



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

# INSERTO

## **BORSE DI STUDIO 2004 I vincitori**

### **CATEGORIA A**

- **ALESSANDRO MANIAS**, Praticante Ordine di Pordenone

**La responsabilità nei gruppi di società:  
analisi alla luce della recente riforma  
del diritto societario**

- **ALESSANDRO SANDRI**, Praticante Ordine di Verona

**Participation exemption: "sempre e comunque"?**

### **CATEGORIA B**

- **MARCO DE MARCHIS**, Praticante Ordine di Venezia

**L'incidenza della riforma del diritto societario  
in materia fallimentare**

- **ELEONORA PERESSINI**, Praticante Ordine di Udine

**Predisposizione di un modello organizzativo, di gestione  
e controllo, a seguito dell'entrata in vigore  
del D. Lgs. 231/2001 e del D. Lgs. 61/2002**



# La responsabilità nei gruppi di società: analisi alla luce della recente riforma del diritto societario

Alessandro Manias / Praticante Ordine di Pordenone

LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano una disciplina dei gruppi di imprese dotata di una qualche organicità.

Pur nella diversità dei modelli e delle soluzioni prescelte, l'Italia si allinea dunque a quei Paesi che conoscono una disciplina specifica del gruppo di società: il riferimento è innanzitutto alla Germania, al Brasile, al Portogallo, alla Croazia ed alla Slovenia.

E' utile sottolineare l'importanza di questo intervento normativo in un contesto di globalizzazione dei mercati e di una, conseguente, crescente competizione tra sistemi-paese in ordine alle strutture di *Corporate Governance*.

E' evidente come la globalizzazione dell'economia abbia diretta influenza sulla legislazione degli Stati in quanto spinge alla concorrenza fra gli ordinamenti: gli investimenti, infatti, tendono a dirigersi laddove trovano le condizioni giuridiche più favorevoli.

Se, come noto la riforma legislativa mira ad una "modernizzazione del diritto societario" nella prospettiva di rafforzare la "concorrenzialità" del nostro ordinamento, il conseguimento di questo obiettivo dipende anche dalla qualità d'intervento in materia di gruppi<sup>1</sup>.

L'esigenza di una disciplina speciale dei gruppi è divenuta, pertanto, una condizione necessaria per rimanere all'interno della concorrenza commerciale sia nell'ambito della comunità europea, sia in quello mondiale.

Sebbene la delega non escludesse questa eventualità, non è stata tuttavia introdotta una disciplina del c.d. *gruppo di diritto*; in altri termini, non è stata prevista la possibilità che, mediante un apposito contratto<sup>2</sup> tra due società o una specifica dichiarazione da parte della controllante nei confronti della controllata, la società capogruppo acquisti il diritto di impartire alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per quest'ultime (naturalmente affiancando questa previsione ad un sistema di tutela per gli azionisti di minoranza e per i creditori delle società dipendenti). A quest'ultimo proposito, sul presupposto che l'adozione di questo modello – il gruppo c.d. di diritto - presuppone già l'esistenza di un rapporto di dipendenza tra società (è il punto di arrivo e non di partenza di una concentrazione di imprese), si è suggerito che, qualora la capogruppo detenga nella società dipendente, direttamente o indirettamente, la maggioranza di voti necessaria per le modifiche statutarie, essa possa con dichiarazione unilaterale alla controllata sottoporla al proprio dominio di diritto. Interessa rilevare, peraltro, che in sede di riforma non è stato previsto un modello di gestione accentrata del gruppo ed in particolare un modello che consenta la legalizzazione di una direzione penetrante, mantenendo la pluralità giuridica delle singole società.

Diversi sono i motivi che hanno spinto il legislatore delegato a non seguire l'impostazione sopra esposta e quindi a non dare o richiama-

re, negli artt. 2497 e seguenti c.c., alcuna nozione di gruppo o di controllo.

Un primo ordine di ragioni si basa sul fatto che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici.

Un secondo ordine di ragioni trova il suo fondamento nell'assunto che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica. Sotto altro aspetto si è ritenuto che i problemi centrali del fenomeno del gruppo fossero quelli della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata, accanto alle esigenze di trasparenza, alle problematiche relative ai finanziamenti intragruppo e al recesso<sup>3</sup>.

Per dare corretta impostazione e soluzione ai problemi riguardanti la responsabilità occorre porre a base della disciplina:

- l'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente;

- la circostanza che l'azione sia comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui, sebbene svolto in violazione dei corretti principi di gestione societaria. Tuttavia l'esercizio di questa attività solleva delicati problemi quando chi la esercita sia portatore di interessi non omogenei con gli interessi tipicamente "societari" degli altri soci della controllata.

Su questi presupposti si conferma quindi la tesi della legittimità dell'ingerenza della "capogruppo" nella gestione delle società che appartengono al gruppo, a cui però il legislatore pone un evidente limite<sup>4</sup>. Il limite all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che ne riconosce la legittimità di base e non penalizza i legittimi interessi di chi la esercita, è apparso dovesse essere costituito dal rispetto dei valori essenziali del "bene" partecipazione sociale, bene che la legge individua nella partecipazione all'"esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili" ex art. 2247 c.c.

