.

Inoltre, le società di persone non presentano peculiari problematiche con riferimento all'imposta sul valore aggiunto, che le differenzino dagli altri soggetti che esercitano attività d'impresa, né con riferimento all'imposta di registro; riteniamo pertanto proficuo concentrare le riflessioni sulla tassazione diretta. L'indagine sarà quindi condotta sulle società e sul regime fiscale applicabile ai redditi da esse conseguite, considerando che – come sarà più diffusamente esposto – ogni tipologia di provento-entrata della società di persone che esercita attività commerciale costituisce un provento che soggiace al regime del reddito d'impresa.

Il primo problema di carattere tributario che attiene alle società di persone ma in generale alle società, siano esse con o senza personalità giuridica, riguarda **l'imposizione delle società e la successiva tassazione dei soci**. Il problema della tassazione società-socio si è presentato allorché il nostro sistema tributario è passato da una tassazione impostata su tributi a carattere reale (quali erano l'imposta di ricchezza mobile e le imposte cedolari prelevate alla fonte) ad un sistema impositivo costruito sulla tassazione a base personale quale quello attuale.

L'adozione di un sistema basato sulla tassazione personale comporta che tra i redditi di capitale della persona fisica rientrino anche redditi da partecipazione in società: tali redditi, appunto perché si sono formati in capo ad un soggetto che esercita un'attività la quale a sua volta è già oggetto di imposizione fiscale, possono comportare una doppia tassazione.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Con riferimento alle società di persone, anticipiamo che il nostro legislatore ha adottato il c.d. “*partnership approach*” secondo il quale il reddito della società è direttamente attribuito ai soci in proporzione alla rispettiva quota di partecipazione. Tale criterio di imputazione – che nell’ambito della legislazione italiana è stato definito criterio della “trasparenza” – può presentare alcune difficoltà qualora la compagine societaria sia costituita da un numero elevato di soci per i quali a volte può essere difficile il reperimento¹. In particolare, il criterio delle imputazione del reddito ha sollevato in dottrina spunti di riflessione circa la sussistenza di un autonomo presupposto di imposta in capo alla società di persone. Il dibattito che ne è conseguito ha fatto luce sulla natura peculiare delle società di persone, natura che racchiude elementi tipici dello svolgimento dell’attività di impresa in modo individuale ed, al tempo stesso, elementi tipici dell’organizzazione societaria. Il legislatore tributario, partendo dalla qualificazione civilistica dell’istituto, ha quindi “costruito” il regime fiscale del reddito delle società di persone.

Altra potenziale problematica connessa al regime dell’imputazione del reddito per trasparenza, che ha comportato talune problematiche dal punto di vista applicativo, è rappresentato dalla sua possibile rettifica da parte dell’Amministrazione finanziaria. In tal caso si pongono problematiche - che saranno trattate nelle pagine seguenti - sia dal punto di vista delle attività che devono essere poste in essere dall’amministrazione finanziaria (tipologie di accertamenti da emettere, numero e destinatari di tali accertamenti) sia da un punto di vista processuale, connesse al maggior reddito che conseguentemente viene imputato al socio.

Il diverso regime tributario delle società di persone rispetto alle società di capitali trova diverse argomentazioni. Da un lato, il diverso livello di responsabilità che grava in capo ai soci potrebbe costituire uno dei fattori che hanno indotto il legislatore ad adottare un peculiare regime fiscale per le società di persone².

Assumono inoltre rilevanza - per quanto attiene gli aspetti tributari – il minor livello di formalizzazione che le società di persone richiedono³ nonché la circostanza che nell’ambito della categoria vi sia un gruppo, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice, che svolgono attività commerciale e quindi, ai fini tributari,

(*) Anteprima del contributo che sarà pubblicato in G. COTTINO-O. CAGNASSO, *Le nuove società di persone*, Zanichelli, Bologna, in corso di pubblicazione.

¹ Tuttavia tale problema forse può essere particolarmente sentito nei regimi giuridici esteri dove la società *partnerships* (soggette appunto al regime della trasparenza fiscale) spesso sono soggetti di medio-grandi dimensioni e con compagini societarie non modeste.

² Tale tesi non pare però condivisa dalla dottrina tributaristica. Cfr. A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA. VV. *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Etì, 1990, 21.

³ Si pensi, ad esempio, alla forma dell’atto costitutivo che per le società di persone è richiesta a soli fini della pubblicità.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

conseguono reddito d'impresa; dall'altro le società semplici che non svolgono attività commerciale e per quali vigono regole differenti per la determinazione del reddito.

Anche per quanto riguarda la formalizzazione degli adempimenti societari mancano regole sufficienti circa la rappresentazione dell'attività sociale, manca una disciplina riguardante il capitale e mancano obblighi e responsabilità degli organi societari che possano garantire l'individuazione ed il controllo degli utili effettivamente distribuiti. Da tali constatazioni, il legislatore, ha optato per un sistema di tassazione che prescindesse dall'avvenuta o meno loro distribuzione, prevedendo una "disciplina" a priori⁴.

L'introduzione del principio di trasparenza in capo alle società di persone provocò forti critiche anche in considerazione del fatto che non vi sarebbe stato il riconoscimento della disciplina civilistica prevista per le società di persone (la quale, ribadiamo, ha assegnato a tale categoria di società un'autonomia patrimoniale e giuridica). Si prospettavano anche dubbi di legittimità costituzionale eccependo che al diverso regime fiscale corrispondevano fenomeni economici identici sotto il profilo della capacità contributiva⁵.

2. Considerazioni di carattere generale

La trattazione del regime delle società di persone deve partire dalla definizione di fattispecie imponibile e quindi dall'identificazione del soggetto passivo, colui nei confronti del quale la legge individua il conseguimento di un reddito oggetto di tassazione. L'identificazione del soggetto passivo implica l'analisi sulla sussistenza del

⁴ Tale diverso regime sistematico di tassazione ha fatto sollevare dubbi di costituzionalità del diverso regime applicabile alle società di persone rispetto a quello applicabile alle società di capitali, non tanto in relazione alla presunzione di distribuzione dell'utile quanto sul fatto che tale diverso regime, che porta una discriminazione sul piano di riferimento degli indici di capacità contributiva, sarebbe motivato al solo fine di evitare possibili evasioni o comunque comportamenti volti ad eventuali abusi. Per quanto attiene alla argomentate critiche sulla scelta del legislatore si veda P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella tassazione delle società di persone*, Giuffrè, 1996, 351 ss.

⁵ G. FALSITTA, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in AA. VV. *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale, Atti del convegno di San Remo 21-23 marzo 1980*, Cedam, 1981, 117 ss. Per completezza occorre precisare che tali critiche, all'epoca della riforma tributaria del 1971 trovarono accoglimento presso la Commissione dei trenta, la quale nel parere sullo schema di TUIR invitò il Governo a valutare l'opportunità di una iniziativa legislativa diretta ad assimilare il regime delle società di persone a quello delle società di capitale in quanto il principio di trasparenza destava dubbi di ordine costituzionale. Tuttavia, il legislatore delegato non ne tenne conto. Per una ricostruzione più diffusa si veda R. SCHIAVOLIN, *Redditi prodotti in forma associata*, in AA.VV. *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, t. I, 1994, 128.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

presupposto della **soggettività passiva** e, conseguentemente, sul presupposto per la tassazione.

In generale, la soggettività può essere qualificata come quel meccanismo di imputazione mediante il quale si realizza il collegamento di una fattispecie normativa con un determinato soggetto.

Senza entrare nel merito in questa sede⁶ delle teorie circa i soggetti che possono essere destinatari di situazioni giuridiche soggettive, ricordiamo che, con riferimento agli enti collettivi, l'identificazione di un fattore di unificazione può essere più complessa, in quanto sono rinvenibili due termini potenzialmente eligibili a centro di imputazione normativa: le persone – intese come soci o associati – e l'organismo collettivo al quale le persone partecipano⁷.

La questione di fondo concerne la riconoscibilità del soggetto collettivo, ponendosi al riguardo l'alternativa tra il ritenere che esso presenti una dimensione ontologica propria, separata e distinta dagli individui che lo compongono e sia quindi titolare di una realtà obiettiva; in alternativa ritenere che la soggettività dell'ente sia una finzione attraverso la quale questo è riportato alle persone fisiche degli associati⁸.

Passando alle conseguenze in termini di soggettività tributaria passiva possiamo così distinguere due categorie: le persone fisiche, alle quali è applicata ordinariamente l'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef) e le altre organizzazioni collettive, società o enti, a cui si applica l'imposta sul reddito delle società (Ires). Dobbiamo inoltre precisare che, in verità, sussiste anche una soggettività tributaria ulteriore che non ha carattere personale bensì reale. Tale soggettività implica l'applicazione ai soggetti passivi – che possono essere sia persone fisiche sia enti collettivi che svolgono attività commerciale sia enti che non svolgono attività commerciale - dell'imposta regionale sulle attività produttive (Irap).

Il tema della soggettività tributaria ha da tempo stimolato il dibattito dottrinale in merito alla sussistenza di un possibile condizionamento, da parte del regolamento civilistico, della disciplina tributaria dei meccanismi di imputazione reddituale.

Con particolare riferimento alla soggettività tributaria degli enti collettivi, il legislatore ha debitamente tenuto conto della peculiarità che li caratterizza; peculiarità che è stata anche definita ambiguità degli schemi organizzativi. Si può infatti osservare che lo schema organizzativo della società di persone è caratterizzato dalla compresenza

⁶ Essendo già stata oggetto specifica trattazione nei capitoli che precedono.

⁷ Sul tema si veda P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, 1972.

⁸ Tra tutti si veda F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Eugenio Marghieri-Utet, 1915, 131 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, 25 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

di autonomia organizzativa e decisionale assieme ad un assetto organizzativo su base personale⁹.

La contemporanea presenza dei suddetti schemi organizzativi in seno alle società di persone pone quest'ultime ad uno schermo organizzativo intermedio; v'è da un lato l'essenzialità dell'elemento personale dei soci e dall'altro l'autonomia del complesso organizzativo che appare evidente per quanto attiene all'aspetto patrimoniale e ai rapporti con i terzi¹⁰.

In verità, le osservazioni giuscommercialistiche che ci ha offerto la dottrina, non sono vincolanti per il diritto tributario, non essendo dirimente il dato soggettivo ma assume centralità ai fini del prelievo tributario oggettivo. Il legislatore tributario ha maggiore attenzione verso il fatto storico economicamente rilevante mentre solo secondariamente può assumere rilevanza tributaria il centro di imputazioni di tali fatti, vale a dire il soggetto a cui collegare il presupposto¹¹.

Alla luce della ricostruzione della concetto di imputazione giuridica come ormai consolidata nella teoria generale, la questione della "soggettività tributaria" sembra avere perso di effettiva consistenza problematica, trattandosi di un tema che trova una soluzione del tutto coerente con l'impostazione teorica di fondo. Essendo stata dissolta la soggettività in figure di imputazione normativa rimesse alla discrezionalità del legislatore, può considerarsi infatti pacifico che nell'ordinamento tributario vengano effettuate imputazioni di fattispecie rispondenti ad una logica esclusivamente fiscale e come tali autonome ed indipendenti da quelle effettuate in altri settori ordinamentali. A ben guardare, pertanto, nulla osta, almeno in linea teorica, a che il legislatore civile assuma a centro di riferibilità delle fattispecie l'organizzazione sociale, mentre il legislatore fiscale faccia riferimento ai singoli individui.

Può a tal proposito notarsi che nella struttura delle fattispecie impositive, il dato soggettivo non acquisisce una rilevanza centrale, venendo piuttosto privilegiato il dato oggettivo, inteso come il compimento del fatto ed in specie la realizzazione del presupposto di imposta. In altri termini, si può sostenere che il legislatore fiscale abbia come obiettivo primario l'individuazione del presupposto inteso come accadimento storico, cioè come fatto e solo in via secondaria l'identificazione del centro di

⁹ Vi è in effetti la compresenza della piena autonomia della società nello svolgimento dell'attività ed il ruolo che i singoli soci rivestono nella gestione della società stessa.

¹⁰ Autorevole dottrina commercialistica ha osservato che la differenza di schemi organizzativi, in particolare tra società di persone e società di capitali, la si evince anche sul piano semantico. "Società di persone" starebbe infatti ad indicare che l'assetto organizzativo è in funzione delle persone; "società di capitale", al contrario, starebbe ad indicare l'organizzazione in funzione dei capitali conferiti. Cfr. F. JR. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, 1987, 199, nota 1

¹¹ Il dibattito può considerarsi esaurito stante la acclarata possibilità che il legislatore tributario adotti un criterio di imputazione distinto rispetto al criterio civilistico. Cfr. P. BORIA, *Il sistema tributario*, Utet, 2008, 182.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

imputazione delle fattispecie giuridiche, vale a dire del soggetto cui collegare il presupposto. Ne consegue che la soggettività rilevante per il diritto tributario ha una funzione prettamente strumentale al prelievo fiscale. In questo si nota indubbiamente una notevole diversità con il diritto civile, non tanto di qualificazione del soggetto, quanto piuttosto di funzionalità generale della soggettività rispetto al piano dei valori e degli interessi tutelati.

Il carattere strumentale della soggettività accentua la facoltà del legislatore tributario di procedere con una certa fluidità nella individuazione dei centri soggettivi in base a valutazioni di opportunità e di tecnica fiscale che ben possono cambiare in relazione alle finalità specifiche dei singoli tributi. Il diritto tributario non rappresenta pertanto un “mito”, costituendo piuttosto una “tecnica legislativa” idonea a produrre effetti variabili da tributo a tributo¹².

Il legislatore ha quindi la discrezionalità nel considerare gli enti collettivi, e soprattutto quelli non personificati, in modo unitario o in modo frazionato, ponderando le varie esigenze fiscali, ed in primo luogo quella di una più certa esazione dei tributi.

Assunto quindi che il legislatore non sarebbe vincolato ad adottare un regime tributario che privilegi l'organizzazione dell'impresa come soggetto destinatario della soggettività piuttosto che i singoli componenti dell'ente collettivo, la scelta fatta in campo fiscale ha visto privilegiare la rilevanza dei singoli associati, venendo così superato, secondo un'accezione tributaria, l'ente societario per quanto attiene al presupposto dell'imposta personale¹³.

Il reddito delle società di persone è pertanto attribuito in capo ai singoli soci; in altri termini, dal punto di vista tributario, è come se l'attività fosse stata svolta direttamente da essi, senza lo schermo negoziale societario. Si può dunque affermare che il legislatore tributario abbia optato per una soluzione diametralmente opposta a quella civilistica ove invece l'organizzazione societaria assume rilevanza come soggetto giuridicamente rilevante¹⁴.

¹² G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, cit., 436.

¹³ Al contrario - come vedremo in seguito, ai fini irap - il presupposto d'imposta cade sull'ente collettivo.

¹⁴ V'è da notare, peraltro, che l'assetto organizzativo dell'ente collettivo non costituisce un elemento concettualmente univoco. Esistono diversi profili sotto cui è possibile apprezzare il fenomeno organizzativo: l'attività comune, il complesso di beni, il risultato dell'attività. Pertanto, come osservato da attenta dottrina, per potere analiticamente analizzare la soggettività degli enti collettivi occorre procedere all'esame dei meccanismi di imputazione adottati distintamente per ciascuno dei suddetti profili, ponendo l'attenzione all'attività, ai beni ed al risultato dell'attività al fine di verificare se il legislatore abbia adottato la soluzione che privilegia gli individui oppure l'organizzazione oppure ancora, se abbia adottato una scelta intermedia. Cfr. P. BORIA, *Il sistema tributario*, Utet, Torino, 2008, 180.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

La tassazione per trasparenza introduce un metodo peculiare di tassazione dei soggetti collettivi in base al quale il presupposto di imposta si verifica direttamente in capo ai singoli associati. La qualifica “trasparente” è pertanto attribuita all’ente collettivo ad indicare che le fattispecie giuridiche nella quali è identificabile il presupposto di imposta sono riferite direttamente agli individui e non all’organizzazione collettiva.

La tassazione del reddito in base al criterio della trasparenza presuppone l’imputazione del reddito direttamente in capo ai soci. Tale metodo è usualmente accompagnato dalla regola in base alla quale la **tassazione del reddito prescinde dalla effettiva percezione** e da una formale delibera di distribuzione, assegnando così rilievo alla sola sua produzione da parte della società¹⁵. Il criterio di imputazione adottato dal nostro legislatore viene identificato con la denominazione “teoria della produzione”, ad indicare che ai fini della ricostruzione oggettiva del presupposto assume rilevanza la produzione del reddito a dispetto del percepimento¹⁶.

E’ opportuno svolgere alcune osservazioni con riguardo all’imputazione dell’attività dell’impresa stante le sue implicazioni con il concetto di soggettività giuridica. Si tratta sempre di individuare le prevalenze degli individui rispetto alla organizzazione.

Muovendo dalla disciplina civilistica in cui l’attività sociale viene riferita alla società di persone si può preliminarmente affermare che anche il diritto tributario, in assenza di una specifica disposizione in tal senso, rechi il medesimo regime di imputazione¹⁷.

¹⁵ Criterio usualmente identificato con la denominazione di “teoria della produzione”, indicando che presupposto del reddito è la produzione del reddito.

¹⁶ Cfr. P BORIA, *Il principio di trasparenza nella tassazione delle società di persone*, cit., 19, nota 38. La dottrina citata fa menzione di possibili e diversi metodi ove al regime della “trasparenza” si accompagna la rilevanza fiscale del reddito in capo al socio solo al momento dell’effettiva percezione. Al momento della produzione del reddito esso viene transitoriamente imputato ad incremento del valore della partecipazione da questi detenuta, al momento del pagamento, corrispondentemente, tale maggior valore diminuirà andando a confluire nel reddito del socio. Trattasi le regime della trasparenza attualmente vigente in Spagna. Cfr. FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Tributario Sistema tributario español*, Marcial Pons, 2011; CASERO BARRÓN, R., *Impuesto sobre Sociedades*, El Derecho Grupo Editorial, 2011.

¹⁷ L’art. 5, dpr 917/9186 potrebbe indurre a ritenere che l’imputazione proporzionale ai soci dei redditi societari implicherebbe anche imputazione ad essi dell’attività. In tal senso, Corte di Cassazione n. 7410 del 19 luglio 1990, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, II, 258. In verità, l’art. 5 citato non implicherebbe l’imputazione dell’attività ma solo l’imputazione del reddito. Tale conclusione è confermata dalla dottrina secondo cui la disposizione dell’art. 5 sta ad indicare l’imputazione a determinati soggetti di un reddito che si è formato in capo ad un altro soggetto, ciò a conferma che la fonte del reddito (e quindi l’attività) è da imputare esclusivamente alla società. Cfr. P. FILIPPI, *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Peraltro, il supporto normativo alla tesi che non vi sarebbe anche imputazione dell'attività ma solo del reddito prodotto dalla società può essere delineato dall'art. 6 del dpr 917/1986 il quale reca che il reddito delle società commerciali, da qualsiasi fonte provenga e quale che sia l'oggetto sociale, è considerato reddito d'impresa. Ne consegue che l'attività – fonte del reddito imputato per trasparenza – è realizzata esclusivamente in modo unitario dalla società e non frazionatamente da parte dei singoli soci¹⁸.

Il principio di imputazione del reddito sulla base del criterio della trasparenza opera, peraltro, esclusivamente sul piano dell'imputazione reddituale, assegnando la legge autonoma rilevanza ai moduli organizzativi sotto l'aspetto della determinazione del reddito e dell'accertamento. Ricadono infatti in capo alla società gli obblighi connessi alla quantificazione del reddito nonché quelli connessi alla tenuta della documentazione ed alla presentazione delle dichiarazioni fiscali.

Tale scelta legislativa non è stata esente da interrogativi in merito alle ragioni che hanno portato il legislatore a non riconoscere autonoma soggettività tributaria alle società di persone con riferimento all'imposta sui redditi; tenuto conto dell'autonomia patrimoniale nonché capacità della società di persone di assurgere a centro di imputazione di diritti ed obblighi, prevedendo quindi un regime di soggettività passiva analogo a quello vigente per l'imposta sul reddito delle società (Ires)¹⁹.

Per la verità, il dubbio circa l'esistenza o meno dell'autonomia patrimoniale delle società di persone oltre ad essere superato dalla disciplina civilistica che incontestabilmente la riconosce, è oggi ulteriormente confutato dallo stesso legislatore che, con la riforma della tassazione delle società introdotta dal 2004, ha previsto la possibilità che anche le società di capitali, possano su base opzionale, adottare il meccanismo di tassazione per trasparenza²⁰. Quindi anche per le organizzazioni societarie dotate di ancor maggiore autonomia giuridica, è possibile applicare il regime della trasparenza; conseguentemente è difficile trovare giustificazioni di tipo civilistico nella scelta che il legislatore ha fatto con l'art. 5 DPR 197/1986.

¹⁸ Ciò è peraltro confermato anche dal fatto che qualora vi fosse stata l'intenzione del legislatore di assegnare anche l'attività ai singoli soci e non solo il reddito ciò avrebbe inevitabilmente implicato che i redditi dei soci che esercitano attività imprenditoriali con funzioni gestorie dell'attività dell'impresa stessa, avrebbero dovuto subire il regime fiscale del reddito d'impresa, al contrario, il reddito attribuibile ai soci non impegnati nella gestione dell'impresa avrebbero dovuto essere trattati come redditi di capitale. Cfr. P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., 140.

¹⁹ Tenuto conto, peraltro è già in vigore un regime tassazione applicando il criterio di soggettività tributaria in capo alle società di persone qualora esse siano non residenti, ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. d), Dpr 917/1986.

²⁰ Ai sensi degli artt. 115 e 116 Dpr 917/1986.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

E' ampiamente condivisibile la tesi secondo cui il criterio della trasparenza scelta dal legislatore con riferimento alle società di persone, sia imputabile all'esigenza di rispettare la progressività della tassazione e quindi, almeno per le società di persone, di prevedere un'immediata tassazione progressiva²¹, anche alla luce del loro "modesto substrato organizzativo"²². Si suole ancora giustificare l'imputazione del reddito anche in considerazione del fatto che esse sono tradizionalmente entità di ridotte dimensioni, sicché l'attribuzione immediata del reddito coinciderebbe con l'immediato diritto di apprendere la quota di utile di spettanza dei soci che possono, in maniera diretta o indiretta, incidere sulle scelte imprenditoriali della società²³.

3. Qualificazione del reddito

Il regime tributario delle società di persone rientra tra le categorie reddituali usualmente definite "redditi prodotti in forma associata".

Il reddito, che costituisce il presupposto per la tassazione diretta, è una qualificazione giuridica a cui il legislatore tributario non ha destinato una precisa definizione di carattere generale limitandosi ad identificare, all'art. 1, DPR 917/1986, il presupposto dell'irpef nel possesso di uno o più redditi in denaro o in natura indicati all'art. 6, DPR n. 917/1986²⁴.

La tassazione del reddito delle società commerciali, siano esse di persone o di capitale, è caratterizzata dal principio secondo il quale i redditi percepiti dalle società commerciali subiscono la **qualificazione** di redditi d'impresa indipendentemente dalla categoria reddituale alla quale esse appartengono. Tale regola è diffusamente conosciuta come "principio dell'attrazione del reddito di impresa". In base a tale principio generale, che caratterizza le regole per la determinazione del reddito d'impresa, ogni singolo

²¹ La tassazione su base progressiva, nell'ipotesi di reddito prodotto dalle società di capitali, avviene parzialmente in via indiretta mediante il concorso alla formazione del reddito imponibile della persona fisica del 49,72% dei dividendi percepiti, nel caso di partecipazioni qualificate.

²² G. FRANSONI, *Il sistema dell'imposta sul reddito*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, parte speciale, II° ed. Giuffrè, 2009, 66.

²³ In tal senso si veda P. FILIPPI, *Redditi prodotti in forma associata*, in *Enc. Giur. Trecc.*, V, Roma, 1988, 1; G. GAFFURI, *I redditi prodotti in forma associata*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo Testo Unico*, a cura di V. UCKMAR e G. MARONGIU, Cedam, 1988, 194.

²⁴ In merito alla espressione letterale "possesso di reddito", occorre svolgere alcune precisazioni che saranno meglio delineate nella pagine successive. In queste sede osserviamo solo, in via preliminare, che il "possesso" rinvia ad un concetto civilistico che rinvia ad un potere di fatto ed ha per oggetto, tipicamente, beni suscettibili di apprensione e non anche il reddito. Sul tema si veda G. PUOTI, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Trattato di diritto tributario*, a cura di A. AMATUCCI, IV, Cedam, 1994, 6.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

reddito percepito dalla società commerciale sia esso di capitale, diverso o appartenente ad altre categorie²⁵, assumerà la qualifica di reddito d'impresa.

Il criterio esposto è stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina²⁶. In primo luogo è stato osservato che la soluzione adottata dal legislatore delegato non era conforme alle disposizioni della legge delega che si preoccupava solo di disporre l'imputazione del reddito ai soci in proporzione alla quota di partecipazione agli utili nonché l'accertamento unitario dei redditi conseguiti dalle società²⁷.

Il principio che impone l'attribuzione del reddito in capo ai soci *iuris et de iure* è recato dall'art. 5 del dpr n. 917/1986. Si afferma, difatti, che "I redditi delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato, sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili"²⁸.

²⁵ Il DPR n. 918/1986 individua sei categorie reddituali: redditi fondiari, redditi di capitale, redditi di lavoro dipendente, redditi da lavoro autonomo, redditi d'impresa e redditi diversi.

²⁶ Su questo argomento la dottrina più autorevole ha espresso forti perplessità non solo con riferimento al principio della attrazione ma anche in relazione alla discrezionalità del legislatore nell'individuare la "disinvoltura legislativa" con cui sono individuate fattispecie imponibili. In particolare, con riferimento a quest'ultimo argomento, Ficari osserva che "L'interesse erariale è spesso richiamato con eccessiva disinvoltura sia in sede legislativa sia in sede giurisprudenziale per giustificare differenziazioni di categorie e nozioni rispetto a modelli (talvolta necessariamente) ereditati dal diritto civile tramite un recepimento normativo diretto nonché a categorie interne allo stesso sistema seppur in contesti impositivi per tipologia distinti". In relazione al principio di attrazione del reddito d'impresa, le osservazioni critiche di Ficari muovono dall'assunto che la qualificazione del reddito dovrebbe essere legata al programma imprenditoriale e non alla forma giuridica con cui tale attività è esercitata. Ficari osserva che il principio di attrazione nella sua recezione nel sistema come paradigma di presunzione assoluta o qualificazione legale senza prova contraria darebbe un evidente supporto ad una ricostruzione del reddito d'impresa posseduto da un ente societario commerciale in termini di reddito-entrata svalutando, invece, lo schema ricostruttivo della fonte produttiva e, quindi, del reddito-prodotto che, a nostro avviso, dovrebbe, invece, conservare appieno la sua validità laddove il presupposto impositivo sia dal legislatore comunque configurato in termini di attività. Cfr. V. FICARI, *Tipo societario e qualificazione dell'attività economica nell'imposizione sul reddito e sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, n. 4/2004, 1240 ss; ID., *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, Cedam, 2004.

²⁷ In particolare, si vedano gli artt. 2, 3 e 17, legge n. 825/1970. Tra i primi a muovere commenti critici E. ANTONINI, *Le società a base personale: trasparenza fiscale del reddito*, in *Incontri con il Banco di Roma: Il reddito d'impresa*, Milano, 1974, 104 ss.; G.A. MICHELI, *Società di capitali di fronte alla legge tributaria*, in AA. VV. *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale*, Atti del Convegno San Remo, 21-23 marzo 1980, 49.

²⁸ Come previsto dalla legge delega di riforma fiscale con l'art. 2, n. 3, legge n. 825 del 1971.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Come accennato in precedenza, il dettato letterale di cui all'art. 1, DPR 917/1986 potrebbe non essere perfettamente coerente con l'accezione di possesso di cui al codice civile. Il reddito è un concetto astratto che difficilmente può essere posseduto come si può possedere un bene fisico; potrebbe pertanto esserci una possibile antinomia nella locuzione "possesso di redditi" rinviando il primo termine ad un bene fisico, il secondo termine ad un concetto astratto.

Con riferimento all'interpretazione del concetto di "possesso di redditi", sono state proposte tre tesi²⁹. Riteniamo possano essere trascurate quelle più risalenti, secondo le quali sarebbe stato necessario intendere il possesso in un'accezione civilistica, ma tale approccio sarebbe stato lacunoso in quanto non avrebbe potuto comprendere redditi per i quali manca il requisito tipo del possesso civilistico³⁰. Successivamente fu proposta una lettura che assumeva a riferimento il titolare di fatto del reddito: colui cioè che pur non essendo giuridicamente titolare del reddito, poteva disporre dello stesso³¹. Una ultima tesi, che appare quella maggiormente percorribile, individua il concetto di possesso di reddito nel criterio di imputazione soggettiva come disciplinato dalla norma tributaria³².

Tuttavia, se si svolge una analisi del tema più accurata, ci si può convincere che non si è in presenza di una antinomia se si riconduce il "possesso di reddito" ad una delle categorie di cui all'art. 6, DPR 917/1986, ad una relazione che sussiste tra la fonte del reddito conseguito e il soggetto. Tale lettura permette di effettuare il *trait d'union* tra il soggetto che ha compiuto l'atto e l'attività da cui discende.

Scegliendo di imputare il reddito non al soggetto collettivo che lo ha prodotto ma ai singoli soci, il legislatore ha introdotto un regime che si discosta dal precetto civilistico di cui all'art. 2262 c.c. secondo il quale il socio ha diritto a percepire la sua parte di utili solo dopo l'approvazione del rendiconto.

²⁹ Per una completa ricostruzione sistematica del tema del possesso del reddito come presupposto imponibile, si veda F. PAPARELLA, *Possesso di reddito e interposizione fittizia*, Giuffré, 2000; G. TINELLI – S. MENCARELLI, *Lineamenti giuridici dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, Giappichelli, 2010, 26 ss.

³⁰ Tesi sostenuta da M. A. GALEOTTI FLORI, *Il possesso di reddito nell'ordinamento dei tributi diretti. Aspetti particolari*, Cedam, 1983 e da F. PIGNATONE, *Il possesso di reddito prodotti in forma associata*, in *Dir. prat. trib.*, 1982, I, 632; G. PUOTI, *Il lavoro dipendente nel diritto tributario*, Giuffré, 1975. Le tesi sostenute, come detto, non permettono di includere le tipologie di reddito che non sia manifestato con un possesso, quale tipico possesso di un *res*.

³¹ G. TINELLI, *L'accertamento sintetico del reddito complessivo nel sistema dell'irpef*, Cedam, 1993, 295.

³² F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol II, parte speciale, Utet, 2005, 18; A. FEDELE, "Possesso" di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del cumulo, in *Giur. Cost.*, 1976, 2164.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Tale disposizione normativa reca in favore dei soci una **posizione creditoria** nei confronti della società che permette la contemporanea nascita di una correlata obbligazione tributaria. Necessario corollario alla regola della tassazione per “trasparenza” degli utili delle società di persone, volto ad evitare una possibile doppia imposizione, è la loro irrilevanza fiscale al momento dell’eventuale successiva formale distribuzione ai soci.

Il regime adottato dal legislatore fiscale è pertanto opposto a quanto previsto dal punto di vista civilistico. Non v’è, difatti, il processo di imputazione del reddito che il codice civile scandisce in due distinte ed autonome fasi: la prima rappresentata dalla approvazione del rendiconto. Con tale approvazione, tuttavia non si realizza l’automatico trasferimento di un diritto reale a favore dei soci corrispondente alla quota di utili da trasferire; tale diritto verrà ad esistenza con un atto separato. Pertanto, al momento in cui viene approvato il rendiconto si forma in capo al socio un diritto di credito.

Nel contesto dell’imputazione del reddito ancorché non effettivamente distribuito, si possono svolgere interessanti riflessioni su un tema di fondamentale rilevanza che caratterizza la tassazione dei redditi. Il presupposto dell’imposta sul reddito delle persone fisiche, ai sensi dell’art. 1, DPR 917/1986 è il possesso del reddito.

In ambito tributario, il regime della “trasparenza” è opposto, come abbiamo più volte evidenziato, al regime civilistico. Il trasferimento immediato del risultato economico conseguito dalla società in capo ai singoli soci comporta il mancato passaggio dalla formale delibera di distribuzione³³.

In conclusione, mentre la disciplina civilistica prevede che l’utile d’esercizio rimanga nel patrimonio della società fino al momento in cui non avviene un formale atto di disposizione (delibera di distribuzione dell’utile), nel diritto tributario, il risultato dell’esercizio è attribuito immediatamente al patrimonio individuale del singolo socio ancorché non ne sia stata formalmente deliberata la distribuzione né sia avvenuto il pagamento.³⁴

Tale regime fiscale, che come osservato, non rappresenta una scelta in linea con le disposizioni civilistiche ma, al contrario, costituisce un forzatura rispetto ad esse e può comportare situazioni di eccessiva rigidità relativamente alle vicende civilisticamente rilevanti, ponendo anche problemi di ordine teorico e pratico quanto ad una corretta applicazione dei meccanismi impositivi³⁵.

³³ Autorevole dottrina ha individuato tale criterio tributario come il meccanismo secondo il quale la società di persone è un forma di produzione di un reddito destinato ai soci. Cfr. E. DE MITA, *Appunti di diritto tributario. Le imposte sui redditi: la struttura*, II. Giuffrè, 1994, 154.

³⁴ L’art. 5, dpr 917/12986 reca espressamente: “... indipendentemente dalla percezione”

³⁵ A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Commento al T.U. delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Roma-Milano, 1990, 553.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

4. Ammontare del reddito imputato ex art. 5

L'art 5, DPR 917/1986 prevede, in primo luogo una presunzione relativa, in base alla quale il reddito è imputato ai soci in proporzione alle quote di partecipazione a condizione che non vi sia un diverso accordo stipulato mediante atto pubblico o scrittura privata risalente all'epoca della costituzione della società o comunque in data anteriore all'inizio del periodo di imposta. In assenza di determinazione delle quote di partecipazione, esse si presumono uguali tra loro.

L'art. 5, dpr 917/1986 non parrebbe discostarsi dalle statuizioni civilistiche le quali prevedono, ricordiamo, che ai soci spettano gli utili e le perdite in proporzione ai conferimenti effettuati. Qualora l'ammontare dei conferimenti non sia stato fissato nel contratto sociale, i conferimenti si presumono uguali, anche se possono verificarsi disallineamenti tra le due legislazioni³⁶.

Difatti, il codice civile non prevede alcun criterio formale per la determinazione delle quote di partecipazione, a differenza dell'art. 5, DPR 917/1986 il quale prevede forme solenni come atto pubblico o scrittura privata autenticata. Inoltre, l'art. 2263 c.c. prevede che ove sia stabilita soltanto la parte dei guadagni per ciascuno socio, vige il principio per cui la medesima proporzione spetta nel caso di perdite. Tale disposizione non è contenuta nell'art. 5, sicché ne discende che potrebbero verificarsi talune situazioni atipiche, se non paradossali.

Ove sia infatti determinata la sola partecipazione agli utili in misura non proporzionale ai conferimenti, la partecipazione di ciascun socio alle perdite verrebbe determinata in un modo ai fini civilistici ed in un altro ai fini tributari: per il codice civile occorrerà fare riferimento alla misura della partecipazione agli utili, per il diritto tributario alla misura dei conferimenti effettuati.

Un ulteriore mancato coordinamento tra la disciplina civilistica e quella tributaria è costituito dalla possibilità che un terzo possa stabilire la quota di partecipazione, eventualità non prevista dal diritto tributario³⁷.

Quanto al requisito temporale della determinazione delle quote di partecipazione agli utili conseguiti dalla società, appare evidente che la fissazione del termine in data anteriore all'inizio del periodo di imposta risponde ad esigenze di tipo cautelativo, volte ad evitare possibili manovre di pianificazione da parte dei soci. Va inoltre rilevato che sussistono peculiarità con riferimento al caso in cui i soci della società di persone siano, a loro volta, altri soggetti societari. In questa sede di occuperemo delle problematiche legate al regime fiscale della imputazione del reddito.

³⁶ Ai sensi dell'art. 2263 c.c.

³⁷ In merito all'*arbitrium boni viri* si veda V. BUONOCORE – G. CASTELLANO – R. COSTI, Le società di persone, Giuffrè, 1978, 441 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

L'aspetto che maggiormente ha occupato le riflessioni di carattere tributario è connesso alla imputazione e tassazione del reddito in capo al socio società di capitali, indipendentemente dalla delibera di distribuzione del dividendo. La perplessità – oggi ragionevolmente superata – nasceva dalla legislazione vigente precedentemente alla riforma tributaria del 1970. Il regime previgente, recato dal testo unico delle imposte dirette n. 645/1978, sanciva che erano da includere nel reddito dei soggetti tassabili in base a bilancio le somme percepite a titolo di distribuzione o ripartizione di utili di società o associazioni di ogni tipo³⁸.

Con la modifica della legislazione intervenuta con la riforma del 1971, la disposizione normativa ha subito modifiche. Sebbene parte della dottrina avesse ipotizzato che pur essendovi stata una modifica normativa, il regime tributario applicabile non avrebbe subito nel suo insieme modifiche; si delineò una tesi maggioritaria secondo cui il principio della trasparenza di cui all'art. 5, DPR 917/1986 sarebbe stato applicabile indifferenziatamente alle persone fisiche ed alle società di capitali in qualità di socie di società di persone³⁹.

La scelta di attribuire il reddito in capo ai singoli soci prescindendo dalla effettiva distribuzione deliberata dalla società risponde ad esigenze che non si sono sottratte a critiche ed argomentate osservazioni.

In primo luogo era diffusa la tesi che la tassazione del reddito prodotto dalla società indipendentemente, dall'effettiva distribuzione, determinasse un'irrazionale diversità di trattamento delle società di persone rispetto alle società di capitali. Invero, la stessa relazione ministeriale al DPR 597/1973⁴⁰ riconosceva tale diversità di trattamento ritenendola però giustificata dal fatto che la personalizzazione giuridica delle società di

³⁸ La tassazione dei redditi di partecipazione in società personali doveva pertanto avvenire in base agli utili effettivamente percepiti e non invece sulla base di quelli attribuibili in proporzione alle quote di partecipazione indipendentemente dall'effettiva percezione. Tale differente regime era giustificato dal rilievo che il bilancio delle società di capitali assumeva ai fini della tutela da parte dell'amministrazione finanziaria. In tal senso, Corte di Cass., n. 2108 del 6 aprile 1982.

³⁹ Questa tesi sarebbe più convincente trovando supporto nel testo dell'art. 89, DPR 917/1986 secondo cui "Per gli utili derivanti dalla partecipazione in società semplice, in nome collettivo ed in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato si applicano le disposizioni dell'art. 5". Inoltre, non si apprezzano quali potrebbero essere le ragioni sistematiche che potrebbero suggerire un trattamento differenziato. Cfr. P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella tassazione delle società di persone*, cit., 217; DE SALVO, *La tassazione degli utili derivanti da partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Corr. Trib.*, I, 1984, 103. In senso conforme anche la giurisprudenza, si veda Comm. trib. centr., n. 3908 del 4 agosto 1982.

⁴⁰ Decreto che istituì l'imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef) e delle persone giuridiche (Ipeg oggi Ires).