Questi valori da proteggere e tutelare possono dunque individuarsi nel valore e nella redditività della partecipazione sociale e nei principi di continuità dell'impresa sociale.

Del resto solo la conoscenza delle ragioni economiche ed imprenditoriali di un'operazione può consentire un giudizio sulla correttezza di questa, può cioè consentire di valutare se la apparente diseconomicità di un atto, isolatamente considerato, trova giustificazione nel quadro generale dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo<sup>5</sup>.

In questo contesto trova forza e coerenza "l'analitica motivazione delle decisioni di chi esercita attività di direzione e coordinamento", prescritta all'art. 2497 ter; l'impianto generale della normativa è at-

<sup>1</sup> U. TOMBARI, Relazione al Convegno di Varese su "Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private". 20-21 settembre 2002.

<sup>2</sup> Si fa qui riferimento al contratto di "dominazione" dell'esperienza tedesca.

<sup>3</sup> R.Rodorf, "I gruppi nella recente riforma del diritto societario", in *Società*, n. 5/2004, pag. 538.

<sup>4</sup> I. Fava, "I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria", in *Società*, n. 9/2003, pag.1197.

<sup>5</sup> Vedi: Relazione schema di decreto legislativo recante: "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

tenta a prevedere regole di trasparenza, in quanto, in una società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, quasi tutte le decisioni, riguardanti l'organizzazione della società e l'esercizio della sua attività sono, almeno in modo indiretto, influenzate dall'esistenza di una relazione di subordinazione, che inserisce l'operare della singola società nella più ampia strategia di gruppo<sup>6</sup>.

### 1 – L'interesse del gruppo nella riforma

Il gruppo di società si può definire come un'aggregazione<sup>7</sup> di imprese formalmente indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono, infatti, sotto l'influenza dominante di un'unica società (società capogruppo o società madre), che direttamente od indirettamente le controlla coordinando e dirigendo secondo un disegno unitario la loro attività d'impresa, in vista di uno scopo economico unitario e comune a tutte le società del gruppo (cosiddetto interesse di gruppo)<sup>8</sup>.

Generalmente, il perseguimento di obiettivi di gruppo è compatibile con l'interesse delle singole società affiliate in quanto la controllante cura gli interessi delle controllate a vantaggio dell'intero gruppo.

Ciascuna affiliata trae dall'appartenenza al gruppo alcuni vantaggi che possono essere ricondotti alle seguenti categorie:

- a) la possibilità di utilizzare servizi di comune interesse;
- b) il conseguimento di economie di scala, principalmente in termini di accesso al credito bancario, attraverso la holding, a condizioni agevolate;
- c) ai vantaggi in termini di "immagine" e di conseguente credito di cui le società operative possono godere nel mercato, grazie al nome di un gruppo affidabile<sup>9</sup>.

Nell'ambito di un gruppo di società, ovvero dove una partecipata "subisce" un'attività di coordinamento e controllo<sup>10</sup>, può accadere che nella sua gestione si debba far riferimento ad un interesse diverso e superiore a quello peculiare della partecipata: l'interesse di gruppo.

Talvolta, le decisioni della capogruppo e/o società figlie ispirate dall'interesse del gruppo possono essere dannose per gli azionisti che non fanno parte del gruppo di comando (i cosiddetti azionisti esterni), nonché per i creditori delle stesse.

Uno degli interrogativi più frequenti è se sia o meno legittimo sacrificare l'interesse della società controllata a beneficio di un interesse di gruppo<sup>11</sup>. In dottrina, la corrente maggioritaria non riconosce nell'esercizio della direzione unitaria la violazione di alcuna norma inderogabile del nostro ordinamento<sup>12</sup>. Inoltre, nel nostro ordinamento, in numerose disposizioni speciali<sup>13</sup>, è riconosciuto implicitamente il potere-dovere degli amministratori di una società affiliata di considerare, su ispirazione della capogruppo, l'interesse di gruppo o di altre società del gruppo.

Anche nella Relazione del Guardasigilli al libro V del previgente Codice Civile, i gruppi di imprese sono definiti come espressione di un

fenomeno non riconducibile ad unità sul piano giuridico, perché coinvolgono interessi importanti e disomogenei fra loro.

Si può evidenziare dunque come prima dell'avvento della riforma del diritto societario sia sempre mancato un riconoscimento e una disciplina del fenomeno nella sua valenza positiva e fisiologica, in cui venissero presi in considerazione gli interessi del gruppo come tale<sup>14</sup>. E' solo con la legge delega n. 366/2001, che si giunge alla legittimazione del fenomeno dei gruppi:

- da un lato, si riconosce l'intervento della controllante nelle attività delle controllate come fisiologico;
- dall'altro si impedisce l'abuso di disposizioni da parte della capogruppo lesive agli interessi "esterni".