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

capitali consentisse di sottrarre effettivamente gli utili passati a riserva alla disponibilità dei soci, mentre uguale garanzia non si aveva per le società personali.

Tuttavia occorre osservare che una tassazione del reddito senza tener conto del suo effettivo percepimento stesso avrebbe reintrodotta una tassazione reale, in contrasto il principio di personalità dell'imposizione di cui alla legge delega n. 825 del 1971⁴¹.

5. Imputazione delle perdite

Analogamente a quanto descritto per il reddito imponibile, la disciplina tributaria delle società di persone comprende anche il trattamento tributario delle **perdite fiscali** conseguite. Si tratta di un corollario necessario al fine di non creare discriminazioni rispetto al regime fiscale delle società di capitali per le quali, ricordiamo, le perdite fiscali possono essere utilizzate per ridurre il reddito imponibile degli esercizi successivi⁴².

La norma tributaria, con riferimento alla perdita conseguita, prevede un regime differente tra società in nome collettivo e società in accomandita semplice. Nel caso di società collettiva è ammessa in deduzione la perdita senza limiti quantitativi; in quello di accomandita semplice la deduzione della perdita subisce una limitazione per i soci accomandanti, i quali non potranno subire una perdita che superi l'ammontare del conferimento eseguito a favore della società.

In ambito tributario sussistono talune perplessità circa le modalità di assegnazione delle perdite eccedenti il capitale sociale di pertinenza dei soci accomandanti che, come detto, non sono a loro imputabili. Da un lato si potrebbe sostenere che tale ammontare non possa trovare riconoscimento fiscale in senso assoluto; dall'altro, una soluzione sistematicamente più coerente porterebbe invece a sostenere che la parte eccedente di competenza degli accomandanti debba essere ripartita in capo agli accomandatari in proporzione alla loro quota di partecipazione al capitale⁴³. Quest'ultima tesi parrebbe essere la più coerente anche con l'esigenza di evitare possibili discriminazioni tra le due categorie di società di persone⁴⁴.

⁴¹ R. SCHIAVOLIN, *Redditi prodotti in forma associata*, in AA. VV. *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, 1994, Utet, 127.

⁴² In particolare, le perdite fiscali della società di capitali, ai sensi dell'art. 84 del DPR 917/1986, posso essere portate a riduzione del reddito imponibile negli esercizi successivi senza limitazioni temporali ma nel limite dell'80% del reddito imponibile, fermo restando talune disposizioni di carattere antielusivo.

⁴³ In senso aderente rispetto alla seconda soluzione, si veda V. BENNANI, *Il reddito complessivo*, in AA. VV. *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Cedam, 1988, 210 ss.; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., 209.

⁴⁴ In particolare, le società in nome collettivo avrebbero il diritto di attribuire una perdita deducibile senza limitazioni a differenza delle società in accomandita semplice.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

La perdita fiscale, nell'ambito del reddito d'impresa, come detto, è una componente tributaria che può essere oggetto di utilizzo anche negli esercizi successivi a quello in cui è stata realizzata. Le ragioni di tale possibilità sono state individuate dalla dottrina nella necessità di tenere conto del risultato convenzionale che deriva in base ad una cadenza periodica. Difatti, il reddito dell'impresa, per una sua puntuale determinazione, dovrebbe essere quantificato tenendo conto degli utili delle perdite conseguite in un arco temporale che non si limiti all'anno, ma abbracci un periodo congruo ad includere fasi economiche positive e fasi economiche negative⁴⁵.

Il legislatore ha individuato tale arco temporale in 5 anni, periodo nel quale la società potrà utilizzare le perdite fiscali sostenute. La norma di riferimento è il 3° comma dell'art. 8 del DPR 917/1986, laddove afferma che "Le perdite derivanti dall'esercizio di imprese commerciali e quelle derivanti dalla partecipazione in società in nome collettivo e in accomandita semplice sono computate in diminuzione dai relativi redditi conseguiti nei periodi di imposta e per la differenza nei successivi, ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza in essi". In merito, preme sottolineare che, con riferimento proprio alla fattispecie delle perdite fiscali, il legislatore è recentemente intervenuto modificando l'art. 84 del DPR 917/1986. Tale articolo disciplina il regime fiscale delle perdite fiscali conseguite dalle società soggette ad Ires, prevedendone la riportabilità negli esercizi successivi senza limitazioni temporali e ponendo l'unica condizione che la perdita possa essere utilizzata per abbattere l'80% del reddito imponibile. Tale modifica, tuttavia, essendo intervenuta in seno all'art. 84 DPR 917/1986, lascia inalterato il regime fiscale delle perdite conseguite nell'esercizio di attività di impresa da parte di società di persone, salvo le possibili riserve derivanti da una possibile violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 C.

6. Residenza ai fini tributari

L'analisi della fiscalità delle società di persone implica anche riflessioni di ordine "territoriale". La residenza del soggetto passivo, intesa nell'accezione tributaria che sarà meglio esposta in seguito, rappresentando il legame con l'ordinamento idoneo a manifestare l'inserimento di un soggetto in esso, ben si addice ad assumere la qualifica di indice rappresentativo della potenziale fruizione dei servizi pubblici in cui sta l'essenza dell'obbligo alla contribuzione delle spese dello Stato⁴⁶.

⁴⁵ In base ad un'accezione molto rigorosa della capacità contributiva dell'impresa, si potrebbe affermare che solo al momento della liquidazione dell'impresa stessa si possono conoscere gli utili effettivamente conseguiti.

⁴⁶ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'unione europea*, Cedam, 2012, 47; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Cedam, 1999, 98 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Il comma 1, art. 5, dpr 917/1986 include tra i redditi soggetti a tassazione in Italia quelli prodotti da società (di persone) residenti. E' pertanto necessario esaminare tale requisito. La nozione di residenza fiscale per i soggetti di cui al citato art. 5 è recata dal comma 3, lett. d) dello stesso art. 5. Si qualifica residente la società o la associazione che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si precisa poi che l'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo, se esistente in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, e, in assenza, in base all'attività effettivamente esercitata.

Per l'individuazione della residenza sulla base delle risultanze dell'atto costitutivo non sussistono problematiche particolari. Si tratta di un aspetto meramente formale. Tuttavia, la residenza, come detto, può essere individuata anche mediante una verifica di tipo sostanziale, prendendo come riferimento il luogo ove è presente la sede dell'amministrazione ovvero è realizzato l'oggetto sociale⁴⁷.

Nel caso della rilevanza della sede legale occorre verificare il paese nel quale si è perfezionata la costituzione della società. In base all'approccio sostanziale occorre invece individuare il paese nel quale se ne svolgono i processi decisionali. La nozione di sede dell'amministrazione, così come recata dalla normativa civilistica, non parrebbe adeguata al contesto tributario volto ad individuare un radicamento con il territorio volto a giustificare il prelievo tributario⁴⁸.

Pare perciò meglio attagliarsi ad esso, il luogo nel quale gli amministratori tengono abitualmente le loro riunioni, o piuttosto dove operano dove si esercita il controllo della società.

La soggettività tributaria delle società di persone in base al criterio generale della residenza, come sopra menzionato, deve essere ulteriormente approfondita. Da un lato l'applicazione del criterio formale – sede legale della società – non desta particolari problematiche applicative; al contrario, gli altri due requisiti di tipo sostanziale ne pongono di rilevanti. Per comprensibili ragioni esse non potranno essere qui approfondite. È doveroso segnalarle, limitandoci ad osservare che sussistono specifiche disposizioni volte a contrastare possibili trasferimenti fittizi della residenza⁴⁹.

⁴⁷ Sulle implicazioni delle diverse modalità per il riconoscimento della residenza si veda G. MELIS, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Giuffrè, 2009, 163 ss.

⁴⁸ In tal senso si veda G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Cedam, 1999, 104. Il codice civile dedica alcuni articoli alla sede dell'amministrazione. L'art. 2196, n. 4 c.c. statuisce la nozione di sede dell'impresa, l'art. 2197 e l'art. 2506 c.c. disciplinano la sede secondaria.

⁴⁹ Sul tema, F. PAPARELLA, *Possesso di redditi e iterposizione fittizia*, cit.; G. MELIS, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, cit.; C. SACCHETTO, *L'imposte sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario – I tributi in Italia*, diretto da A. Amatucci, IV, Cedam, 1994, 104 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

7. Tassazione delle società di persone: i poteri di accertamento dell'amministrazione finanziaria

La fase dell'accertamento del reddito delle società di persone è caratterizzata da alcune peculiarità. Benché, come sappiamo, la società abbia una propria autonomia patrimoniale e benché il socio consegua un reddito personale, la fase accertativa da parte dell'amministrazione finanziaria si esplica in un'**unica attività** volta alla verifica della corretta determinazione del reddito in capo alla struttura societaria.

Il **oggetto destinatario** della **procedura di accertamento** è pertanto l'ente societario, essendo quest'ultimo il titolare della attività-fonte del reddito. I soci, rispetto a tale procedura, si trovano in posizione subordinata in quanto una volta determinato il reddito societario, gli effetti si riversano direttamente in capo ad essi. La loro posizione giuridica è pertanto dipendente da quella della società e la determinazione del reddito di partecipazione nella società è conseguente alla determinazione del reddito di essa.

Si viene così ad affermare un peculiare rapporto tra configurazione del presupposto d'imposta dei redditi delle società di persone e procedura di accertamento che può essere qualificato come "**successione dipendenza**".⁵⁰

In capo alla società ricade anche l'obbligo della presentazione della dichiarazione dei redditi. L'adempimento è necessario e strumentale affinché i soci possano conoscere l'ammontare del reddito a loro attribuito e, conseguentemente, includerlo nel reddito complessivo per l'assoggettamento all'imposta personale mediante la dichiarazione dei redditi presentata da ognuno di essi.

Sempre con riferimento alle due categorie di dichiarazioni dei redditi che derivano dall'esercizio della società di persone occorre tracciare le differenze che distinguono tali dichiarazioni.

Nel caso di dichiarazione dei redditi presentata dalla società, ci troviamo in presenza di un atto che assume tutti i tipici requisiti della dichiarazione tributaria. Si tratta di un documento nel quale il contribuente (società) da' conto non solo dell'esistenza e ammontare del presupposto d'imposta ma è tenuto anche a descrivere in maniera puntuale, nonché qualificare, le componenti reddituali che con segno positivo e con segno negativo concorrono alla quantificazione della base imponibile.⁵¹

Corollario di quanto sopra è che per poter conoscere tutti gli elementi citati è necessario che la dichiarazione sia redatta e presentata da colui che pone in essere

⁵⁰ Nel diritto tributario il ricorso a situazioni in cui atti dell'amministrazione pur rivolti a soggetti diversi mostrano tra loro un rapporto di dipendenza logica tipico della schema "pregiudizialità/dipendenza", è moderatamente diffuso. Tale nesso è stato studiato dalla dottrina in occasione di numerosi scritti. Tra i più autorevoli si ricorda E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Utet, 1962; A. PARLATO, *Il responsabile d'imposta*, Giuffrè, 1963; P. RUSSO, *Il nuovo processo tributario*, Giuffrè, 1974; G. TREMONTI, *Imposizione e definitività*, Giuffrè, 1977; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*,

⁵¹ Cfr. P. COPPOLA, *La dichiarazione tributaria e la sua rettificabilità*, Cedam, 2005.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

L'attività per mezzo della quale è conseguito il reddito. Il legislatore ha individuato nella società il soggetto che è in grado di disporre delle informazioni per effettuare in maniera analitica la quantificazione e qualificazione dei fatti di gestione avvenuti.

Nel caso della conseguente dichiarazione che grava in capo ai soci ci troviamo invece in presenza di una mera **dichiarazione di scienza**. In particolare, manca in essa un apprezzamento sulla determinazione del reddito della società; il socio si limita a riportare nella propria dichiarazione quanto da altri già dichiarato⁵². La scelta del legislatore è peraltro coerente, in quanto tiene conto del ruolo che il socio può avere all'interno della società, ruolo che spesso può implicare il suo mancato coinvolgimento nella gestione della società stessa, o un coinvolgimento limitato ad alcune fasi dell'attività⁵³.

La dichiarazione dei redditi presentata dalla società è pertanto lo strumento che permette di realizzare il meccanismo di tassazione della "trasparenza", previsto dall'art. 5, DPR 917/1986⁵⁴.

8. Rettifiche della dichiarazione dei redditi della società: l'atto di accertamento

La rettifica della dichiarazione del reddito avviene in modo unitario, con la conseguente rettifica delle dichiarazioni dei redditi dei soci. L'accertamento degli elementi attivi e passivi avviene in capo al soggetto che ha svolto l'attività, cioè al soggetto in grado di fornire, se del caso, le informazioni ed i chiarimenti utili affinché l'organo verificatore abbia tutti gli elementi idonei per poter svolgere le corrette valutazioni circa il presupposto d'imposta.

Tuttavia, in merito alla natura dell'atto di **accertamento** emesso nei confronti della società, con particolare riferimento alla sfera soggettiva di efficacia ed alle possibilità di difesa dei soci, si sono confrontate differenti tesi dottrinali⁵⁵. Il problema nasce dal fatto che con un unico atto si individui il (maggiore) reddito della società e, al tempo stesso, si quantifichi un maggior reddito attribuito in capo ai soci, rispetto ai quali occorre

⁵² Si verifica quello che in dottrina è stato qualificato "nesso di consequenzialità" tra dichiarazione della società e la dichiarazione presentata dal socio e la funzione strumentale della prima rispetto alla seconda. Il socio assume quindi a parametro di determinazione del proprio reddito quello determinato dalla società ed è tenuto a riportare la quota di reddito a lui spettante sulla base di una semplice operazione aritmetica. Cfr. F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, Cedam, 1980, 103 ss.

⁵³ Si pensi ai soci accomandanti delle società in accomandita semplice, ai soci non amministratori delle società in nome collettivo o ai soci che pur essendo amministratori hanno una delega limitata solo per alcune attività.

⁵⁴ Nella dichiarazione dei redditi della società è in fatti previsto l'obbligo di indicare i soci e le relative quote di partecipazione.

⁵⁵ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit, 293.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

emanare altri atti di accertamento in cui si determina la maggiore imposta da essi dovuta⁵⁶.

Nonostante vi siano opinioni divergenti sulla natura dell'atto di accertamento, l'art. 40, DPR 600/1973 non lascia dubbi circa l'unicità di esso⁵⁷. Pur essendo qualificato dalla legge come atto unico, la notifica dell'accertamento in capo alla società implica però la notifica di un correlato accertamento anche in capo ai soci⁵⁸.

L'avviso di accertamento nei confronti della società attesta solo il maggior reddito ma la liquidazione dell'imposta deve avvenire sulla base della situazione personale di ogni singolo socio.

La natura bifasica della procedura descritta, implica che siano emessi sia l'accertamento nei confronti della società sia quello nei confronti dei soci. Secondo il Consiglio di Stato, la notifica dell'accertamento relativo alla società anche ai soci rappresenta un onere, non un obbligo; la sua mancanza non pregiudica quindi la legittimità dell'accertamento. Il fatto che vi si proceda permette però una conduzione

⁵⁶ Una prima tesi affermava che la società, in quanto soggetto passivo dell'accertamento, pur non essendolo dell'obbligazione tributaria, disponeva in via esclusiva della legittimazione ad impugnare l'atto, escludendo da tale diritto i soci; questi ultimi avrebbero potuto contestare solo la determinazione dell'imposta accertata nei loro confronti con singoli atti di accertamento (ad esempio per un errato calcolo della quota di partecipazione). Tesi sostenuta da G. TREMONTI, *Imposizione ed effettività*, Giuffrè, 1977, 465.

Una seconda tesi identificava la qualità di soggetto passivo di imposta con il soggetto passivo del procedimento tributario (i soci), riconoscendo che l'accertamento unitario operava soltanto sul piano procedimentale ai fini della determinazione dell'imposta in capo ai soci. Secondo la tesi ora esposta il socio avrebbe potuto impugnare l'accertamento nei confronti della società mantenendo il diritto di impugnare anche l'accertamento a suo carico. Cfr. F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, Cedam, 1980, 104.

Un terza tesi individuava nella società l'unico soggetto legittimato ad impugnare l'accertamento le cui sorti avrebbero avuto effetto diretto anche nei confronti dei soci. In tal caso la società, nei confronti dei soci, agirebbe come rappresentante *ex lege*. Cfr. P. RUSSO, *Redditi delle società di persone: problemi in tema di accertamento e sanzioni*, in *Riv. Guar. Fin.*, 1981, 174 ss.

⁵⁷ Il comma 2, art. 40, DPR 600/1973 afferma: "Alla rettifica delle dichiarazioni presentate dalle società ed associazioni indicate all'art. 5 del DPR 29 settembre 1972 [ora art. 5, DPR 22 dicembre 1986, n. 917, n.d.r.] si procede con unico atto ai fini dell'imposta locale sui redditi dovuta dalle società stesse e ai fini delle imposte sul reddito delle persone fisiche ...".

⁵⁸ Si tratta di una procedura che è stata qualificata "bifasica". Difatti, oggetto della tassazione è l'attività svolta dalla società ma i suoi effetti reddituali sono direttamente riferibili ai soci e quindi loro attribuiti. Il reddito imputato ai soci su cui deve essere liquidata la relativa imposta è quello realizzato dalla società nell'esercizio della propria attività e pertanto, solo prendendo come riferimento la società è possibile procedere alla determinazione qualitativa e quantitativa del reddito dei soci. Cfr. F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria – profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Cedam, 2012, 250.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

unitaria e contestuale dell'accertamento del reddito della società. Ovviamente incombe in capo all'amministrazione finanziaria l'obbligo di notificare ai soci l'accertamento relativo al singolo reddito personale⁵⁹.

Tale procedura nasce da un'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 40, secondo la quale vi sarebbe una compressione della natura unitaria dell'avviso di accertamento a favore della tutela del diritto di difesa del contribuente. Solo nella prospettiva di garantire tale diritto, ancorché a scapito dell'unitarietà dell'accertamento del reddito societario, si può leggerlo ed interpretarlo.

Questa soluzione è stata affermata dalla giurisprudenza e successivamente anche dalla dottrina facendo prevalere il diritto di difesa del socio rispetto all'esigenza di un accertamento unitario e contestuale del reddito societario. Si deve pertanto escludere qualsiasi automatismo dell'accertamento anche in capo al socio; in particolare è stato affermato che "l'Amministrazione può considerare definitivi gli accertamenti solo quando questi siano decisi nell'ambito di un procedimento contenzioso in cui sia intervenuto ogni singolo socio, ovvero quando sia decorso nei confronti dello stesso il termine per impugnare⁶⁰". Si può perciò concludere che pur in presenza di accertamento unitario *ex art. 40, DPR 600/1973*, l'atto accertativo, per poter esplicare effetti, deve essere notificato non solo alla società ma anche nei confronti di tutti i soci⁶¹.

⁵⁹ Il nesso di consequenzialità che connette accertamento in capo alla società e l'accertamento in capo ai soci non parrebbe esonerare l'amministrazione finanziaria di motivare adeguatamente l'avviso destinato ai soci non solo con riferimento alla determinazione della quota di reddito loro spettante ma anche con riferimento agli aspetti sostanziali riguardanti la determinazione del reddito della società. Si veda corte di Cass., sent. 11 ottobre 2002, n. 14498 in *il fisco*, n. 36/2003, fascicolo 1, pag. 5638.e sent., 18 ottobre 2003, n. 4271 in *Riv. dir. trib.*, 2003, II, pag. 930.

⁶⁰ Consiglio di Stato, parere n. 68 del 17 gennaio 1984.

⁶¹ Non vige pertanto l'automatica estensione ai soci dell'accertamento alla società. Con ciò è stato tutelato il diritto costituzionale alla difesa del socio, prevedendo la notifica a quest'ultimo dell'accertamento emesso nei confronti della società. Tale soluzione è stata fatta propria anche dalla prassi dell'Amministrazione finanziaria che con la circolare n. 49/E del 2004 ha argomentato la necessità di notificare anche ai soci l'accertamento nei confronti della società sostenendo che tale notifica configura lo strumento giuridico necessario affinché il socio possa tutelare l'interesse sostanziale che si ritenga leso dall'accertamento eseguito nei confronti della società trasparente.

Anche la dottrina si è espressa a favore di tale obbligo in capo all'amministrazione finanziaria, in particolare si veda R. LUPI, *Responsabilità di soci per debiti della società personale, tra accertamento, avviso di mora e iscrizione a ruolo (una vittoria di Pirro)*, nota a Cassazione, 18012/2005; 10584/2007; Sez. Unite n. 16412/2007) in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, 1417; D. COPPA, *L'accertamento dei redditi prodotti in forma associata tra principio di trasparenza e garanzia del diritto di difesa* (nota a Cass., sent. 3 ottobre 2007, n. 20707) in *Rass. Trib.*, 2008,

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

9. Implicazioni in sede processuale

Spostando l'analisi sul **piano processuale** è possibile individuare una fase che vede coinvolti l'amministrazione finanziaria e la società ed una seconda fase processuale che coinvolge l'amministrazione finanziaria e i singoli soci in relazione al loro reddito personale rettificato sulla base del maggior reddito accertato in capo alla società⁶².

La prima considerazione da farsi è che si tratta di due distinte fasi processuali ma che poggiano sul medesimo presupposto. Può verificarsi tuttavia il caso, stante l'autonomia dei giudicati, che il presupposto impositivo venga diversamente determinato a seconda dei comportamenti processuali e delle diverse convinzioni che i giudici potrebbero assumere.

Per la soluzione della potenziale problematica, la giurisprudenza⁶³ e la dottrina⁶⁴ hanno proposto due possibili soluzioni. Da un lato era prospettabile la sospensione del processo; dall'altro si proponeva per l'adozione del litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.⁶⁵.

Nel corso del 2007 e del 2008 la Sezione Unite della Corte di Cassazione si sono espresse al riguardo, affermando la seconda soluzione. Il principio espresso dai supremi giudici si basa sulla necessità che sia garantito il litisconsorzio necessario qualora si sia in presenza di una fattispecie che contenga elementi comuni ad una pluralità di soggetti obbligati e sia proprio la posizione ad essi comune a costituire l'oggetto del ricorso⁶⁶. Al

415 L. FERLAZZO NATOLI – G. INGRAO, *Nullità degli “atti successivi”, non preceduti dagli “atti presupposti”*, in *Boll. Trib.*, 2007, 1561.

⁶² In questo caso può essere contestata la mancata od errata inclusione della quota di reddito all'interno del reddito complessivo del socio ma anche la quantificazione del reddito societario, qualora il socio non sia stato destinatario della notifica dell'accertamento relativo al reddito societario. Cfr. F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria – profili ricostruttivi di un modello impositivo*, cit., 264.

⁶³ Cass. Sez. Un. 4 giugno 2008, n. 14815.

⁶⁴ M. BASILAVECCHIA, *Rimessa alle Sezioni Unite la decisione sulle sentenze con nessi di pregiudizialità*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2007, 757; V. FICARI, *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti tra soci e società trasparenti*, in *Rass. Trib.*, 2007, 1132.

⁶⁵ Con riferimento alla plurisoggettività nel processo F. V. ALBERTINI, *Il processo con pluralità di parti*, in AA.VV., *Il processo tributario*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da Tesauro, Utet, 1999, 266.

⁶⁶ In particolare, nella sentenza del 2008, le sezioni Unite hanno affermato l'applicazione di tale principio in riferimento all'accertamento del reddito delle società di persone. Per le osservazioni svolte sulla sentenza del 2007 si veda in *Corr. Giur.*, 2007, 775 ss. e in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, II, 167 con nota adesiva di G. FALSITTA, *Presupposto unitario plurisoggettivo, giusto riparto e litisconsorzio necessario nella solidarietà passiva tributaria* seguita da Cass., sez. trib., 11 maggio 2007 n. 10792; in senso critico alle conclusioni della Suprema Corte tra gli altri, F

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

tempo stesso, sussiste l'obbligo di notificare ai soci l'avviso di accertamento relativo al reddito personale⁶⁷.

In conclusione si può affermare che dal punto di vista processuale, per verificare la sussistenza o meno del litisconsorzio obbligatorio, occorre guardare alla situazione sostanziale incardinata nel processo; vi sarà litisconsorzio necessario qualora la fattispecie costitutiva dell'obbligazione presenti elementi che sono comuni ad uno o più soggetti e l'impugnazione da parti di uno o più dei soggetti obbligati investa tali elementi. Sempre secondo la Cassazione, vi è litisconsorzio necessario allorché il ricorso sia proposto per contestare il reddito della società o le modalità del suo accertamento; in caso contrario esso vi sarà, solamente tra i soci, quando il ricorso introduttivo abbia ad oggetto la mera ripartizione del reddito o essi contestino la propria qualità (di socio)⁶⁸.

10. Determinazione del reddito imponibile della società

Le regole che attengono alla individuazione e determinazione del reddito imponibile della società è disciplinata dalle disposizioni contenute nel DPR 917/1986. Possiamo distinguere tre gruppi di norme che intervengono nella fase della quantificazione del reddito societario.

Il primo gruppo è rappresentato dall'art. 6 DPR 917/1986, il secondo è contenuto nel titolo I, capo VI del DPR 917/1986, l'ultimo è quello rappresentato dal titolo II.

10.1 Art. 6 DPR 917/1986

L'individuazione dei redditi che concorrono a formare il reddito della società di persone è un argomento che ha suscitato e suscita tutt'ora accessi dibattiti. Il legislatore, nell'introdurre le disposizioni riguardanti l'individuazione del reddito, ha sancito che, indipendentemente dalla tipologia di reddito conseguito dalla società, esso è qualificato come reddito d'impresa.

L'art. 6 del DPR 917/1986 reca una **presunzione assoluta** laddove, al terzo comma, afferma che "I redditi delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, da qualsiasi fonte provengano e quale che sia l'oggetto sociale, sono considerati redditi di impresa e sono determinati unitariamente secondo le norme relative a tali redditi".

Randazzo, *Litisconsorzio necessario fra condebitori d'imposta sugli atti di divisione* in *Corr. Trib.*, 2007, 997.

⁶⁷ Attestiamo quindi l'esistenza di una pluralità di avvisi di accertamento: quello nei confronti della società e quelli individuali notificati ai soci. L'atto di accertamento unitario è pertanto l'atto presupposto degli avvisi di accertamento in capo ai singoli soci.

⁶⁸ La posizione della Cassazione presenta alcune perplessità per quanto attiene al piano meramente processuale. Per gli opportuni approfondimenti di veda P. ACCORDINO, *Il rapporto tributario plurisoggettivo: riflessi processuali*, Giappichelli, 2011, 115 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Ne consegue che, indipendentemente dalla tipologia di provento conseguito dalla società, esso sarà qualificato come reddito d'impresa e seguirà pertanto le regole che presiedono alla sua determinazione⁶⁹.

Il dibattito sulla norma appena citata nasce dalle contraddizioni che tale regola porta a innescare. Difatti, mediante la presunzione citata, la società di persone è tenuta a **qualificare** come redditi di impresa anche tipologie di redditi che nulla hanno a che fare con l'esercizio dell'impresa⁷⁰.

In particolare, coloro che muovono critiche a tale regime osservano come, ad esempio, meri contributi ricevuti dall'impresa o anche plusvalenze da quest'ultima conseguite al momento del realizzo di eventuali beni appartenenti ad essa, nulla abbiano a che fare con l'esercizio dell'attività imprenditoriale e che pertanto il regime fiscale attualmente previsto presenta talune asistematicità⁷¹. Il legislatore tributario ha quindi scelto, per l'individuazione del reddito delle società commerciali, il criterio del "reddito entrata" anziché del "reddito prodotto"⁷².

La medesime considerazioni non possono essere svolte con riferimento alle società semplici. Per tali organizzazioni societarie il legislatore tributario conformandosi alla disciplina civilistica, ha escluso che possano esercitare attività d'impresa.

Il reddito delle società semplici è pertanto escluso dal c.d. principio di attrazione; pertanto esso sarà determinato in base alla categoria del reddito conseguito ed alle

⁶⁹ Il comma 1 dell'art. 5, individua 6 categorie di redditi per ognuna delle quali il DPR 917/1986 reca i presupposti, i soggetti passivi e le modalità di determinazione della base imponibile. Tali categorie reddituali sono:

- a) redditi fondiari;
- b) redditi di capitale;
- c) redditi di lavoro dipendente;
- d) redditi di lavoro autonomo;
- e) redditi d'impresa
- f) redditi diversi.

⁷⁰ Tale peculiare regime è comunemente definito nell'ambito del diritto tributario come "principio di attrazione del reddito d'impresa".

⁷¹ Riflessioni critiche sul principio della attrazione del reddito d'impresa, si veda V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit.; M. Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa: inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Giuffrè, 1993, G. FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze nelle imposte sul reddito*, Milano, 1986.

⁷² Tale conclusione nasce da una elaborazione fondata dalla dottrina aziendalistica risalente alla quale ha fatto seguito una lenta ma costante elaborazione del concetto anche nel campo tributario da parte della dottrina e della giurisprudenza. Per quanto attiene alla dottrina aziendalistica si veda, V. ZAPPA, *La determinazione del reddito nelle imprese commerciali, I valori di conto in relazione alla formazione del bilancio*, Roma, Ali, 1920-29, 225 ss; ID., *Il reddito d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, 273 ss. Per quanto riguarda il diritto tributario si veda G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Cedam, 2003, 18.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

conseguenti regole di determinazione reddituale⁷³. Una volta determinati redditi conseguiti dalla società semplice, essi saranno attribuiti ai soci, in base al criterio della trasparenza ex art. 5, DPR 917/1986.

Si può quindi trarre la conclusione che, con specifico riferimento alle società semplici, la differenza di carattere sistematico che le distingue dalle società di persone di natura commerciale è rappresentata dalla modalità di quantificazione del reddito. In linea di principio si può affermare che questo, dal punto di vista tributario, non implica sostanziali differenze rispetto al percepimento dei medesimi redditi da parte dei singoli soci senza l'interposizione della società semplice. La trasparenza opera perciò non solo in merito alla imputazione del reddito ma anche in merito alla sua quantificazione.

Al contrario, tutti i redditi delle società di persone commerciali confluiscono in un'unica categoria reddituale che è quella del reddito d'impresa e saranno conseguentemente soggetti alle regole applicabili ai componenti positivi e negativi conseguiti nel suo ambito.

Ulteriore peculiarità che merita di essere evidenziata in relazione al regime tributario della società semplice e che la distingue dalle società di persone commerciali, attiene al fatto che non è verificato il presupposto di cui al DLgs 446/1997. Pertanto le società semplici non sono soggetti passivi dell'imposta regionale sulle attività produttive.

10.2 Regole generali per la determinazione del reddito delle società di persone commerciali

La determinazione del reddito della società di persone che svolge attività d'impresa avviene in base ad un criterio analitico. Con la definizione "analitico", con specifico riferimento alla quantificazione reddituale, s'intende la puntuale differenza tra componenti positivi di reddito e componenti negativi, escludendo pertanto, in via generale, possibili determinazioni reddituali di tipo forfetario⁷⁴. Tale regime di determinazione del reddito dell'impresa è adeguato al rispetto del principio della tassazione del reddito al netto dei costi sostenuti per produrlo ed esclude, al tempo stesso, che possano essere adottati, in linea generale, criteri per la quantificazione del reddito che si discostino dai corrispettivi concordati tra le parti: attribuendo così rilevanza alle pattuizioni contrattuali ed escludendo inoltre poteri valutativi in capo all'amministrazione finanziaria⁷⁵.

⁷³ Se pertanto la società semplice avrà conseguito dei redditi di capitale o dei redditi fondiari o altre tipologie di reddito, ognuna di esse dovrà essere determinata in base alle regole applicabili in base alla categoria alla quale il reddito appartiene.

⁷⁴ L'analiticità del reddito d'impresa si contrappone perciò alle determinazioni che privilegiano criteri meno puntuali ma a vantaggio della semplicità.

⁷⁵ Restano applicabili i criteri valutativi da parte dell'amministrazione finanziaria qualora vi siano elementi che fanno presumere che siano poste in essere operazioni manifestamente anti

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Le regole che attengono alla determinazione del reddito delle società implicano l'analisi degli altri due gruppi di norme, quelli di cui al titolo I, capo VI del DPR 917/9186 e quello rappresentato dal titolo II. I due fasci di norme sopra ricordate interagiscono nel seguente modo: le disposizioni di cui al titolo I, capo VI, con riferimento alle regole per la determinazione del reddito, recano disposizioni specifiche applicabili dalle società di persone mentre le regole generali per la determinazione del reddito sono, per effetto del rimando espresso di cui all'art. 56, comma 1, DPR 917/1986, contenute nel titolo II (che è dedicato alla determinazione del reddito delle società soggette all'imposta sul reddito delle società).

Per quanto attiene ai criteri generali per la determinazione del reddito dell'impresa, le società di persone devono quantificare il reddito imponibile applicando le specifiche disposizioni tributarie che, ove applicate potranno comportarne un possibile incremento o decremento.

Il reddito imponibile si determina assumendo come dato di partenza il risultato civilistico. Il legislatore tributario ha adottato un criterio di c.d. **dipendenza** del reddito imponibile dal risultato civilistico. Si assume quindi che il profitto o la perdita conseguita secondo criteri civilistici sia rappresentativa – in linea di principio e ferme restando le singole disposizioni tributarie applicabili ai sensi del DPR 917/1986 – di una grandezza che soddisfi il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 C. oltre a garantire sufficienti garanzie in capo all'amministrazione finanziaria in termini di controllo⁷⁶.

In merito alla adeguatezza del rendiconto a fungere da documento idoneo a rappresentare la ricchezza prodotta dall'impresa affinché essa sia oggetto di tassazione, è stato osservato che esso è assimilabile, a tutti gli effetti, ad un bilancio d'esercizio⁷⁷.

economiche, oppure sono soggetti a regimi di determinazione del reddito su base forfetaria specifiche categorie di contribuenti. Cfr. R. LUPI, *Diritto tributario*, Giuffrè, 2002, 39 ss.

⁷⁶ In particolare, l'art. 83 DPR 917/1986 – applicabile per effetto del rimando di cui all'art. 56 – prevede che “Il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico dell'esercizio, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione”. La previsione di una immediata rilevanza del risultato civilistico anche ai fini tributari non sarebbe stata percorribile stante il potenziale contrasto tra le norme che disciplinano la redazione del bilancio e le norme che ispirano il prelievo tributario in presenza di capacità contributiva. Il bilancio, o più precisamente il rendiconto della società, deve essere redatto in ottemperanza al principio della prudenza mentre il prelievo tributario deve essere effettuato sulla base della capacità contributiva. In aggiunta, si tenga presente che i criteri che disciplinano la redazione del rendiconto sono caratterizzati da un ampio margine di valutazione in capo agli amministratori; lo stesso criterio non poteva, per ovvie ragioni, essere mantenuto anche con riferimento alla tassazione del reddito.

⁷⁷ G. COTTINO, *Diritto societario*, Cedam, 2011, 97 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Tuttavia, se il rendiconto può essere pianamente assimilato al bilancio, meno convincente è la sua finalità costitutiva dell'utile, avendo solo finalità di tipo accertativo⁷⁸.

Oltre al regime della determinazione del reddito in base al criterio della c.d. dipendenza, il DPR 917/1986 prevede dei principi generali per la determinazione del reddito imponibile. Tali principi sono enunciati dall'art. 109, DPR 917/1986 – rubricato “norme generali sui componenti del reddito d'impresa” - e sono individuabili nel principio della competenza, dell'inerenza e della previa imputazione a conto economico.

Il primo comma dell'art. 109 DPR 917/1986 afferma che, qualora non diversamente stabilito da singole clausole, il reddito imponibile dell'impresa è determinato applicando il principio della competenza (analogamente al principio applicato in sede di redazione del bilancio). Tuttavia, al secondo periodo, si stabilisce una regola da cui traspare la preoccupazione del legislatore tributario per il caso che fosse prevalso l'altro principio generale, quello della prudenza che contraddistingue la redazione del bilancio d'esercizio.

Si afferma infatti che, in ogni caso, i componenti positivi e negativi di reddito, salvo deroghe espressamente previste, concorrono a formare il reddito imponibile nell'esercizio in cui tali componenti reddituali assumono i requisiti della certezza e della obiettiva determinabilità. Tale clausola è condivisibilmente motivata dall'esigenza di contribuire a dare un maggior grado di certezza del diritto a favore sia del contribuente sia dell'amministrazione finanziaria nonché, come sopra detto, evitare che in applicazione del criterio della prudenza possano essere imputati nel conto economico costi spese caratterizzate da un alto grado di aleatorietà e, al tempo stesso, possano essere fiscalmente dedotti⁷⁹.

Completiamo il discorso rilevando che il secondo comma dell'art. 109 statuisce alcune regole speciali per l'individuazione dell'esercizio della competenza tributaria. Esso prevede criteri oggettivi per l'individuazione dell'esercizio di competenza relativamente ai componenti di reddito che tipicamente le imprese conseguono o sostengono⁸⁰.

⁷⁸ Per una esaustiva disamina del tema del rendiconto delle società di persone si veda L. BENATTI, *Il rendiconto delle società di persone*, in *Quaderni di Giur Comm.*, Giuffrè, 2006.

⁷⁹ L'assegnare il requisito della certezza e della oggettiva determinabilità permette di fissare delle regole chiare circa il momento in cui taluni componenti reddituali assumono rilevanza fiscale, ciò nell'intento di ridurre i possibili margini di discrezionalità e quindi limitare i possibili contenziosi.

⁸⁰ I costi ed i ricavi connessi alle cessioni di beni assumono rilevanza fiscale nel momento in cui il bene mobile è consegnato alla controparte. Per i beni immobili il momento della rilevanza fiscale del componente reddituale coincide con l'esercizio nel corso del quale è redatto l'atto che sancisce il passaggio della proprietà del bene. In ultimo, in relazione alle prestazioni di servizi, si applica un criterio che distingue nettamente la rilevanza civilistica delle prestazioni di

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Il secondo principio, di **inerenza**, statuisce la deducibilità nella determinazione del reddito imponibile delle sole spese ed oneri sostenuti nell'esercizio dell'impresa.

Occorre osservare che l'inerenza è stata correttamente qualificata come una norma senza disposizione⁸¹. Difatti, ad un'attenta lettura del comma 5 dell'art. 109 (la norma che dovrebbe contenere la statuizione del principio dell'inerenza) si evince che essa reca solo un principio di coerenza, inteso come regola secondo la quale, se l'impresa consegue proventi esenti da imposta, correlativamente anche i costi connessi a tali proventi non sono fiscalmente deducibili.

Il principio di inerenza è tuttavia evincibile in via interpretativa, sia in base alle disposizioni costituzionali, sia adottando un'interpretazione sistematica di quelle che disciplinano la determinazione del reddito d'impresa. Esso trova accoglienza, dal punto di vista costituzionale, nell'art. 53 e art. 3. L'art. 53, nella accezione che interessa la particolare categoria reddituale, è stato correttamente interpretato nel senso che la capacità contributiva dell'impresa deve essere assunta al netto delle spese sostenute nell'esercizio dell'attività.

Possiamo pertanto affermare che la determinazione del reddito imponibile della società di persone soggiace al principio che i costi sostenuti sono fiscalmente deducibili se sostenuti nell'esercizio dell'impresa.