Infatti, il legislatore ha introdotto nella legge delega una nozione di interesse sociale che travalica l'interesse dei soci e delle società facenti parte del gruppo, per andare verso l'accettazione di una nozione di interesse sociale che guarda all'impresa nella sua globalità. Allo stesso tempo, ha imposto una esplicitazione di quelle decisioni adottate nell'interesse di gruppo, che devono essere adeguatamente motivate<sup>15</sup>.

Se la giurisprudenza ha attestato che esiste un interesse di gruppo e che deve essere valutato quando si discute sulla diligenza dell'amministratore<sup>16</sup>, il legislatore ha introdotto con l'art 2497 del nuovo Codice alcuni sbarramenti:

- a) il concetto di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- b) la tutela della redditività e del valore della partecipazione sociale<sup>17</sup>.

### 2 - La responsabilità della capogruppo per i danni subiti dalle controllate

Nell'art. 90 del decreto legislativo n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi si stabilisce che "Nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato in tale direzione rispondono, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite".

Quanto detto conferma il sussistere della responsabilità solo se vengono assegnate direttive dannose e nei limiti del danno che si configurano come loro conseguenza diretta<sup>18</sup>.

Quindi, la fonte della responsabilità non deriva dall'esercizio, in sé lecito, della direzione unitaria, ma nel suo abuso, che sussiste tutte le volte che nell'esercizio dell'attività di direzione gli amministratori trascurino l'interesse della società controllata o danneggino i diritti dei creditori o dei soci di minoranza<sup>19</sup>.

Con l'art. 2497, il legislatore considera la responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento nei confronti dei soci della controllata, quando sussiste la lesione della redditività e del valore della "partecipazione", in termine di prospettive di profitto della società e, quindi, un conseguente aumento del valore della partici-

<sup>6</sup> R.Rodorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in Società, n. 5/2004, pag. 538.

<sup>7</sup> Nei gruppi ad un'unica impresa sotto il profilo economico-sostanziale corrispondono più imprese dal punto di vista giuridico-formale. In merito vedere, G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto Commerciale*, UTET, Torino, 1999, pag. 270.

<sup>8</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto Commerciale. Diritto delle Società*, UTET, Torino, 1999, pag. 271.

<sup>9</sup> N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, GIUFFRÈ, Milano, 1999, pag. 540.

<sup>10</sup> In questo senso G.F. GALGANÒ, *I gruppi di società*, Torino, 2001.

<sup>11</sup> In merito vedere: G.F. GALGANÒ, *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in Contratto e Impresa, 1988; P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in Giur. Comm., 1981.

<sup>12</sup> N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, GIUFFRÈ, Milano, 1999, pag. 542.

<sup>13</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive della tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in Riv. Soc., 1995, pag. 420 e ss.

<sup>14</sup> DI MAJO A., *Luci e ombre sulla "nuova" disciplina dei gruppi di società*, in Diritto e Pratica delle società - Il Sole 24 ore Pirola, n. 24 - 31 dicembre 2001, pag. 14.

<sup>15</sup> P. COMMUZZI, *L'interesse sociale alla luce della riforma del diritto societario*, in Diritto e Pratica delle Società-II sole 24 ore- n.21, 18 novembre 2002 e L. Enriques, *Afef e la pulce della società per azioni*, in Relazione tenuta al seminario dell'associazione Disiano Preite tenutosi a Varese, 2002, pag. 3.

<sup>16</sup> Corte d'appello di Milano, sentenza del 30 marzo 2001, in Giur. Comm. 2002, II.

<sup>17</sup> Relazione al decreto legislativo di riforma del codice civile, Italia Oggi 2002, n.15, 9 ottobre 2002, pag. 185.

<sup>18</sup> D. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in Diritto e Pratica delle Società, n. 9, 2000, pag. 40; MARINONI, *La nuova procedura straordinaria del "gruppo insolvente"*, in Diritto e pratica delle Società, n.7, 2000, pag. 11.

<sup>19</sup> L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, relazione tenuta al Seminario permanente di diritto commerciale e fallimentare in Roma il 10 ottobre 2002.

zione di ciascun socio<sup>20</sup>.

L'obiettivo del legislatore è tutelare l'interesse del socio a fruire in qualsiasi momento del massimo valore della partecipazione in relazione alla situazione di mercato contingente in cui opera la società<sup>21</sup>.

Alla responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento si associa, in via solidale, la responsabilità di chi abbia preso parte al fatto lesivo; mentre ha carattere indennitario la responsabilità di chi, al di fuori di una vera e propria ipotesi di concorso, abbia consapevolmente tratto beneficio dall'atto illegittimo di chi ha esercitato la direzione e il coordinamento, nei limiti del vantaggio conseguito.

Il legislatore, inoltre, ha posto dei limiti alla responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento poiché la responsabilità non sussiste allorché il danno trovi elusione alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento. Sembra essere approvata la teoria dei "vantaggi compensativi", che non ammette la responsabilità degli amministratori della controllante quando la società affiliata avesse potuto beneficiare della partecipazione al gruppo<sup>22</sup>.