Il terzo principio di carattere generale attinente alla determinazione del reddito dell'impresa è contenuto nel comma 4, art. 109, DPR 917/1986. Anch'esso, ribadiamo, è un principio che si applica in sede di determinazione del reddito della società; prevede che le spese e gli altri componenti negativi di reddito possono assumere rilevanza fiscale solo se imputati nel prospetto del conto economico dell'esercizio in cui si vuole effettuare la deduzione fiscale ovvero negli esercizi precedenti. Trattasi di una tipica regola che caratterizza la determinazione del reddito d'impresa. Sulle sue motivazioni la dottrina non ha espresso opinioni univoche, ritenendo alcuni che essa sia volta ad evitare ogni possibile distribuzione di utili che non siano stati previamente assoggettati ad imposizione; altri che sarebbe volta ad accertare che la deduzione fiscale del costo

servizi rispetto alla rilevanza tributaria. Secondo il comma secondo dell'art. 109, difatti, le prestazioni di servizi concorrono a formare il reddito imponibile, come regola generale, nell'esercizio in cui sono ultimate. Ad eccezione delle ipotesi in cui per le prestazioni di servizi sono previsti dei corrispettivi periodici; in tal caso la competenza tributaria dei componenti di reddito connessi a tali prestazioni di servizi coincide con la maturazione del corrispettivo secondo un criterio di maturazione *pro rata temporis*.

⁸¹ G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in AA. VV. *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Utet, 1994, 556 ss.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

sia concesso solo per oneri realmente sostenuti, quindi imputati nel prospetto di bilancio del conto economico⁸².

11. Soggettività delle società di persone ai fini Irap

Se la soggettività delle società di persone che svolgono attività d'impresa è esclusa ai fini delle imposte personali (Ipef), essa non può essere esclusa con riferimento all'imposta regionale sulle attività produttive (Irap).

Nel caso dell'Irap, il DLgs n. 446/1997 afferma espressamente che l'imposta ha carattere **reale** ai sensi dell'art. 1, DLgs 467/1997. Corollario di tale peculiarità è che anche le società di persone assumono rilevanza ai fini di tale imposta. In particolare, l'art. 2, D.Lgs. 446/1997 individua il presupposto nell'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. Prosegue poi il secondo periodo introducendo una presunzione assoluta secondo la quale "*L'attività esercitata dalle società e dagli enti, compresi gli organi e le amministrazioni dello Stato, costituisce in ogni caso presupposto dell'imposta*".

Oltre all'espressa affermazione di cui all'art. 1 citato, la natura della realtà dell'imposta e della non personalità si evince anche dalla struttura dell'imposta, che non si identifica in funzione di un soggetto ma è autonomamente definita in termini oggettivi e riferita, in un momento successivo, al soggetto rispetto al quale si individua un collegamento – in sé estraneo – al presupposto oggettivamente considerato⁸³.

Ulteriore conferma della realtà dell'imposta e quindi della soggettività passiva in capo alle società di persone la si evince dalla sfera di applicazione territoriale del tributo, che avviene sulla base di criteri oggettivi anziché personali, laddove è previsto che l'imposta è applicata "sulle attività produttive esercitate nel territorio delle regioni".

In verità, ad una più attenta analisi, l'Irap mal si presta ed essere qualificata come mera imposta avente carattere esclusivamente reale ed impersonale, sussistendo casi in cui l'aspetto soggettivo non è meramente secondario ma, al contrario, assume rilevanza costitutiva. La realtà del tributo pare quindi avere valore descrittivo di una disciplina provvista di una propria struttura logica, piuttosto che esplicativo e giustificativo di questa. Basti pensare ai soggetti che esercitano attività di impresa diversi dalle persone fisiche per i quali la qualifica soggettiva assume rilevanza ai fini della sussistenza del presupposto d'imposta⁸⁴.

⁸² Per una esaustiva dissertazione sulla diverse possibili motivazioni di tale regola si veda G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in AA. VV. *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Utet, 1994, t. II, 469 ss.

⁸³ A. FEDELE, *Prime osservazioni in tema di Irap*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, 467; ID, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, I, 450 ss.

⁸⁴ R. SCHIAVOLIN, *L'imposta regionale sulle attività produttive – profili sistematici*, Giuffrè, 2007, 173.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Il DLgs 446/1997 in verità, a scopo probabilmente semplificatorio, individua, all'art. 3, taluni presupposti di carattere soggettivo, ma tali presupposti si ritiene non siano da intendere aventi carattere di esaustività bensì di mera esemplificazione⁸⁵.

Appurata quindi la soggettività passiva delle società di persone esercenti attività commerciale, occorre analizzare il concetto di "attività produttiva". Il DLgs 446/1997 con riferimento alla determinazione della base imponibile, quindi all'attività produttiva, adotta un criterio che tiene conto della tipologia di attività svolta dal soggetto passivo. Con specifico riferimento a quella posta in essere dalla società di persone, l'art. 5 *bis*, rubricato "Determinazione del valore della produzione netta delle società di persone e delle imprese individuali" reca le regole per la determinazione della base imponibile⁸⁶.

⁸⁵ A conferma di ciò si ricorda che pur essendo elencate tra i soggetti passivi di cui all'art. 3, le persone fisiche esercenti attività d'impresa o di lavoro autonomo, non comportano la sussistenza del presupposto qualora l'attività non sia svolta mediante una autonoma organizzazione. In verità, su questo aspetto, la conclusione citata è non stata fin da subito piana, essendosi sviluppato un importante contenzioso con l'amministrazione finanziaria la quale tendeva a privilegiare il presupposto soggettivo recato dall'art. 3 rispetto al presupposto oggettivo di cui all'art. 2, che invece il contribuente riteneva corretto privilegiare. Sulla vicenda, sono poi intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Cfr. Sentenze delle sez. unite del 26 maggio 2009, n. 12108, n. 12109, n. 12110 e 12111.

⁸⁶ L'art. 5 *bis* reca: "Per i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), la base imponibile è determinata dalla differenza tra l'ammontare dei ricavi di cui all'articolo 85, comma 1, lettere a), b), f) e g), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e delle variazioni delle rimanenze finali di cui agli articoli 92 e 93 del medesimo testo unico, e l'ammontare dei costi delle materie prime, sussidiarie e di consumo, delle merci, dei servizi, dell'ammortamento e dei canoni di locazione anche finanziaria dei beni strumentali materiali e immateriali. Non sono deducibili: le spese per il personale dipendente e assimilato; i costi, i compensi e gli utili indicati nel comma 1, lettera b), numeri da 2) a 5), dell'articolo 11 del presente decreto; la quota interessi dei canoni di locazione finanziaria, desunta dal contratto; le perdite su crediti; l'imposta comunale sugli immobili di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504. I contributi erogati in base a norma di legge concorrono comunque alla formazione del valore della produzione, fatta eccezione per quelli correlati a costi indeducibili. I componenti rilevanti si assumono secondo le regole di qualificazione, imputazione temporale e classificazione vevoli per la determinazione del reddito d'impresa ai fini dell'imposta personale.

I soggetti di cui al comma 1, in regime di contabilità ordinaria, possono optare per la determinazione del valore della produzione netta secondo le regole di cui all'articolo 5. L'opzione è irrevocabile per tre periodi d'imposta e deve essere comunicata con le modalità e nei termini stabiliti con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate da emanare entro il 31 marzo 2008. Al termine del triennio l'opzione si intende tacitamente rinnovata per un altro triennio a meno che l'impresa non opti, secondo le modalità e i termini fissati dallo stesso provvedimento direttoriale, per la determinazione del valore della produzione netta secondo le

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: ASPETTI TRIBUTARI

Essa è data dai proventi dell'attività caratteristica dell'impresa al netto dei relativi costi, ad eccezione del costo per il personale dipendente ed assimilato che è, in ogni caso, indeducibile al fine della determinazione del valore della produzione rilevante ai fini Irap.

Caratteristica peculiare della base imponibile di cui all'art. 5 *bis* citato, è il diretto rimando a componenti reddituali qualificati all'interno del DPR 917/1986 e non dal codice civile (al contrario di quanto previsto per le società di capitali). Pertanto, le qualificazioni recate in materia di tassazione diretta assumeranno rilevanza fiscale anche ai fini della base imponibile Irap.

A differenza delle imposte sui redditi e a conferma della tassazione avente natura reale, l'eventuale base imponibile negativa realizzata in un esercizio non potrà essere oggetto di riporto in avanti negli esercizi successivi come avviene per l'imposta personale.

Sempre con riferimento alla base imponibile, occorre evidenziare che le regole per la sua determinazione sono state integrate per effetto dall'approvazione della legge n. 244/2007. E' stato aggiunto un secondo periodo al comma 5 bis, al fine di permettere alle società di persone di optare per le regole per la determinazione della base imponibile applicabile alle società di capitali. Tale opzione è esercitabile qualora la società di persone sia soggetta al regime contabile ordinario anziché quello semplificato⁸⁷.

In caso di opzione per il regime di cui all'art. 5, DLgs 446/1997, la struttura della base imponibile non subirà sostanziali modifiche, essendo sempre assunto a tassazione il valore della produzione connesso all'esercizio dell'attività caratteristica. La differenza di carattere sistematico che ne conseguirebbe, in caso di esercizio dell'opzione di cui al citato art. 5 *bis*, è connessa alla rilevanza fiscale delle qualificazioni, imputazioni temporali e classificazioni così come previste dai corretti principi contabili.

Ne conseguirebbe, pertanto, una maggiore discrezionalità da parte dell'amministrazione finanziaria nell'eccepire o meno il corretto regime civilistico assegnato a talune poste di bilancio⁸⁸.

regole del comma 1; anche in questo caso, l'opzione è irrevocabile per un triennio e tacitamente rinnovabile”.

⁸⁷ Il regime contabile ordinario è quello disciplinato dall'art. 13, DPR 600/1973; il regime contabile semplificato è quello recato dal successivo art. 18.

⁸⁸ Ci permettiamo di segnalare sul tema, A. VICINI RONCHETTI, *Il principio di derivazione ai fini Irap: conseguenze in termini di base imponibile e riflessioni sistematiche*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5/2009.

LE BANCHE DEI PAESI NON APPARTENENTI ALL'UNIONE EUROPEA E L'EROGAZIONE DI CREDITO ALLA CLIENTELA ITALIANA

di ILARIA CAPELLI

L'Autrice analizza il tema dell'erogazione del credito da parte di banche extracomunitarie verso gli operatori economici italiani.

1. L'esercizio di attività in Italia da parte di banche non appartenenti ai Paesi dell'Unione europea. L'apertura di succursali.

L'erogazione del credito da parte di banche extracomunitarie verso gli operatori economici italiani¹ presuppone il contatto fra i diversi attori in gioco, contatto che si

¹ L'operazione di erogazione del credito di cui si tratta in questo lavoro comprende tutti i negozi giuridici che risultino caratterizzati dalla comune *ratio* dell'approntamento di mezzi finanziari a favore di un soggetto: a titolo meramente esemplificativo, si può rinviare alla locazione finanziaria, all'acquisto o alla cessione di crediti, alla cartolarizzazione, alle operazioni di credito al consumo, ecc. Si tratta di forme di finanziamento di varia natura che risultano caratterizzate dall'attualità o dalla semplice potenzialità dell'esborso, mentre è indifferente la presenza o meno di garanzie, la durata, l'esistenza di un rapporto sottostante o di condizioni di qualsiasi tipo a cui risulti subordinata la concessione stessa; sul punto, faccio rinvio a G. ARTALE, L. CRISCUOLO, P. PANICO, *Le attività, i soggetti i collaboratori esterni*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* a cura di E. Galanti, vol. V, del *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2008, 313. L'erogazione del credito in questo contesto è caratterizzata dalla specifica qualifica del soggetto erogante, ovvero la banca, secondo la nozione contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. b), TUB: "l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria"; la direttiva 2000/12/CE utilizza la denominazione "ente creditizio", anziché "banca", precisando che per ente creditizio si intende qualsiasi impresa che svolga attività di ricezione dal pubblico di depositi o di altri fondi rimborsabili e di concessione di crediti per proprio conto. La successiva direttiva 2000/28/CE del 18 settembre 2000 ha esteso la definizione di ente creditizio anche agli istituti di moneta elettronica di cui alla direttiva 2000/46/CE recepita in Italia dall'art. 55 l. 1° marzo 2002, n. 39, pertanto sono enti creditizi sia le imprese che svolgono attività di intermediazione nella circolazione del denaro, sia gli istituti di moneta elettronica; in argomento, rinvio a P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, terza

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

realizza tradizionalmente grazie all'apertura di una succursale, oppure mediante forme di "incontro" che prescindono da una stabile organizzazione e che possono realizzarsi, come accade sempre più di frequente, per mezzo di *internet*. A seconda della presenza o meno di una succursale nel territorio del nostro Paese cambia la disciplina applicabile.

Per l'istituzione di una succursale di una banca estera in Italia è dettata una disciplina diversificata a seconda che si tratti di banche comunitarie o extracomunitarie: per le prime, è sufficiente una comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità competente dello Stato di appartenenza (art. 15, terzo comma, TUB); per le seconde, invece, sussiste il dovere di ottenere un'autorizzazione, dovere che concerne sia l'attivazione del primo impianto, sia l'apertura delle successive succursali².

L'autorizzazione all'istituzione di succursali da parte di banche extracomunitarie è rilasciata dalla Banca d'Italia sentito il ministero degli affari esteri, tenendo conto delle condizioni di reciprocità e previo accertamento in ordine alla sussistenza del capitale minimo, al programma e ai requisiti di professionalità onorabilità ed indipendenza degli esponenti aziendali.

La concessione dell'autorizzazione risponde a criteri di alta discrezionalità tecnica e non è soggetta alla modifica apportata all'art. 19 della L. 241/90 - nella prospettiva della semplificazione - dall'art. 2, comma decimo, L. 537/93, norma quest'ultima che ha sostituito con una dichiarazione di inizio attività gran parte dei provvedimenti autorizzatori "il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge" (attuale art. 19, primo comma, L. 241/90)³. L'ampiezza della discrezionalità nella concessione dell'autorizzazione si

ed., Milano, 2009, 21. Naturalmente le banche possono erogare altri e diversi servizi, tra i quali quelli rientranti nel c.d. settore parabancario: si tratta di servizi di natura finanziaria, che sono svolti dalle banche (o da altri intermediari finanziari), a favore della propria clientela, per soddisfare diversi interessi, quali l'assistenza alle imprese, la mediazione nei rapporti di affari, l'erogazione di forme alternative di finanziamento (come il *leasing* e il *factoring*): tali attività possono oggi farsi rientrare nell'ampio genere delle attività finanziarie, cui si riferisce l'art. 10, terzo comma, TUB, ovvero nelle attività connesse o strumentali, cui pure si riferisce la norma citata. Rientrano nell'ambito del parabancario sia il comparto dei servizi, in cui è preminente il carattere accessorio alla funzione bancaria (informatica, consulenza finanziaria, revisione contabile, ecc.), sia il settore produttivo di vere e proprie forme alternative al finanziamento bancario, attuato attraverso il ricorso diretto al risparmio privato mediante emissione di titoli atipici (certificati di finanziamento, fidi patrimoniali, fondi comuni, accettazioni, ecc.); la definizione è riportata da M. SPINELLI, G. GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, 446 e P. BONTEMPI, *op. cit.*, 24.

² Le due fattispecie sono, rispettivamente, disciplinate agli artt. 14, quarto comma, e 15, quarto comma, TUB.

³ A. ANTONUCCI, *Commento all'art. 14*, in *Testo unico bancario. Commentario* a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2010, 157, nt. 13

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

collega strettamente al coinvolgimento del ministero degli affari esteri⁴ e al fatto che le condizioni minime richieste, corrispondenti a quelle del primo comma, lett. b), c) ed e), sono configurate quali necessarie e non sufficienti all'ottenimento della stessa⁵.

Per gli insediamenti successivi, il quarto comma dell'art. 15 prevede la necessità di un analogo provvedimento autorizzatorio, rilasciato però dalla sola Banca d'Italia, senza ulteriori specificazioni⁶.

La nozione di succursale è delineata nell'art. 1, secondo comma, lett. e), TUB, norma che riprende fedelmente quella contenuta nella Prima direttiva CEE in materia bancaria (direttiva 77/780, art. 1): si intende per succursale una "sede che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l'attività della banca".

L'istituzione di una o più succursali non esaurisce le possibili forme di esercizio di attività bancaria in Italia da parte di banche estere. Certamente vi sono attività, specie quelle rivolte alla clientela *retail*, per le quali la presenza fisica, attraverso lo stabilimento, è tradizionalmente richiesta: si pensi alle operazioni di credito fondiario - edilizio, alle operazioni di credito al consumo e a tutte le attività per le quali un'operatività diretta dall'estero mal si concilierebbe con una clientela tradizionalmente abituata ad un contatto diretto con l'istituzione.

Ciononostante, come si accennava in precedenza, gli sviluppi della tecnologia agevolano, molto più che in passato, l'esercizio di attività finanziarie in assenza di un vero e proprio insediamento, quale una succursale, ed anche in assenza di punti operativi temporanei nello Stato ove risiede il cliente.

2. La prestazione di servizi senza stabilimento: l'autorizzazione della Banca d'Italia.

In ordine alla prestazione di servizi senza stabilimento, il legislatore ha adottato il principio del doppio binario autorizzativo⁷: la prestazione di servizi bancari all'interno

⁴ M. P. DE TROIA, E. GALANTI, *L'accesso all'esercizio dell'attività*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, vol. V, del *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2008, 422.

⁵ I criteri da seguire per il rilascio dell'autorizzazione ad aprire la prima succursale sono indicati con il decreto del ministero del tesoro del 9 agosto 1993 e risultano finalizzati a garantire lo scambio di informazioni tra l'autorità italiana e l'autorità del Paese extracomunitario d'origine.

⁶ Secondo la dottrina, il riferimento alla sola Banca d'Italia e non, come accade per l'apertura della prima succursale, anche al ministero degli affari esteri consente di ritenere che, appunto nel caso di apertura di succursali successive alla prima, lo spazio di valutazione non sia più altamente discrezionale, ma risulti limitato ai suoi fini istituzionali; in argomento: A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009, 210.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

dell'Unione europea è soggetta a meri obblighi di preventiva comunicazione, mentre la prestazione di servizi da parte di banche italiane al di fuori della comunità e la prestazione di servizi da parte di banche extracomunitarie in Italia richiede una formale autorizzazione della Banca d'Italia, sentita la CONSOB con riferimento alle attività di intermediazione mobiliare (art. 16, quarto comma, TUB).

Il migliore trattamento delle banche comunitarie in occasione della prestazione di servizi in Italia discende direttamente dai principi contenuti nel Trattato in ordine alla libera operatività delle imprese all'interno del mercato europeo: nel Trattato, infatti, si disciplina il diritto di stabilimento (artt. 43 - 48), inteso come libertà di trasferimento di un'impresa o di apertura di una succursale in un altro Stato membro, nonché la libera prestazione dei servizi (artt. 49 - 55), intesa come libertà di prestazione della propria attività in altri Stati membri, senza trasferimento di impresa o senza apertura in loco di entità operative⁸.

In linea generale, con riferimento all'operatività delle banche estere, comprensiva dell'apertura di succursali, le relazioni con i Paesi terzi sono prese in considerazione dalla direttiva 2006/48/CE, che fa divieto di riservare alle banche extracomunitarie un trattamento più favorevole rispetto a quanto previsto per le succursali di banche comunitarie (art. 38, par. 1)⁹; la stessa Direttiva promuove un'interlocuzione europea con i Paesi terzi, sia ai fini di una collaborazione fra autorità per l'esercizio della vigilanza consolidata (art. 39)¹⁰, sia ai fini del raggiungimento di

⁷ Così F. CAPELLI, P. GRASSI, *La libera prestazione di servizi*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, commento al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, vol. 1, Bologna, 2003, 277.

⁸ Sul punto, si rinvia alle disposizioni della Seconda direttiva bancaria (89/646/CEE) e al commento di G. NAPOLETANO, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, vol. V, del *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2008, 430.

⁹ Art. 38, comma primo, direttiva 2006/48/CE: "Gli Stati membri non applicano alle succursali di enti creditizi aventi la loro sede sociale fuori della Comunità, per quanto riguarda l'accesso all'attività e per il suo esercizio, disposizioni da cui risulti un trattamento più favorevole di quello cui sono sottoposte le succursali di enti creditizi aventi la loro sede sociale nella Comunità".

¹⁰ Art. 39, direttiva 2006/48/CE: "La Commissione, su richiesta di uno Stato membro o di propria iniziativa, può presentare al Consiglio proposte per negoziare accordi con uno o più Paesi terzi, in merito alle modalità di applicazione della vigilanza su base consolidata dei seguenti enti: a) enti creditizi la cui impresa madre abbia sede in un Paese terzo; b) enti creditizi situati in un Paese terzo la cui impresa madre, che sia un ente creditizio o una società di partecipazione, abbia sede nella Comunità. Gli accordi di cui al paragrafo 1 sono volti, in particolare, a garantire la possibilità: a) da un lato, per le autorità competenti degli Stati membri, di ottenere le informazioni necessarie alla vigilanza, in base alla situazione finanziaria consolidata, di un ente creditizio o di una società di partecipazione finanziaria che sono situati

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

eventuali accordi finalizzati ad un trattamento omogeneo della succursale di banca extracomunitaria su tutto il territorio comunitario (art. 38, par. 3)¹¹.

La necessaria autorizzazione della Banca d'Italia trova giustificazione nella potenziale pericolosità insita in tali operazioni, in ragione delle variabili dell'ordinamento cui appartiene la banca che eroga il credito; anche nel caso in cui le parti abbiano contrattualmente previsto l'applicazione dell'ordinamento italiano e stabilito la competenza giurisdizionale del giudice italiano, sussisterebbero comunque forti incertezze in merito al recupero del credito o, in generale, alla soddisfazione delle ragioni delle controparti italiane, in assenza di fondi vincolati in Italia per la soddisfazione di tali crediti¹². Va, però, ricordato che vi sono ordinamenti che, pur appartenendo a Paesi terzi, garantiscono, in virtù di una consolidata tradizione nel settore, le medesime forme di tutela della clientela presenti nei paesi dell'Unione europea.

3. La prestazione di servizi senza stabilimento. Casistica.

L'operazione di erogazione del credito può presentare numerose variabili, a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto tra le parti e, in particolare, a seconda dell'effettivo svolgersi della fase delle trattative e, prima ancora, della paternità (della banca o dello stesso cliente) della stessa iniziativa prenegoziale¹³. Pertanto, per

nella Comunità e hanno come filiazione un ente creditizio o un ente finanziario situato al di fuori della Comunità, o detengono una partecipazione in tali enti; e

b) dall'altro, per le autorità competenti dei Paesi terzi, di ottenere le informazioni necessarie alla vigilanza delle imprese madri la cui sede si trova sul loro territorio, che hanno come filiazione un ente creditizio o un ente finanziario situato in uno o più Stati membri, o che detengono partecipazioni in tali enti”.

¹¹ Art. 38, par. 3, direttiva 2006/48/CE: “Fatto salvo il paragrafo 1, la Comunità può, mediante accordi conclusi con uno o più paesi terzi, stabilire l'applicazione di disposizioni che accordano alle succursali di un ente creditizio avente la sua sede sociale fuori della Comunità il medesimo trattamento su tutto il territorio di quest'ultima”.

¹² Così F. CAPELLI, P. GRASSI, *op. cit.*, 280.

¹³ Le diverse variabili appena evocate, cui si aggiungono i nuovi canali di comunicazione *on line* tra banche e potenziali clienti, ci consegnano una pletora di possibilità che debbono essere ricondotte alla disciplina delineata dal quarto comma dell'art. 16, in un contesto segnato da quella peculiare forma di incertezza giuridica che “caratterizza le attività transfrontaliere”. Il riferimento all'incertezza giuridica è rinvenibile negli stessi documenti ufficiali dell'Unione europea: nella Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, nel terzo Considerando, con riferimento ai rapporti tra gli Stati membri, si ricordano gli ostacoli derivanti “da procedure amministrative eccessivamente gravose, dall'incertezza giuridica che caratterizza le attività transfrontaliere e dalla mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri”; se questa è la condizione tra gli Stati dell'Unione europea, ben maggiori sono le difficoltà che caratterizzano i rapporti *cross border* con Paesi extracomunitari. Analoghe osservazioni sono rinvenibili nel

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

inquadrare al meglio la prestazione di servizi bancari senza stabilimento è opportuno prendere in considerazione i possibili schemi di condotta coinvolgenti l'istituto che eroga il credito e il cliente, o beneficiario.

La norma contenuta nell'art. 16, quarto comma, TUB presuppone, ovviamente, l'assenza di una succursale: la disposizione si applica nei soli casi in cui manchi lo stabilimento di un permanente punto operativo o, comunque, in assenza dell'istituzione di una struttura operativa stabile¹⁴. È, invece, compatibile con la fattispecie il ricorso ad un'organizzazione temporanea.

Escluse le ipotesi in cui sia ravvisabile la costituzione di un punto operativo permanente, l'ambito di operatività dell'art. 16, quarto comma, TUB deve essere ricostruito avendo a mente i principi comunitari in merito alla prestazione di servizi senza stabilimento (artt. 59 - 61 Trattato CE). Le norme contenute nell'art. 16 TUB, infatti, regolano la materia della libera prestazione di servizi in attuazione degli artt. 20 e 23 della Seconda direttiva bancaria con riferimento all'attività svolta nel territorio di altro Stato membro dalla banca che fornisce il servizio¹⁵; è, quindi, utile partire dall'analisi delle norme comunitarie al fine di meglio interpretare la norma dell'ordinamento italiano, in un contesto in cui la disciplina comunitaria è in grado di mettere a disposizione dell'interprete gli schemi di riferimento, a partire dai quali è possibile ricostruire la specifica disciplina dedicata all'operatività delle banche extracomunitarie.

In questa prospettiva, e ricorrendo appunto agli schemi messi a disposizione dall'ordinamento comunitario, l'attività transnazionale in questione può essere distinta secondo tre fondamentali modalità di svolgimento¹⁶, a ciascuna delle quali è riferibile

quinto considerando della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico: “non vi è certezza del diritto sull'ampiezza del controllo che gli Stati membri possono esercitare sui servizi provenienti da un altro Stato membro”.

¹⁴ Nell'ipotesi in cui l'esercizio dell'attività implichi il trasferimento permanente del prestatore, ovviamente si applica la regolazione dedicata all'istituzione di una succursale; a tale proposito, la Corte di giustizia ha ritenuto che una compagnia di assicurazione britannica operante in via continuativa in Germania per il tramite di uno stabile corrispondente locale dovesse adempiere alle disposizioni tedesche relative allo stabilimento di filiali di società estere (Corte di Giustizia 205/1984).

¹⁵ Sul punto rinvio a C. BRESCIA MORRA, G. GODANO, *Succursali e libera prestazione di servizi*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi, Giuffrè, Milano, 1996, 325.

¹⁶ La ripartizione proposta nel testo, con gli opportuni adattamenti, è tratta dalla Comunicazione interpretativa della Commissione in tema di “libera prestazione di servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria”, G.U.C.E., 10/97, n. C209/04; lo strumento della Comunicazione riflette solo un'opinione della Commissione, ma al contempo costituisce un

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

un trattamento diverso: il primo schema attiene all'esercizio dell'attività con lo spostamento del cliente nel Paese ove si trova la sede della banca: il cliente decide di recarsi presso l'istituto per fruire dei suoi servizi direttamente oltre confine¹⁷; una seconda serie omogenea di ipotesi si caratterizza per il trasferimento temporaneo del prestatore¹⁸ e, infine, il terzo schema attiene allo "spostamento del servizio", in cui il prestatore e beneficiario non si spostano dai rispettivi Paesi ed è il servizio a trasferirsi, mediante transazioni effettuate in via telefonica, telematica o postale.

I tre schemi appena delineati sono in grado di abbracciare le diverse possibili modalità con cui possono in concreto atteggiarsi i rapporti intercorrenti tra i clienti italiani e le banche extracomunitarie: è, dunque possibile distinguere le differenti ipotesi a seconda che a spostarsi sia il cliente, il prestatore (sempre temporaneamente,

importante documento interpretativo per la Corte di giustizia per l'interpretazione del Trattato e del diritto derivato; sul punto, rinvio a C. BRESCIA MORRA, *I controlli sull'impresa bancaria*, in C. Brescia Morra, U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006, 233. Nella citata Comunicazione interpretativa si elencano le forme della prestazione disciplinate dall'art. 20 della Seconda direttiva bancaria con riferimento alla notifica e all'esercizio dell'attività "nel territorio di un altro stato membro" (naturalmente da parte della banca straniera comunitaria): la libera prestazione di servizi può comportare uno spostamento del prestatore, situazione contemplata dall'art. 60, terzo comma, del Trattato, o del beneficiario, ovvero può effettuarsi anche senza spostamento, né del prestatore, né del destinatario. Nell'ipotesi di spostamento del prestatore, il caso ricade nell'ambito di applicabilità dell'art. 20 della direttiva; nel caso in cui si realizzi, invece, lo spostamento del beneficiario del servizio, quest'ultimo deve intendersi come prestato nello Stato membro in cui l'ente creditizio è stabilito, sempre che il destinatario della prestazione non sia stato oggetto di un'iniziativa commerciale (come nel caso di pubblicità) nel proprio stato di residenza abituale da parte dell'ente creditizio o da parte di uno dei suoi intermediari. Da ciò discende la non necessità della prescritta notifica per la prestazione di servizi finanziari nei confronti di clienti che abbiano preso, autonomamente, l'iniziativa ad entrare in contatto con l'ente creditizio sul territorio in cui quest'ultimo è stabilito, iniziativa che non deve comunque essere stata previamente sollecitata.

¹⁷ In virtù del disposto dell'art. 61, par. 2, del Trattato CE non vi sono limitazioni alla libera esplicazione di questo diritto nell'ambito comunitario, la libertà di prestazione di servizi senza trasferimento del prestatore è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza Van Binsbergen, del 3 dicembre 1974, caso 33/74, raccolta di giurisprudenza della Corte 1974, 1299); cfr. C. BRESCIA MORRA, G. GODANO, *op. cit.*, 310.

¹⁸ Si tratta del caso previsto, nel diritto comunitario, dall'art. 60, par. 3, del Trattato CE, norma che autorizza il prestatore, per l'esecuzione della sua prestazione, ad esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal Paese stesso ai propri cittadini.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

altrimenti si ricadrebbe nella fattispecie relativa alla apertura di succursali), oppure il solo servizio.

3.1. La prestazione di servizi senza stabilimento con lo spostamento di una delle parti contraenti. È utile analizzare separatamente gli schemi che implicano lo spostamento di uno dei soggetti del rapporto dall'insieme delle ipotesi riassumibili nello spostamento del solo servizio.

L'ipotesi in cui il prestatore si sposti nel territorio italiano rientra -naturalmente in assenza di succursali, ma al massimo di un'organizzazione temporanea - nell'ambito di applicabilità della disposizione del quarto comma dell'art. 16, con la conseguente necessità dell'autorizzazione della Banca d'Italia: la banca, infatti, si trova a concludere gli atti e, quindi, a prestare il servizio, nel territorio del richiedente il finanziamento¹⁹.

In ordine alle vicende che implicano, invece, lo spostamento del destinatario della prestazione, il quale prende l'iniziativa di rivolgersi direttamente alla banca nel suo luogo di insediamento per la stipula del negozio e l'erogazione del credito, si pone la questione relativa alla diversa rilevanza delle varie fasi del rapporto. In tali casi, l'erogazione del credito avviene a favore di un soggetto non residente nel luogo ove la banca ha istituito la sede e, quindi, una parte del rapporto giuridico instaurato tra la banca e il cliente - almeno la fase esecutiva dello stesso - si esplica in termini transnazionali; il rimborso del capitale e il pagamento del prezzo si realizzano, in un tempo più o meno lungo, tra il Paese di residenza del beneficiario del finanziamento e il Paese ove la banca ha la sede, pertanto, se si attribuisce rilevanza al momento esecutivo del rapporto, si giunge a ritenere necessaria la previa autorizzazione, indipendentemente dal fatto che il negozio sia stato perfezionato all'estero.

Ciononostante, un diverso orientamento interpretativo porta a concentrare l'attenzione sulla sola "prestazione caratteristica"²⁰, ovvero sulla sola prestazione essenziale che caratterizza il servizio, rispetto alla quale il rimborso e il pagamento degli interessi si qualificano come operazioni neutre. In questa diversa prospettiva, se la prestazione caratteristica è raccolta dal destinatario nel luogo di insediamento della banca (dunque, all'estero), non hanno rilevanza i successivi adempimenti alle obbligazioni che hanno preso origine dal negozio, benché tali adempimenti (sostanzialmente, il rimborso e il pagamento del prezzo e dei costi addebitati)

¹⁹ Ciò vale indipendentemente dal concreto contenuto dell'eventuale messaggio pubblicitario che abbia preceduto lo spostamento (e, quindi, anche quando non sia possibile riconoscere nello stesso un invito a contrarre), elemento che, invece, va tenuto in considerazione nelle altre due serie casistiche (spostamento del beneficiario e "spostamento del servizio").

²⁰ Sul punto, si veda, con riferimento all'ordinamento comunitario, l'interpretazione contenuta nella Comunicazione interpretativa della Commissione reperibile in G.U.C.E. del 10/97, n. C209/04, ove sono date alcune soluzioni interpretative su alcuni aspetti problematici riguardanti la libera prestazione di servizi; per la dottrina, rinvio a A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 224.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

promanino dallo Stato di residenza del destinatario del finanziamento verso la banca avente sede al di fuori dell'Unione europea.

Un ulteriore aspetto da analizzare attiene alla paternità dell'impulso che ha dato origine al contatto tra le parti e poi al negozio giuridico, o meglio alla concreta modalità con cui l'iniziativa del cliente risulti essere stata, a sua volta, *sollecitata*. È per certo prospettabile che l'iniziativa promani dell'operatore economico che ricerca il finanziamento e risulti totalmente attribuibile allo stesso: date le attuali condizioni dell'economia reale è probabile che un imprenditore si informi autonomamente anche sui finanziamenti erogabili da istituti non italiani. Può accadere, però, che l'iniziativa del potenziale beneficiario del finanziamento prenda origine da un impulso non del tutto "autonomo", perché sollecitato da forme di comunicazione di natura pubblicitaria espressamente destinate al singolo (si pensi alla comunicazione via posta), oppure rivolte collettivamente ad un determinato insieme di soggetti (e, in tale caso, è fondamentale l'analisi del fenomeno della comunicazione via web, tramite forme di pubblicità *on line*).

Nel caso in cui le circostanze consentano di riconoscere una specifica sollecitazione da parte della banca alla conclusione di negozi giuridici di finanziamento, l'attività della stessa acquisirebbe giuridica rilevanza nel territorio italiano con la conseguente necessità della prescritta autorizzazione. In questa prospettiva rilevano i comportamenti adottati nella fase che precede la stipulazione del negozio ed è, dunque, astrattamente prospettabile una prevalenza del momento pubblicitario su quello della concreta stipula del negozio e dell'erogazione della prestazione caratteristica, quanto meno sotto il profilo dell'applicazione dell'art. 16, quarto comma²¹: la sollecitazione che ha dato origine all'iniziativa del destinatario del finanziamento potrebbe rivelarsi causalmente antecedente allo spostamento dello stesso e potrebbe integrare "l'operare in Italia" richiesto dalla norma²².

²¹ L'interpretazione che si prospetta trova fondamento sul dato letterale, posto che la norma contenuta nel quarto comma dell'art. 16 TUB collega l'applicazione della disciplina in tema di prestazione di servizi senza stabilimento al fatto che le banche extracomunitarie "operino" in Italia, senza ulteriori specificazioni e, dunque, senza richiedere che tale "operare" si espliciti necessariamente quale attività negoziale in senso stretto.

²² Si pensi al caso in cui sia inviata per posta una comunicazione ad un soggetto determinato, contenente i dati salienti di un prospettabile rapporto giuridico, già determinato nei suoi punti essenziali. Con riferimento ai rapporti tra soggetti comunitari, la citata Comunicazione della Commissione adotta un'impostazione "liberale", in quanto l'interpretazione della disciplina inerente ai rapporti tra soggetti appartenenti all'Unione europea è orientata a ritenere che, quando il contratto risulti concluso presso la sede del prestatore, in quanto si sia spostato il beneficiario del finanziamento, non trovino applicazione le norme in tema di notifica, e ciò a prescindere dal concreto contenuto dell'eventuale antecedente comunicazione o messaggio pubblicitario; questo può, dunque, integrare un'offerta al pubblico ex art. 1336 senza con ciò

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

3.2. Lo “spostamento del servizio”. Il caso di “spostamento del servizio”, ovvero il caso in cui nessuno dei due attori si sposti e il negozio si perfezioni a distanza, anche per mezzo di una transazione *on line*²³, può essere assimilato alle vicende appena analizzate, caratterizzate dallo spostamento dell’operatore economico beneficiario del finanziamento, a condizione che la banca non abbia dato impulso all’iniziativa negoziale: sia nel caso di spostamento del beneficiario, sia nelle ipotesi riassumibili come “spostamento del servizio”, sempre in assenza di sollecitazioni della banca, manca un collegamento con l’ordinamento del Paese del beneficiario dell’erogazione del credito, o meglio manca un collegamento ulteriore rispetto alla nazionalità o alla residenza dello stesso beneficiario²⁴.

Quando, invece, sussista un’iniziativa (o sollecitazione) della banca, la questione assume un maggiore grado di complessità: l’iniziativa, infatti, può manifestarsi in forme assai diverse (e di diversa rilevanza), con modalità di condotta che vanno dalla mera pubblicazione di una pagina *web* con i dati dell’istituto, quali l’indirizzo, il numero di telefono e di fax (e, in tale caso, è dubbia perfino la sussunzione della pubblicazione nella stessa definizione di “iniziativa”), fino alla diffusione *on line* di un contenuto pubblicitario, che si sostanzia in un invito a contrarre, specificamente indirizzato ad operatori economici italiani.

Per meglio discernere tra i molteplici contenuti della pubblicità *on line* è ancora una volta opportuno guardare alle fonti comunitarie e, in particolare, far ricorso alla

implicare l’operatività della banca nel territorio dello Stato. Per quanto riguarda i rapporti con le banche extracomunitarie, tuttavia, occorre approfondire l’analisi, in quanto - come si è avuto modo di osservare nel testo - non è escluso che forme di comunicazione particolarmente qualificate possano integrare il profilo dell’operatività richiesto dalla norma; va, inoltre, ricordato che le fonti comunitarie possono presentare un elevato grado di utilità della ricerca di schemi definitivi (si pensi alla nozione di succursale, ad esempio), ma ovviamente non sollevano l’interprete dalla necessità di ricostruire la disciplina applicabile ai rapporti con i Paesi terzi.

²³ In argomento, faccio rinvio a P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, terza ed., Milano, 2009, 44. Le Istruzioni della Banca d’Italia prendono in esame il caso in cui i servizi bancari e finanziari siano prestati mediante l’utilizzo di reti informatiche, limitando l’ambito di applicabilità della disciplina della prestazione di servizi senza stabilimento al solo ricorrere simultaneo di due condizioni: a) che sussista un’iniziativa commerciale sul territorio del destinatario, contenente un invito a concludere il contratto; b) che la conclusione del contratto avvenga mediante lo spostamento fisico del prestatore sul territorio del destinatario, ovvero a distanza, cioè senza la presenza del prestatore del servizio e del destinatario.