Questa teoria afferma che, nel valutare le eventuali posizioni di conflitto, occorre fare riferimento al complesso operativo economico del gruppo, per accertare se l'eventuale sacrificio economico della singola società trovi giustificazione e compensazione nella prospettiva di sviluppo del gruppo e della singola società<sup>23</sup>.

La teoria dei vantaggi compensativi è recepita nel nuovo art. 2634 ("infedeltà patrimoniale"), che, al terzo comma, precisa "in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

Quindi, è possibile qualificare come efficienti tutte quelle operazioni che, pur provocando svantaggi ad una società del gruppo, ne avvantaggiano un'altra in modo che quest'ultima sia in grado di ricompensare la società svantaggiata. Alcuni atti, se inseriti in un contesto di gruppo, possono dimostrarsi vantaggiosi in un'ottica di gruppo e, inoltre, possono dimostrarsi come il corrispettivo per l'appartenenza ad una certa forma aggregativa con tutti i vantaggi diretti o indiretti che da tale appartenenza possano derivare<sup>24</sup>.

Al centro della teoria dei vantaggi compensativi si è discusso sull'alternativa tra compensazione effettiva (l'atto è ammissibile solo quando è previsto un compenso per il soggetto danneggiato) e compensazione possibile<sup>25</sup> (l'atto è ammissibile quando il soggetto avvantaggiato guadagna tanto che potrebbe compensare lo svantaggiato, senza, tuttavia, che ci sia un effettivo trasferimento di vantaggi). Nella seconda soluzione prospettata, non si ha alcuna definizione precisa del compenso spettante alla società svantaggiata e, pertanto, la formula della "compensazione" rimane priva di ogni funzione sostanziale<sup>26</sup>.

### 3 - Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

La dottrina, riguardo ai casi disciplinati dalla legge sull'amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi del 30 gennaio 1979, si era divisa sulla natura della responsabilità degli amministratori della capogruppo.

Una parte della dottrina sosteneva lo schema della responsabilità extracontrattuale per sanzionare gli amministratori della capogruppo nell'ipotesi di abuso di direzione unitaria, perché riconosceva una violazione del principio generale del *neminem laedere*; un diverso orientamento considerava l'abuso di direzione unitaria come un'ipotesi di inadempimento ad obbligazioni di diligenza e/o protezione con carattere contrattuale<sup>27</sup>.

La questione comporta diverse conseguenze sul piano applicativo, in primo luogo per quanto riguarda la distribuzione dell'onere della prova.

Infatti, nel caso in cui si applichino le regole della responsabilità contrattuale, è sufficiente provare il danno subito dalla società controllata, appartenendo, agli amministratori della società controllante, la dimostrazione che il danno alla società controllata non era stato provocato da direttiva da essi impartite<sup>28</sup>.

Viceversa, in caso di responsabilità extracontrattuale, è l'attore a doversi far carico dell'onere della prova relativo alla colpa (o al dolo) dell'amministratore e alla indicazione delle specifiche direttive dannose.

Inoltre, anche per quanto riguarda l'individuazione del danno risarcibile, vi sono delle notevoli differenze<sup>29</sup>: il riconoscimento di una responsabilità contrattuale comporta, infatti, il limite della risarcibilità dei soli danni prevedibili nel momento in cui era sorta l'obbligazione.

Il tema della responsabilità ex art. 2497 è affrontato dalla Relazione che accompagna il D.Lgs. n. 6/2003, dove si sostiene che tale responsabilità "direttamente della controllante verso i danneggiati" è "essenzialmente di stampo aquiliano"<sup>30</sup>.

La tesi della responsabilità extracontrattuale si fonda sul fatto che l'interesse leso meritevole di tutela da parte dell'ordinamento coinciderebbe con il diritto di credito che la controllata ha nei confronti dei propri amministratori, dai quali è legittimata a pretendere il corretto esercizio degli obblighi connessi all'incarico amministrativo. Quindi, l'abuso di direzione unitaria (dal quale deriverebbe la lesione del diritto di credito della controllata) entra a far parte della più generale categoria della "induzione all'inadempimento"<sup>31</sup>. Da ciò emerge che nei confronti della società controllata sussiste un concorso di responsabilità eterogenee: da una parte la responsabilità contrattuale degli amministratori della controllata, dall'altro la responsabilità extracontrattuale degli amministratori della capogruppo<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda la tesi a sostegno della responsabilità contrattuale degli amministratori della capogruppo, si sostiene la violazione di una serie di obblighi la cui fonte coincide con l'ingerenza nella gestione della società del gruppo. In particolare, nella misura in cui gli amministratori della controllante gestiscono la controllata, devono rispettare gli obblighi che assicurano una corretta gestione della società e, nel caso questi vengano violati, ne siano ritenuti responsabili<sup>33</sup>. In questa impostazione, si riconosce la responsabilità degli amministratori della capogruppo indipendentemente della loro qualifica formale. Infatti, nell'esercizio della direzione unitaria, essi sono tenuti a curare gli interessi di tutte le unità a cui impartiscono direttive, evitando che, a causa di determinate decisioni, alcune società del

<sup>20</sup> I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, n. 9/2003, pag. 1197.

<sup>21</sup> La relazione governativa, § 13, indica come valori che si è inteso tutelare "...i principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale, precisando che sarà compito della giurisprudenza dare contenuto alla formula utilizzata".

<sup>22</sup> L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, relazione tenuta al Seminario permanente di diritto commerciale e fallimentare in Roma il 10 ottobre 2002.

<sup>23</sup> P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur Comm*, 1995, I, pag. 710 e ss.

<sup>24</sup> G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, GIUFFRÈ, Milano, 1990.

<sup>25</sup> F. DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur Comm*, 1995, I, pag. 731.

<sup>26</sup> N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 600 e ss.

<sup>27</sup> G. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in *Diritto e Pratica delle Società - Il Sole 24 ore* n. 9, 22 maggio 2000.

<sup>28</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, pag. 433 e ss.

<sup>29</sup> N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 734 ss.

<sup>30</sup> R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, n. 5/2004, pag. 538.

<sup>31</sup> G. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in *Diritto e Pratica delle Società*, il *Sole 24 ore* n. 9- 22 maggio 2000, pag. 40 e ss.

<sup>32</sup> G. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in *Diritto e Pratica delle Società*, il *Sole 24 ore* n. 9- 22 maggio 2000, pag. 40 e ss..

<sup>33</sup> F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pag. 269 e ss.

gruppo possano avvantaggiarsi a discapito di altre<sup>34</sup>.

In questa direzione si pone la Corte di Cassazione<sup>35</sup>, con una sentenza in materia di amministratori di fatto, in cui si afferma che “le regole che disciplinano l’attività degli amministratori regolano, in realtà, il corretto svolgimento dell’amministrazione delle società e sono quindi applicabili non solo a coloro che sono stati immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratore, ma anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell’assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita”. Secondo tale orientamento, la fonte dell’obbligazione dell’amministratore di fatto, dovrebbe essere individuata nell’ingerenza dell’amministrazione della società<sup>36</sup>. Secondo la Corte, “i rapporti contrattuali di fatto assumono rilevanza, sul piano giuridico, a prescindere dall’esistenza della corrispondente fattispecie negoziale” e implicano “il sorgere di vincoli che vanno al di là del semplice dovere di rispetto altrui”. Secondo questa prospettiva, gli amministratori della capogruppo potrebbero essere chiamati a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale degli abusi di direzione unitaria connessi alla gestione centralizzata. Questa sentenza ribadisce il principio in base al quale l’ingerenza dell’amministrazione di una società implica l’assunzio-

ne degli obblighi tipici di fattispecie e, di conseguenza, le eventuali responsabilità<sup>37</sup>. Si configura l’estensione di una responsabilità diretta della capogruppo per gli atti posti in essere dai propri amministratori nell’esercizio abusivo della direzione unitaria, che costituisce l’unico modo per garantire alla società controllata un effettivo risarcimento dei danni subiti.

Questo orientamento dottrinale intende tutelare gli azionisti di minoranza e i creditori delle società controllate, proponendo di arginare i possibili abusi nell’esercizio della direzione unitaria attraverso l’estensione della responsabilità anche nei confronti della capogruppo<sup>38</sup>. Con le nuove norme in tema di direzione e coordinamento di società, il legislatore, all’art 2497, ha riconosciuto come centrale il problema della responsabilità della capogruppo nei confronti di creditori e soci della controllata, “ponendo a base della disciplina il “fatto” dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, chiunque esso sia, e qualunque sia il titolo per cui il soggetto esercita questa attività”<sup>39</sup>.

La responsabilità che emerge da questa impostazione normativa è di carattere extracontrattuale, e vincola direttamente la controllante verso i danneggiati.

<sup>34</sup> A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in Riv. Soc., pag. 433 e ss.

<sup>35</sup> Si tratta di Cassazione 6 marzo 1999, n 1925, in Guida Normativa n 82/1999, pag. 66 e ss.

<sup>36</sup> G. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in Diritto e Pratica delle Società, il Sole 24 ore n. 9- 22 maggio 2000, pag. 40 e ss.

<sup>37</sup> G. SARDO, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità intragruppo*, in Diritto e Pratica delle Società, il Sole 24 ore n. 9- 22 maggio 2000, pag. 40 e ss.

<sup>38</sup> N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, GIUFFRÈ, Milano, 1999, pag. 729.

<sup>39</sup> Relazione al decreto legislativo di riforma delle società in Italia Oggi, n 13, 9 ottobre 2002, pag. 185 e ss.

# Participation exemption: «sempre e comunque»?

Alessandro Sandri / Praticante Ordine di Verona

## 1. Introduzione

Con l'inizio del 2004 è entrato in vigore il D.Lgs 344/03, il quale ha modificato il D.P.R. 917/86, Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Una delle novità maggiormente significative della riforma tributaria è rappresentata dal nuovo trattamento fiscale applicabile alle cessioni di partecipazioni societarie.