²⁴ Sotto il profilo negoziale, nel caso in cui sia il beneficiario a spostarsi, il contratto è certamente stipulato all’estero; maggiore complessità implica l’analisi del contratto stipulato a distanza, in quanto in tale caso è necessario, caso per caso, analizzare la posizione di proponente e di accettante dell’una o dell’altra parte.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

definizione di pubblicità fornita nella citata Comunicazione della Commissione²⁵: la pubblicità risulta definita come “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”. Dunque, la Commissione, con riferimento ai rapporti intracomunitari, ritiene che la mera pubblicità debba essere considerata alla stregua di una semplice promozione, priva di giuridiche ricadute sotto il profilo degli adempimenti nei confronti delle Autorità di vigilanza; diversamente, nel caso in cui il messaggio pubblicitario si sostanzi in un’iniziativa commerciale, assimilabile ad un vero e proprio invito a concludere un contratto a distanza, “si configura l’intenzione di prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro ai sensi dell’art. 20”²⁶.

Anche nei rapporti tra la banca extracomunitaria e il cliente residente in un Paese dell’Unione si presentano analoghi profili di complessità, in quanto occorre selezionare, tra i possibili messaggi, le ipotesi che si sostanzino in un invito a concludere un contratto a distanza o che consistano in una vera e propria proposta negoziale. A tale proposito è possibile ricorrere ad una serie di indizi, la cui presenza consenta di discernere, in concreto, le diverse ipotesi: tali indizi sono riscontrabili, in concreto, quando nel corpo del messaggio apparentemente solo “promozionale” siano riconoscibili gli elementi sufficienti perché la controparte contrattuale possa determinare la sua scelta, e ciò a maggior ragione nel caso in cui il negozio possa essere perfezionato con la semplice accettazione di una (completa) proposta contrattuale (contenente, dunque, elementi quali il tasso di interesse, i costi, la durata del finanziamento e le modalità del rimborso).

La valutazione dell’operato della banca nel caso di “spostamento del servizio” si presenta, dunque, come un’operazione particolarmente complessa, in quanto si realizzano e si perfezionano a distanza sia l’eventuale sollecitazione da parte dell’istituto di credito, sia la stipulazione del negozio giuridico.

Nello schema già preso in considerazione, in cui il cliente si sposta oltre confine, l’iniziativa (rappresentata da una comunicazione pubblicitaria, normalmente *on line*) potrebbe avere avuto un’efficacia non determinante ai fini del perfezionamento del contratto, dato che è plausibile immaginare che, presso la sede della banca, si siano svolte delle trattative specifiche tra il cliente e la banca; invece, nelle diverse ipotesi che implicano la stipulazione a distanza (ovvero lo “spostamento del servizio”), l’iniziativa della banca, per essere giuridicamente rilevante, dovrebbe verosimilmente aver avuto

²⁵ Comunicazione interpretativa della Commissione (97C 209/04), *cit.*

²⁶ Comunicazione interpretativa della Commissione (97C 209/04), *cit.*

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

una maggiore incidenza sulle decisioni del destinatario del servizio, o meglio sul concreto contenuto del contratto²⁷.

Per queste ragioni, l'eventuale rilevanza della comunicazione della banca nell'ipotesi di spostamento del cliente risulta essere legata alla sussistenza di un'iniziativa particolarmente circostanziata sotto il profilo soggettivo, avendo caratteristiche tali da essere immediatamente riconoscibile come specificamente diretta a determinati soggetti, tanto da rendere riconoscibile un nesso di causalità tra lo spostamento del destinatario del servizio e l'iniziativa della banca: è chiaramente, come si diceva, il caso della comunicazione tramite posta, o tramite fax. Nel diverso caso in cui sia stipulato un contratto a distanza, l'iniziativa del prestatore, per essere rilevante, deve essere particolarmente qualificata sotto il profilo contenutistico, così da consentire di ritenere che la successiva stipulazione sia alla stessa riconducibile.

In generale, con riferimento alla verosimile identificabilità dei destinatari, si pone un problema di fondo, comune alle questioni in tema di comunicazioni *on line*. Queste sono potenzialmente accessibili a tutti coloro che dispongono di una connessione, indipendentemente dalla lingua e dall'ordinamento di appartenenza. E', dunque, necessario approfondire in termini attuali, coerenti con le applicazioni tecnologiche a disposizione della generalità, il concetto di extraterritorialità, con specifico riferimento alla contrattazione a distanza preceduta da una qualsiasi forma di iniziativa *on line* del prestatore, iniziativa che – astrattamente – concretizzandosi per mezzo della rete, è da intendersi “globale”.

In questa prospettiva, lo “spostamento del servizio” realizza una situazione che, in un certo senso, supera la definizione di prestazione di servizi senza stabilimento,

²⁷ La sempre più frequente operatività *on line*, che consente agli intermediari di affrancarsi dal bisogno di insediamenti territoriali, impone dunque di valutare con particolare attenzione, caso per caso, la concreta condotta della banca, con riferimento al contenuto dell'informazione pubblicitaria in grado di integrare un invito a contratto, o un più generico invito a prendere contatti finalizzato all'avvio di una trattativa. Sotto il profilo contenutistico, la valutazione può presentare profili di criticità specialmente con riferimento al labile confine tra l'iniziativa rivolta all'avvio di trattative, finalizzate naturalmente ad una stipulazione a distanza, e la mera promozione dei servizi potenzialmente offerti dalla banca. In argomento, per la distinzione tra la comunicazione che si limita alla sola promozione e il vero e proprio invito a concludere un contratto, rinvio a F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 170. Ciò che può, in questa sede, darsi per certo è che la comunicazione *on line* è giuridicamente rilevante, ai fini della applicazione della disciplina sulla prestazione di servizi, quando l'attività si sostanzia in messaggi assimilabili a veri e propri inviti ad aderire ad un contratto, destinato a concludersi senza l'incontro personale dei soggetti tra i quali viene stipulato. Quanto alla casistica che si discosta dall'invito ad aderire ad un contratto, la valutazione deve essere condotta caso per caso e deve rilevare quali siano gli effettivi destinatari della comunicazione pubblicitaria, nonché la reale sostanza di vera e propria iniziativa pianificata proprio nei confronti del paese di residenza del potenziale cliente.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

essendo questa essenzialmente legata allo svolgimento di attività aventi carattere temporaneo e transfrontaliero²⁸: lo “spostamento del servizio”, infatti, non presenta necessariamente carattere temporaneo, potendo configurarsi come un’attività svolta con continuità; d’altra parte, la stipulazione a distanza rende necessario affinare le tecniche interpretative che consentano di riconoscere nell’iniziativa negoziale ed anche nella sollecitazione all’avvio di una trattativa un’attività che integri l’operare in Italia, quale presupposto per l’applicazione dell’art. 16 TUB.

Una soluzione apparentemente rassicurante potrebbe consistere nell’inclusione, nel novero delle comunicazioni pubblicitarie *on line* rilevanti, di tutte quelle pagine *web* che contengano un invito ad usufruire di servizi bancari e siano redatte in italiano. Non è, però, evidentemente, una strada legittimamente percorribile, non solo perché, in astratto, una comunicazione informativa in italiano potrebbe essere rivolta a soggetti residenti fuori dall’Italia, quali i residenti nel Canton Ticino, nella Repubblica di San Marino e nella Città del Vaticano, ma anche e soprattutto perché il semplice riferimento alla lingua utilizzata non tiene conto del fatto che gli operatori economici ricorrono ormai sempre più frequentemente all’inglese nei contatti commerciali. Per le comunicazioni *on line*, resta, dunque, aperto il problema dell’individuazione della nozione di pubblicità “qualificata”, sottoposta al regime di prestazione di servizi senza stabilimento, quanto meno con riferimento al riconoscimento degli operatori economici italiani quali effettivi destinatari.

4. L’erogazione del credito tra prestazione di servizi e circolazione del capitale.

L’erogazione di finanziamenti, nella lata accezione comunemente accolta²⁹, può in concreto inquadrarsi – sotto una diversa prospettiva – nello schema generalissimo della circolazione dei capitali.

Sotto quest’ultimo profilo, i rapporti transnazionali tra gli operatori economici italiani e le banche extracomunitarie possono essere letti, dal lato dell’offerta, con la

²⁸ Per analoghe considerazioni, svolte però con riferimento alla libera prestazione di servizi da parte delle banche comunitarie, si veda F. CAPRIGLIONE, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, in *Diritto bancario comunitario*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, Torino, 2002, 170. In assenza di una pubblicità qualificata, diretta ad una collettività determinata, l’ente creditizio che non svolge, nei fatti, alcuna attività transfrontaliera; sul punto, appare significativa, in termini di principi applicabili anche al di fuori della comunità, l’indicazione fornita dalla citata Comunicazione della Commissione che ha ritenuto la “fornitura dei servizi bancari a distanza” non soggetta a notifica in quanto il prestatore non esercita la sua attività sul territorio del cliente”.

²⁹ In argomento si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, 3 ottobre 2006, n. 452.

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

lente della libertà di prestazione di servizi³⁰ e, dal lato della domanda, con la diversa lente della libertà di movimento dei capitali.

L'inclusione dell'attività sotto il primo schema (la prestazione di servizi), o sotto il secondo (la circolazione dei capitali), presenta rilevanti conseguenze in termini di regolazione, posto che la prestazione di servizi è presa in considerazione dall'art. 49 del Trattato, norma rivolta a garantire la libera prestazione all'interno della Comunità³¹; diversamente, per la circolazione dei capitali, il successivo art. 56 prende espressamente in considerazione anche i Paesi terzi³².

³⁰ L'art. 50 del Trattato dà una definizione ampia di servizi: "Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigiane, d) attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini". Con riferimento alla libera circolazione dei servizi, si può menzionare l'accordo tra la Comunità Europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione Svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (GU 2002, L 114, pag. 6), firmato a Lussemburgo il 21 giugno 1999. Tale accordo non vale a dipanare la questione, in quanto esso non pregiudica l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti in ciascuna parte contraente per quanto riguarda i servizi finanziari la cui prestazione esige un'autorizzazione preliminare sul territorio di una parte contraente e il cui prestatore è soggetto a vigilanza prudenziale da parte delle autorità pubbliche di detta parte contraente (si veda, a tale proposito, l'art. 22).

³¹ Art. 49, Trattato: "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità".

³² Art. 56, Trattato: "Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi". Con riferimento alla libertà di movimento di capitali all'interno dell'Unione europea, rinvio alla Direttiva 88/361, che inoltre, si muove nella prospettiva di una liberalizzazione della circolazione dei capitali estesa anche ai Paesi terzi; l'art. 7, infatti, dispone che: "Gli Stati membri si adoperano per raggiungere, nel regime che essi applicano ai trasferimenti relativi ai movimenti di capitali con i Paesi terzi, lo stesso grado di liberalizzazione delle operazioni che si verificano con i residenti degli altri Stati membri, fatte salve le altre disposizioni della presente direttiva. Il primo comma non pregiudica l'applicazione nei confronti dei Paesi terzi delle norme nazionali o del diritto comunitario, e in particolare delle eventuali condizioni di reciprocità, per quanto riguarda le

STUDI E OPINIONI

BANCHE NONCOMUNITARIE

La possibile interazione tra i due schemi, con le conseguenti ricadute in termini di disciplina applicabile al rapporto negoziale tra il destinatario del finanziamento e il finanziatore residente al di fuori dei confini dell'Unione, è stata affrontata, dalla Corte di Giustizia, che ha riconosciuto, nell'operazione di concessione di crediti da parte di una banca, la prestazione di un servizio ai sensi dell'art. 49; più precisamente, la Corte ha ammesso la duplice natura dell'operazione medesima, partecipe sia della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 e seguenti, sia della libera circolazione dei capitali ai sensi degli artt. 56 e seguenti, con la prevalenza, tuttavia, dell'aspetto della libera prestazione dei servizi su quello della libera circolazione dei capitali³³.

L'applicazione della norma dettata per la circolazione dei servizi non contempla, come si accennava, la legittimazione di una società con sede in uno Stato terzo a valersi della relativa disciplina. Ciò non escluderebbe, tuttavia, che l'iniziativa possa essere presa da un cittadino residente nell'Unione, legittimato a far valere le norme del Trattato, con particolare riferimento a quelle che aprono ad una libera circolazione di capitali anche con i Paesi terzi. Si tratta, naturalmente di una mera possibilità non presa in considerazione dalla citata sentenza della Corte di Giustizia, così come nella medesima decisione non risulta alcun cenno ai doveri dell'Unione europea e degli Stati membri quale componenti dell'organizzazione e aderenti al patto generale sul commercio con prestazione di servizi (GATS).

Le persistenti incertezze che caratterizzano la questione portano l'interprete ad auspicare un migliore coordinamento ed una più concreta e ben individuabile applicazione dei principi enunciati a nazionale ed internazionale. Allo stato, la normativa vigente costringe le banche non comunitarie che vogliano erogare credito (anche in via non sistematica) nei confronti di cittadini italiani ad un pericoloso percorso funambolico, le cui insidie sono appunto rappresentate dall'incertezza del diritto.

operazioni di stabilimento, prestazione di servizi finanziari e ammissione dei titoli sui mercati dei capitali”.

³³ Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2006, n. 452, *cit*

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELEGANTI DI SOCIETÀ BANCARIA PER VIOLAZIONE DEL DOVERE DI AGIRE INFORMATO

Il commento si riferisce alla sentenza della Cassazione n. 2737 del 5 febbraio 2013 con la quale è stato affermato che gli amministratori non esecutivi debbano possedere in forza del dovere di agire informato e delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, una “costante ed adeguata conoscenza del business bancario”.

di GIOVANNI MOLLO

1. **Il fatto.** - Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione è chiamata a giudicare l'operato degli amministratori non esecutivi della banca A in relazione all'acquisizione, in assenza di preventiva autorizzazione della Banca d'Italia, “del controllo e di partecipazioni rilevanti nel capitale” della banca B.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, aderendo alla proposta formulata dalla Banca d'Italia, ha sanzionato gli amministratori non esecutivi per il fatto sopra descritto¹. Il provvedimento è stato confermato dalla Corte di Appello nella convinzione che i consiglieri di amministrazione, ancorché sprovvisti di deleghe, sono in ogni caso tenuti a “vigilare sull'operato degli organi esecutivi e ad intervenire tempestivamente” e che, quindi, avrebbero dovuto porre in essere le iniziative necessarie per “verificare le operazioni che si stavano compiendo per la <<scalata>> della Banca [B]”.

La Corte di Cassazione ha reputato corretto il decreto della Corte di Appello, ritenendo che gli amministratori non esecutivi debbano possedere, in forza del dovere di agire informato e delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, una “costante ed adeguata conoscenza del *business* bancario” che consente loro non solo di valutare i rapporti forniti dagli amministratori delegati ma, soprattutto, di intervenire direttamente

¹ In seguito all'entrata in vigore dell'art. 26, comma 2, lettera a), L. 28 dicembre 2005, n. 262, il nuovo art. 145 del Testo unico bancario, in materia di sanzioni amministrative, prevede che: <<Per le violazioni previste nel presente titolo cui è applicabile una sanzione amministrativa, la Banca d'Italia o l'UIC, nell'ambito delle rispettive competenze, contestati gli addebiti alle persone e alla banca, alla società o all'ente interessati e valutate le deduzioni presentate entro trenta giorni, tenuto conto del complesso delle informazioni raccolte applicano le sanzioni con provvedimento motivato>>.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

nell'attività oggetto di delega "attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione". Nel caso specifico, la Suprema Corte ha ritenuto gli amministratori non esecutivi colpevoli per non aver approfondito, "con idonei canali di comunicazione", le ragioni di alcuni finanziamenti concessi a persone fisiche per un importo notevole, che avrebbe consentito loro di capire la reale operazione che si stava ponendo in essere, e cioè l'acquisto di partecipazioni in un'altra banca eludendo i controlli della Banca d'Italia.

2. La posizione della Cassazione. - Le conclusioni a cui giunge la Corte di Cassazione si fondano, a parere di chi scrive, su una non condivisibile interpretazione del dovere di intervento, di cui all'art. 2392, co. 2 c.c., frutto, a sua volta, di una altrettanto non condivisibile interpretazione del dovere di valutazione del generale andamento della gestione e del dovere di agire informato di cui, rispettivamente, all'art. 2381, co. 3 e co. 6. A nulla, come si vedrà, valgono i richiami fatti dalla Suprema Corte alle Istruzioni di Vigilanza emanate in materia dalla Banca d'Italia per imputare agli amministratori non esecutivi responsabilità che il legislatore della riforma delle società di capitali, così come la dottrina² ante riforma aveva già messo in evidenza, non ritiene spettino loro. L'art. 2392, co. 2, c.c. stabilisce che, fermo quanto stabilito dall'art. 2381 co. 3, gli amministratori sono solidalmente responsabili se, essendo venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento, eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità dell'amministratore non esecutivo è collegata, quindi, ad un suo comportamento individuale, in questo caso omissivo, e cioè al non essere intervenuto per impedire agli amministratori esecutivi di compiere atti pregiudizievoli, o per non averne eliminato o attenuato gli effetti³. Presupposto per poter intervenire è che l'amministratore delegante sia venuto a conoscenza degli atti pregiudizievoli posti in essere dagli amministratori delegati⁴. Si tratta, quindi, di valutare in base alle disposizioni vigenti quali erano le informazioni che l'amministratore avrebbe dovuto avere. La risposta a tale domanda risente del valore che si attribuisce al dovere di valutazione del generale andamento della gestione ed al dovere di agire informati.

² In tal senso vedi O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni Profili funzionali*, Torino, 1976, 88.

³ In tal senso vedi A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV. *Diritto delle società, Manuale Breve*, Milano, 2006, 226; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006, 294; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, in *Società per azioni amministrazione e controlli*, in G. Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 190.

⁴ Vedi in tal senso: V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, *cit.*, 294.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

La Suprema Corte ritiene, in proposito, che gli amministratori debbano avere una “costante ed adeguata conoscenza” dell’attività sociale che consenta loro, poi, di esercitare la vigilanza sull’attività dei delegati e, quindi, di intervenire repentinamente sul loro operato⁵. Adottando tale soluzione la Suprema Corte nega, come fanno parte degli interpreti⁶, uno degli obiettivi della riforma delle società di capitali, che è stato specificato proprio nella Relazione allo schema di d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, e cioè il superamento dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione che è stato sostituito da specifici obblighi a carico degli amministratori deleganti per evitare che, nell’interpretazione giurisprudenziale⁷, la responsabilità di questi ultimi divenisse di fatto di carattere oggettivo⁸. L’interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione, quindi,

⁵ Cfr. in tal senso: V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, 67.

⁶ Vedi in tal senso: A. DE NICOLA, *sub art. 2392*, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, 567; L. NAZZICONE, *sub art. 2392*, cit., 189; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., 293; M. S. DESARIO, *La gestione delegata nelle società di capitali La nuova disciplina*, Bari, 2007, 87; A. ROSSI, *Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, 23; F. GALGANO e R. GENGHINI, *Le nuove società di capitali e cooperative, Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, III ed., Padova, 2006, 480; G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Controlli – Bilancio Modificazioni dello statuto S.r.l. – Gruppi di società*, Torino, 2007, 3, 5; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 133; V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, cit., 65; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto della società*, a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, 2010, 2, 371; A. BORSELLI, *Responsabilità degli amministratori di S.p.a. per violazione dell’onus vigilandi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 6, 1349; TRIB. NAPOLI, 3 febbraio 2010, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 6, rep. sul sito www.giuffre.it, 53; Trib. Udine, 03 febbraio 2012, in www.unijuris.it.