Il nuovo regime è indubbiamente visto con favore dai soggetti Ires, in quanto consente di risparmiare integralmente l'imposta sul maggior valore di cessione delle partecipazioni rispetto al valore di carico. Consapevole che il sistema introdotto con la participation exemption presta il fianco ad una pianificazione fiscale in chiave elusiva, il legislatore ha tempestivamente aggiornato l'art. 37 bis del D.P.R. 600/73, per rendere inopponibili inappropriate classificazioni in bilancio delle partecipazioni, dettate unicamente da motivi di carattere fiscale<sup>(1)</sup>.

La participation exemption, tuttavia, non persegue finalità agevolative. Pertanto, un suo utilizzo poco scrupoloso produce effetti tutt'altro che vantaggiosi: di seguito si dimostrerà come la preventiva iscrizione delle partecipazioni fra le immobilizzazioni finanziarie, al solo fine di non precludersi la possibilità di godere dell'esenzione su future plusvalenze, possa addirittura comportare un aggravio di imposta.

## 2. Lo spirito della riforma e il funzionamento della participation exemption

Stante la progressiva globalizzazione del mercato dei capitali, ma soprattutto in vista di un'integrazione sempre più completa tra i Paesi aderenti all'Unione europea, con l'introduzione della participation exemption si persegue l'obiettivo di eliminare lo svantaggio competitivo delle holding italiane rispetto alle concorrenti residenti negli altri Paesi, adottando una base imponibile coerente con lo standard europeo<sup>(2)</sup>.

L'essenza del nuovo istituto, disciplinato dall'art. 87 del TUIR, è la seguente: la cessione di partecipazioni con determinati requisiti<sup>(3)</sup> produce plusvalenze definitivamente esenti dall'imposta sul reddito delle società; specularmente, le minusvalenze da cessione diventa-

no indeducibili<sup>(4)</sup>. Alla cessione di partecipazioni diverse dalle precedenti si applica l'imposta nei modi ordinari.

È allora intuitivo come l'entrata in vigore della nuova norma abbia introdotto una vera e propria dicotomia nel regime di tassazione delle cessioni di partecipazioni societarie: nell'un caso ci si trova di fronte ad un'assoluta neutralità fiscale, nell'altro le operazioni citate sono totalmente rilevanti. Appurato ciò, l'eccessiva enfasi con cui alcuni commentatori hanno salutato l'introduzione dell'esenzione sulle plusvalenze da realizzo potrebbe aver generato un'aberrazione nella visione delle imprese circa le reali intenzioni del legislatore della riforma<sup>(5)</sup>, con il rischio che il recepimento della stessa da parte di imprenditori e amministratori possa essere parziale e cioè esclusivamente rivolto alla sola parte relativa alle plusvalenze esenti.

Di conseguenza, si potrebbe ben assistere ad un frettoloso tentativo di chi cerca di portare sotto il cappello dell'esenzione alcune partecipazioni la cui naturale qualificazione rientrerebbe invece fra quelle "ordinarie": un passaggio a tal fine necessario consiste nella prima iscrizione in bilancio della partecipazione fra le immobilizzazioni finanziarie.

## 3. L'iscrizione in bilancio di partecipazioni societarie: cenni

A norma dell'art. 87, co. 1, lett. b), l'iscrizione della partecipazione fra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso è condizione imprescindibile per godere della participation exemption. Ciò significa che, essendo rispettati gli altri tre requisiti, la prima iscrizione fra le immobilizzazioni finanziarie incide in maniera decisiva sulla possibilità di avvalersi del regime di esenzione totale delle plusvalenze.

Questo stretto collegamento tra classificazione in bilancio e regime di esenzione produce un inevitabile condizionamento di matrice fiscale, in quanto dalla prima iscrizione della partecipazione dipenderà la totale intassabilità della plusvalenza realizzata<sup>(6)</sup>. A ciò si aggiunga che, fra le quattro condizioni richieste dal TUIR, il requisito della prima iscrizione in bilancio nell'attivo immobilizzato è sicuramente quello più soggetto alla discrezionalità del redattore del bilancio<sup>(7)</sup>. A fronte di questa tentazione di natura fiscale, occorre qui ricordare

<sup>1</sup> L'art. 2, co. 1, lett. e), del D.Lgs 344/03 ha inserito anche le *classificazioni di bilancio* fra le operazioni soggette alle disposizioni antielusive dell'art. 37 bis del D.P.R. 600/73.

<sup>2</sup> Così scriveva R. Lupi in un articolo pubblicato su Il Sole 24 Ore del 14 dicembre 2001: «Una volta descritte le differenze tra metodo dell'esenzione e del credito d'imposta, appare chiaro che la compresenza di sistemi di diverso tipo all'interno dell'Unione europea indebolisce, sul piano della concorrenza fiscale internazionale, i Paesi che utilizzano il criterio del credito d'imposta». Sullo stesso punto, si veda anche la relazione di accompagnamento alla Legge 7 aprile 2003 n. 80.

<sup>3</sup> Le condizioni richieste dall'art. 87 sono: (a) ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione; (b) classificazione della partecipazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; (c) residenza fiscale della società partecipata in uno Stato diverso da quelli a regime fiscale privilegiato; (d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale. Il nuovo regime, quindi, non è opzionale, bensì opera automaticamente al verificarsi delle suddette condizioni.

<sup>4</sup> Come disposto dall'art. 101, co. 1, del TUIR.

<sup>5</sup> Si veda, per tutti, P. Russo, "I soggetti passivi Ires e la determinazione dell'imponibile", in Rivista di Diritto Tributario, marzo 2004, p. 312 e ss.: «Orbene, già dalla semplice lettura del quadro normativo [...] ci si avvede dell'inadeguatezza terminologica adoperata dai commentatori, sin dalla relazione di accompagnamento del disegno di legge delega presentato dall'esecutivo: ciò in quanto il legislatore delegato, di fatto, non ha semplicemente previsto un regime di esenzione sulle plusvalenze emergenti in occasione della cessione di partecipazioni, bensì ha delineato un più complesso ed articolato sistema di neutralità fiscale per tutte le vicende economiche e giuridiche che possono interessare le partecipazioni in società o enti commerciali detenute da società, alla cui attuazione si perviene apportando le necessarie variazioni in aumento ed in diminuzione all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, ai sensi dell'art. 83. Ed allora, tutte le volte in cui si sentirà parlare di *participation exemption* occorrerà ricordare che con tale terminologia, ormai entrata a far parte del nostro linguaggio, ci si riferisce ad una disciplina più ampia rispetto a quella evocata dalla traduzione letterale dell'espressione».

<sup>6</sup> Cfr. G. Ferranti, in Corriere Tributario n. 17/2004, p. 1871: «La rigidità del criterio di far dipendere per sempre il regime dell'esenzione dalla prima iscrizione in bilancio [...] poteva favorire comportamenti elusivi, in quanto la scelta di classificare le partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie [...] poteva non essere dettata da corretti principi civilistici e contabili, ma dalla possibilità di conseguire plusvalenze esenti».

<sup>7</sup> Posto che non dovrebbe trattarsi di scelta, in quanto l'iscrizione delle partecipazioni in bilancio dovrebbe derivare da una corretta applicazione di principi civilistici e contabili, non si può negare che la componente fiscale condizioni le scelte in tale ambito. L'attuale formulazione dell'art. 37 bis del D.P.R. 600/73 dovrebbe servire proprio da deterrente all'utilizzo di politiche di bilancio ai soli fini fiscali.

però che la classificazione delle partecipazioni non dipende da una scelta discrezionale del redattore del bilancio, bensì dalla effettiva destinazione impressa alle partecipazioni da parte del soggetto economico. Infatti, il D.Lgs 127/91, norma attuativa della IV Direttiva CEE, ha optato per uno schema di stato patrimoniale all'interno del quale le attività sono classificate secondo la loro destinazione economica.

A tal proposito, l'art. 2424 bis c.c., co. 1, stabilisce che «gli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente devono essere iscritti tra le immobilizzazioni»: pertanto, la classificazione in bilancio di una partecipazione non dipende dalle sue caratteristiche oggettive, né dalla quota di capitale rappresentato<sup>(8)</sup>, ma esclusivamente dall'utilizzo che l'impresa intende farne.

Inoltre, il Principio contabile nazionale n. 12 precisa che il criterio temporale non è la regola sulla quale il legislatore del 1991 si è basato per l'indicazione in bilancio delle partecipazioni<sup>(9)</sup> e ribadisce che «la classificazione dei valori patrimoniali attivi si fonda sul criterio della "destinazione" degli stessi rispetto all'attività ordinaria».

Non vi è dubbio, quindi, che la classificazione in bilancio delle partecipazioni implichi una precisa assunzione di responsabilità da parte degli amministratori.

#### 4. Considerazioni fiscali

Avvenuta l'iscrizione in bilancio della partecipazione fra le immobilizzazioni finanziarie, il regime della participation exemption opera automaticamente.

Si ricordi, tuttavia, che la participation exemption costituisce solo uno dei nuovi istituti introdotti dalla riforma, dei quali è opportuno tenere in debito conto la valenza sistematica: la convenienza della participation exemption potrebbe avere esiti differenti a seconda della situazione complessiva, soprattutto alla luce del nuovo sistema di imposizione previsto per i dividendi e della nuova trasparenza fiscale per le società a responsabilità limitata.

##### 4.1. La participation exemption e la distribuzione di dividendi

Come è noto, anche la disciplina dei dividendi erogati da società di capitali ha subito profonde modifiche in conseguenza del cambiamento della logica sottostante il sistema fiscale statale<sup>(10)</sup>.

Con la riforma, pertanto, coerentemente con la nuova impostazione data al sistema, è stato introdotto un principio generale di non imponibilità per i dividendi distribuiti da società ed enti di cui all'art.

73, comma 1, lettere a) e b) del TUIR: più precisamente, il dividendo percepito da soggetti passivi Ires non concorre alla formazione del reddito limitatamente al 95% del suo ammontare<sup>(11)</sup>.

Parallelamente le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni societarie non formano base imponibile in quanto esenti: diversamente da quanto previsto per la percezione di dividendi, però, la quota non imponibile è pari al 100% dell'ammontare realizzato.