⁷ Vedi in proposito: CASS. 29 agosto 2003, 12696, Cass. 24 giugno 2004, n. 11751; Cass. 11 aprile 2001, n. 5443; CASS., 6 dicembre 2000, n. 15487; CASS., 22 ottobre 1998, n. 10488; CASS., 24 marzo 1998, n. 3110; CASS., 7 novembre 1997, 10937; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Trib. Milano 4 luglio 1983.

⁸ *Relazione allo schema di d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, “La eliminazione del precedente secondo comma dell’art. 2392 dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

sembra aderire a quell'orientamento secondo cui l'obbligo di vigilare posto a carico degli amministratori deleganti dal vecchio art. 2392 c.c. sarebbe non solo ancora vigente, ma risulterebbe oggi puntualmente definito nell'obbligo di esaminare i piani strategici, industriali e finanziari, nell'obbligo di valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, nell'obbligo di valutare il generale andamento della gestione⁹.

3. I confini dell'obbligo di valutazione e dell'agire informato. – Nel sistema vigente *ante* riforma delle società di capitali, la dottrina aveva già messo in evidenza che la responsabilità degli amministratori deleganti per violazione dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione era limitata dal principio secondo cui *nemo ad impossibilia tenetur*¹⁰, e dall'oggetto del controllo che doveva essere limitato al generale andamento della gestione¹¹.

L'obbligo di valutare il generale andamento della gestione, oggi contenuto nell'art. 2381, co. 3, c.c. ed a cui rinvia l'attuale co. 2 dell'art. 2392 c.c., non corrisponde al precedente obbligo di vigilanza¹². La valutazione si distingue dalla vigilanza almeno per quanto attiene alle modalità di esercizio, all'oggetto ed ai tempi¹³: valutare significa formulare un giudizio su una determinata attività sulla base, normalmente, di informazioni ricevute. Vigilare, invece, significa effettuare una costante osservazione dell'attività svolta da terzi; la vigilanza fa riferimento all'attività di cui viene a conoscenza chi vigila tramite l'esercizio degli specifici poteri di cui viene investito. La valutazione, invece, ha ad oggetto l'attività di cui viene a conoscenza chi valuta tramite le informazioni ricevute da terzi; la vigilanza si esplica “durante”, la valutazione si attua, essenzialmente, “dopo” il compimento dell'azione. Sarebbe così venuto meno

responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta, di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza”.

⁹ Vedi in tal senso per tutti, M. S. DESARIO, *cit.*, 87.

¹⁰ O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni Profili funzionali*, *cit.*, 88.

¹¹ In tal senso vedi A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 88.

¹² Vedi in tal senso: M. SANDULLI, *sub art. 2392*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 475; F. BONELLI, *Prefazione*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007., IX; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 255; V. DEL RE, *Profili di responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1972.

¹³ M. IRRERA, *op. ult. cit.*, 246.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

quell'obbligo "incondizionato di controllare l'attività dei delegati"¹⁴, che si credeva essere imposto dal dovere di vigilare sul generale andamento della gestione. Quand'anche si volesse ricondurre il nuovo obbligo di valutazione al vecchio obbligo di vigilanza si è in presenza ugualmente di "un'importante innovazione diretta a delineare con precisione i limiti di tale obbligo: la valutazione avviene, infatti, sulla base della relazione degli organi delegati. Quindi il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione è riferito alle informazioni fornite dai delegati"¹⁵.

Si potrebbe obiettare, però, che il legislatore ha previsto, a completamento del dovere di valutazione, un obbligo specifico a carico degli amministratori di agire informati che, come ritiene la Corte di Cassazione nella sentenza in commento, impone loro una informazione "costante ed adeguata"¹⁶. In realtà, il dovere di informazione di cui all'art. 2381, co. 6, c.c. non ha carattere generale¹⁷. Innanzitutto, esso risulta limitato alle sole materie delegate¹⁸, così come si evince dalla specificazione di cui alla seconda parte dello stesso co. 6 dell'art. 2381 c.c., che attribuisce a ciascun amministratore il potere di chiedere "agli organi delegati" che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società. In secondo luogo, il dovere di agire informato trova ulteriore definizione nei parametri che oggi definiscono la diligenza, e cioè la "natura dell'incarico" e le "specifiche competenze" di cui all'art. 2392 c.c.. Dove per natura dell'incarico bisogna intendere la posizione dell'amministrazione nell'ambito dell'organo amministrativo ed il tipo di incarico allo stesso affidato¹⁹, mentre per

¹⁴ Vedi in proposito: P. ABBADESSA, *Profili topici della nova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Assemblea e amministrazione*, Torino, 2, 2006, 505.

¹⁵ O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 803. Nello stesso senso sembra esprimersi FERRARA JR. F. –CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 612, quando afferma che l'inciso "fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381", contenuto nel c. 2 dell'art. 2392, costituisce "un filtro tra atti di gestione e amministratori non esecutivi [...], che fa sì che la conoscenza di fatti pregiudizievoli sia per lo più destinata ad essere ottenuta tramite le informazioni date (se date) al consiglio dal comitato esecutivo stesso (o dall'amministratore delegato) che li avrebbe posti in essere".

¹⁶ Cfr. nello stesso senso P. MORANDI, *sub art. 2381*, in A. MAFFEI ALBERTI [a cura di], *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, I, 684.

¹⁷ P. ABBADESSA, *cit.*, 505.

¹⁸ In tal senso vedi: P. ABBADESSA, *cit.*, 505.

¹⁹ Cfr. in tal senso: M. SANDULLI, *sub art. 2392, cit.*, 473; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 124.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

specifiche competenze bisogna intendere le competenze tecniche e professionali²⁰ possedute dall'amministratore e per le quali ha ricevuto l'incarico.

La responsabilità degli amministratori deleganti non muta anche se si considerino le Istruzioni di vigilanza per le banche emanate da Banca d'Italia con la Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, e richiamate dalla Suprema Corte²¹.

La Banca d'Italia, innanzitutto, impone all'organo collegiale di amministrazione di approvare gli orientamenti strategici e le politiche di gestione del rischio²². Tale disposizione è, in sostanza, riconducibile all'obbligo di cui all'art. 2381 co. 3 c.c. di esaminare²³, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società, considerato che la gestione del rischio nell'ambito dell'attività bancaria risulta essere un'attività centrale al pari, ad esempio, della gestione della qualità del sistema produttivo di una impresa industriale. L'esame dei piani strategici, secondo quanto previsto dal legislatore all'art. 2381, co. 3, c.c. avviene sulla base delle relazioni degli organi delegati²⁴ e non sussiste alcun obbligo generale di informazione a carico dei deleganti. La specificazione²⁵ operata da Banca d'Italia secondo cui il consiglio di amministrazione deve essere consapevole dei rischi cui la banca si espone, altro non è che una esemplificazione del dovere di agire informato e, pertanto, valgono in tal caso gli stessi limiti, prima citati, previsti per il dovere di agire informato. Diversamente, infatti, bisognerebbe considerare la disposizione regolamentare introdotta dalla Banca d'Italia come una riserva di attività a favore dell'organo di amministrazione. La gestione del rischio dovrebbe essere considerata, quindi, come una materia indelegabile

²⁰ G. FERRI JR. *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 45.

²¹ Per un'analisi della disciplina prevista dalla Banca d'Italia quale precedente delle disposizioni contenute nella Riforma delle società di capitali in tema di assetti organizzativi vedi: M. IRRERA, *cit.*, pagg. 116 e ss..

²² Istruzioni di Vigilanza per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e succ. mod. e integr.: << in particolare il consiglio di amministrazione: -approva gli orientamenti strategici e le politiche di gestione del rischio>>.

²³ Per la coincidenza di significato tra esaminare e approvare cfr. M. IRRERA, *cit.*, 263. Cfr. nello stesso senso P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.*, 2013, 55.

²⁴ M. IRRERA, *cit.*, 262.

²⁵ Istruzioni di vigilanza, *cit.*, dove si legge che:<<in particolare, [...] – si assicura che venga definito un sistema informativo corretto, completo e tempestivo; - si assicura che la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e che i risultati del complesso delle verifiche siano portati a conoscenza del consiglio medesimo; nel caso emergano carenze o anomalie, adotta con tempestività le idonee misure correttive>>.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

da parte del consiglio di amministrazione. Di conseguenza l'operato degli amministratori andrebbe valutato alla luce del criterio della diligenza, non trovando applicazione le disposizioni previste nel caso in cui il consiglio deleghi le proprie funzioni.

Conferma ulteriore della tesi secondo cui l'obbligo posto in capo al consiglio di amministrazione di essere consapevole del rischio a cui la banca si espone sia una esemplificazione del dovere di agire informato si ritrova nella Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006. Tale disposizione, innanzitutto, stabilisce che le Istruzioni di Vigilanza per le banche, sopra richiamate, trovano applicazione solo per gli aspetti in essa non disciplinati²⁶. La circolare n. 263 della Banca d'Italia individua tra gli organi aziendali l'organo con funzione di supervisione strategica e l'organo con funzione di gestione. L'organo con funzione di supervisione strategica è quello al quale, ai sensi del codice civile o per disposizione statutaria, sono attribuite le funzioni di indirizzo della gestione. L'organo con funzione di gestione è quello al quale spettano o sono delegati compiti di gestione corrente, intesa come attuazione degli indirizzi deliberati nell'esercizio della funzione di supervisione strategica. Nell'attribuzione delle competenze tra i due organi ora individuati, la Banca d'Italia richiede, per quanto qui di nostro interesse, all'organo con funzioni di supervisione strategica di essere "consapevole dei rischi a cui la banca si espone" ma, allo stesso tempo, attribuisce all'organo con funzione di gestione l'obbligo di definire "i flussi informativi volti ad assicurare agli organi aziendali e alle funzioni di controllo la piena conoscenza e governabilità dei fattori di rischio".

Costituiscono, infine, esemplificazioni dell'obbligo di predisporre assetti adeguati, di cui all'art. 2381 c.c., le disposizioni contenute nelle citate Istruzioni di vigilanza per le banche, richiamate dalla Corte di Cassazione, che impongono la realizzazione di un corretto sistema di rilevazione dei rischi. Dove la realizzazione e la manutenzione di un adeguato assetto organizzativo ed informativo costituisce, oggi, un dovere specifico degli amministratori, e rappresenta il pre-requisito che consente agli amministratori di adempiere correttamente al proprio dovere di gestione e controllo²⁷.

4. Conclusioni. - In forza delle disposizioni considerate, non può più ritenersi, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione, che gli amministratori deleganti siano obbligati a "possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del *business* bancario". Non si può desumere dalla norma regolamentare predisposta dalla Banca d'Italia, secondo cui l'organo collegiale deve essere consapevole dei rischi cui la

²⁶ Cfr. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 Titolo I, Capitolo 1, 3, nt. 1.

²⁷ M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004, 201.

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

banca si espone, un obbligo generale di vigilanza su tutti gli atti posti in essere dagli amministratori esecutivi, essendo questo in contrasto con quanto voluto in via generale dal legislatore della riforma.

Gli amministratori non esecutivi, però, sono tenuti ad agire in modo informato sull'operato degli amministratori esecutivi, non potendo restare passivi a fronte delle informazioni fornitegli da questi ultimi ma dovendo, secondo i canoni che specificano la diligenza, richiedere ulteriori informazioni qualora quelle fornite risultassero carenti²⁸.

L'attribuzione di responsabilità ai singoli amministratori non esecutivi può avvenire, quindi, solo considerando il caso concreto e dopo aver tracciato il profilo del singolo amministratore. L'analisi del caso concreto richiede la puntuale valutazione dei rapporti forniti dai delegati ai deleganti. Il profilo del singolo amministratore, invece, viene tracciato utilizzando i parametri della "natura dell'incarico" e delle "specifiche competenze". L'incrocio tra il profilo del delegante e le informazioni in concreto fornite dal delegato consente: 1) di rilevare se il delegante conoscesse l'operato del delegato e, quindi, di accertare il mancato esercizio del dovere di intervento; 2) di rilevare se il delegante avesse dovuto richiedere ulteriori informazioni perché quelle fornite dal delegato risultavano carenti e, quindi, di accertare la violazione del dovere di agire informato. Diverso è il caso in cui alcune operazioni non siano state completamente rilevate. Ciò che allora andrebbe imputato agli amministratori non esecutivi non è la violazione del dovere di agire informati ma la violazione del dovere di valutazione degli assetti adeguati.

Solo in quel caso, e cioè dopo l'accertamento del fatto vietato, vale sottolinearlo per evitare equivoci, si potrà procedere all'analisi del profilo soggettivo della colpa, richiamato nella sentenza in commento, per la quale trattandosi nel caso specifico di una sanzione amministrativa - ai sensi dell'art. 3 della l. 24 novembre 1981, n. 689 -, sussiste una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questo l'onere di aver agito senza colpa²⁹.

Nel caso specifico, in conclusione, si ritiene che i giudici avrebbero dovuto prima ricostruire il profilo soggettivo degli amministratori e le informazioni in loro possesso, e solo l'incrocio tra tali dati - ferme le considerazioni svolte nel caso in cui il fatto non sia stato completamente rilevato - avrebbe consentito loro di accertare se gli amministratori

²⁸ Cfr. sul punto P. MONTALENTI, *cit.* 56, dove l'Autore sembra assumere una posizione simile.

²⁹ Tale disposizione è richiamata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento. In particolare, l'art. 3 della l. 24 novembre 1981 n. 689 stabilisce, quale principio generale, che "nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente o volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

BILANCIO

RELAZIONE SULLA GESTIONE

conoscevano ciò che stava accadendo e non sono intervenuti. Oppure se le informazioni in loro possesso richiedevano un supplemento di approfondimento. Al contrario, i giudici hanno dedotto la responsabilità degli amministratori non esecutivi per non avere approfondito l'operazione di acquisto di partecipazioni in altra banca, pur avendo potuto conoscere gli affidamenti, di elevati importi, concessi ad alcune persone fisiche.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi – Il D.M. 10 aprile 2013, n. 60, prevede “*i requisiti di professionalità ed onorabilità dei commissari giudiziari e straordinari delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*”, in ottemperanza all’art. 39, 1° co., D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Le disposizioni del Decreto, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 31 maggio 2013, n. 126, entrano in vigore dal 15 giugno 2013.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Registro dei revisori e tirocinio – L’Assirevi ha diffuso il *Quaderno n. 9*, in cui sono esposti gli orientamenti interpretativi in merito alle previsioni del D.M. 20 giugno 2012, n. 144 (che regola l’iscrizione e la cancellazione dal Registro dei revisori legali); del D.M. 20 giugno 2012, n. 145 (che disciplina l’accesso al Registro); nonché del D.M. 25 giugno 2012, n. 146 (relativo al tirocinio). Saranno trattati in successivi approfondimenti il D.M. 28 dicembre 2012, n. 261 (avente ad oggetto la revoca, le dimissioni e la risoluzione consensuale dell’incarico di revisione), ed il D.M. 8 gennaio 2013, n. 16 (concernente la *Sezione dei revisori inattivi*).

Il *Quaderno n. 9* è reperibile sul sito www.assirevi.it.

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO - CCIAA LOMBARDIA

Cessione di quote sociali o di aziende – Il Consiglio notarile di Milano e le Camere di Commercio della Lombardia hanno divulgato le massime riferite alle procedure di deposito ed iscrizione di cessione di quote di s.r.l. (massima n. 15) e di azienda (massima n. 16) sottoposte a condizione sospensiva, risolutiva, oppure con riserva di proprietà.

Il testo delle citate indicazioni prasseologiche è disponibile al *link*: <http://www.consiglionotarilemilano.it/notai/prassi-registro-impres.aspx>.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

IRDCEC

Antiriciclaggio – L’Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha divulgato la *Check list per la verifica dell’adozione delle misure di legge negli studi professionali*, previste dal D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Il documento, tra gli altri temi, si sofferma sulle “Attività preliminari di verifica connesse agli obblighi del professionista, dei dipendenti e dei collaboratori”; sulla “Adeguatezza della clientela” e sulla “Segnalazione di operazioni sospette”, indicando, per i diversi argomenti esaminati, i correlati profili sanzionatori.

Il Documento n. 19, pubblicato il 4 giugno 2013, è consultabile sul sito www.irdcec.it.

GIURISPRUDENZA

Concordato preventivo con riserva – Il Tribunale di Lucca ha deciso che, in caso di presentazione di domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, non sussiste alcun diritto degli istituti di credito a trattenere le somme pervenute successivamente al deposito dell’istanza ed a compensarle con gli importi anticipati alla società debitrice. Nel caso di specie, inoltre, non vi sarebbe “un patto di compensazione tra le parti al momento dell’erogazione dell’anticipazione stessa”, in quanto la clausola richiamata allo scopo dalla banca è “assolutamente generica e meramente ripetitiva della disposizione di cui all’art. 1853 c.c.”.

Il provvedimento del Tribunale di Lucca del 21 maggio 2013 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Concordato preventivo e crediti fiscali – Per il Tribunale di Milano, “in materia di ordine di graduazione da seguire nel caso in cui il debitore che propone il concordato preventivo non abbia un patrimonio sufficiente al pagamento integrale dei crediti privilegiati”, tra cui, in particolare, i crediti fiscali per Iva e ritenute, e a prescindere dal fatto che sia stata effettuata una transazione fiscale, questi ultimi non diventano “prededucibili: infatti la prededucibilità, per essere riconosciuta, necessita di una previsione normativa espressa che qualifichi il credito come tale”. Ragon per cui, ha rilevato il Tribunale, occorre “garantire il pagamento dei crediti privilegiati di grado potiore ai crediti fiscali da pagare per intero [...] solo nei limiti di capienza del patrimonio mobiliare (non dunque tutti quelli esistenti)”.

In argomento, è parimenti intervenuto il Tribunale di Cosenza, affermando che “ragioni letterali, sistematiche e costituzionali, inducono a ritenere che l’obbligo dell’integrale pagamento [di Iva] e ritenute sia norma eccezionale – come pure chiaramente affermato dalla Corte di Cassazione – da confinare, conseguentemente, nell’ambito della sua espressa previsione e, dunque, in caso di concordato preventivo ove sia promossa la transazione fiscale e in caso di esecuzioni individuali”.

Le decisioni del Tribunale di Milano e del Tribunale di Cosenza, entrambe del 29 maggio 2013, sono disponibili sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Bancarotta fraudolenta documentale – La Suprema Corte ha ribadito che sussiste il reato di cui all’art. 216, 1° co., n. 2., L.F., allorché “*gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza*” e non solo qualora risulti impossibile ricostruire il patrimonio “*per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute*”. I Giudici di legittimità hanno precisato altresì che non si configura una bancarotta documentale semplice quando le alterazioni o le omissioni contabili si sostanzino in “*operazioni in nero*” e “*operazioni fittizie, rispecchiate da fatture per operazioni inesistenti*”, ovvero situazioni che provano con chiarezza “*la malafede dell’agente e la sua piena consapevolezza dell’irregolarità, formale e sostanziale, della sua condotta*”.

Corte di Cassazione penale, 31 maggio 2013, n. 23772.

Bancarotta fraudolenta patrimoniale post-fallimentare – La Corte di Cassazione ha stabilito che il delitto di bancarotta post-fallimentare “*si concreta nella distrazione delle somme pervenute al fallito per l’attività esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, qualora dette somme superino i limiti determinati dal giudice delegato in relazione a quanto occorre per il mantenimento dell’imprenditore fallito e della famiglia, ai sensi dell’art. 46, 1° co., n. 2, e u.c., L.F.*”. Nondimeno, per il Supremo Collegio, non devono riversarsi nel fallimento “*i «ricavi» dell’attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i «guadagni» da lui conseguiti*”, tenendosi conto dei costi sostenuti nella gestione dell’attività, la cui prova incombe sul fallito.

Corte di Cassazione penale, 5 giugno 2013, n. 24493.

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120, 00
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.