Questo il fondamento economico della participation exemption: le plusvalenze rappresenterebbero utili prodotti e già tassati in capo alla società partecipata e mai distribuiti, oppure la speranza che la stessa società partecipata produrrà utili futuri destinati ad essere tassati, di modo che il realizzo di una plusvalenza altro non diventa che una forma di *distribuzione* di utili<sup>(12)</sup>.

Tuttavia, a fronte di tale assimilazione tra plusvalenze realizzate e dividendi percepiti, non corrisponde un simmetrico trattamento circa l'*indeducibilità* dei costi relativi alla gestione e alla cessione di partecipazioni societarie.

In effetti, per la cessione di partecipazioni la plusvalenza esente deve essere calcolata al netto dei *costi accessori e specificamente inerenti* effettivamente sostenuti<sup>(13)</sup>. Secondo la dottrina, fra i costi in questione devono essere ricomprese le spese sostenute con diretto riferimento alla cessione a titolo oneroso dei beni relativi all'impresa e allo scopo fondamentale di addivenire alla realizzazione della plusvalenza ed in difetto delle quali la cessione stessa non avrebbe potuto verificarsi<sup>(14)</sup>.

Pertanto, con specifico riferimento alla cessione di partecipazioni sociali, rientrano tra gli oneri di cui si discute, a titolo di esempio e senza presunzione di esaustività: le spese notarili, quelle per perizie tecniche ed estimative, gli oneri per le attività di *due diligence*, le provvigioni pagate agli intermediari finanziari e le spese per consulenze legali, contabili e fiscali.

Un'ulteriore conseguenza del possesso di una partecipazione con i requisiti per l'esenzione è l'impossibilità di dedurre, per *ciascun periodo* di possesso di tale partecipazione, gli *oneri finanziari* sostenuti per il suo acquisto: la quantificazione ai fini fiscali di tali oneri finanziari avviene secondo le modalità previste dall'art. 97 del TUIR. La disposizione persegue una finalità antielusiva e cioè evitare che un onere sostenuto per produrre proventi esenti possa essere dedotto dal reddito d'impresa<sup>(15)</sup>.

Tale trattamento circa la non deducibilità dei costi relativi alla cessione di partecipazioni societarie è legato alla qualificazione del pro-

<sup>8</sup> La disposizione dell'art. 2424 bis c.c., co. 2, secondo cui «le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore a quelle stabilite dal terzo comma dell'art. 2359 si presumono immobilizzazioni», si configura come una presunzione semplice e non assoluta.

<sup>9</sup> Il Principio contabile nazionale n. 12, relativo alla «Composizione e schemi di bilancio d'esercizio di imprese mercantili, industriali e di servizi», afferma, in merito alla sezione dell'attivo di stato patrimoniale, che «la classificazione non è effettuata sulla base del criterio finanziario (cioè sulla base del periodo di tempo entro il quale le attività si trasformeranno in liquidità, convenzionalmente rappresentato dall'anno), bensì sulla base del ruolo svolto dalla diverse attività nell'ambito dell'ordinaria gestione aziendale». E più oltre, lo stesso Principio conclude che «lo schema di stato patrimoniale previsto dalla legge è in grado di fornire un'informativa completa a livello patrimoniale, cioè a livello di struttura dell'attivo (per destinazione) e del passivo (per natura). Invece a livello finanziario detto schema non consente di pervenire in via autonoma ad un raffronto delle poste secondo il criterio della liquidità ed esigibilità [...]». A sua volta, il Principio contabile nazionale n. 20, relativo a «Titoli e partecipazioni», afferma che «sono partecipazioni immobilizzate quelle partecipazioni (azionarie o no) destinate per decisione degli amministratori ad investimento duraturo, finalizzato: al controllo, ovvero ad influenza dominante (partecipazioni in società controllate); oppure ad influenza notevole (partecipazioni in società collegate o equiparabili in relazione alla misura della partecipazione) nella gestione della partecipata; oppure ancora soltanto allo scopo di ottenere, mediante la partecipazione, vantaggi economici indiretti (partecipazioni in società non qualificate)». Secondo A. Palma (a cura di), *Il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato*, Cedam, 1996, «si possono portare quali esempi di vantaggi indiretti: rapporti contrattuali con condizioni favorevoli di fornitura, collaborazioni aziendali sotto forma di integrazioni negli approvvigionamenti o nella rete distributiva».

<sup>10</sup> Si è passati, infatti, dal c.d. «sistema di imputazione» a quello, già presente anche in altri Paesi membri dell'Unione Europea, «dell'esenzione». Secondo tale ultima impostazione il prelievo sul reddito avviene in via *definitiva* nel momento della sua *produzione* e non più quando esso viene *distribuito*, operazione che diventa *neutra* ai fini fiscali. La logica conseguenza di ciò è l'abolizione del meccanismo del credito d'imposta sui dividendi percepiti, il quale non ha più alcun motivo di esistere.

<sup>11</sup> Previsione contenuta nell'art. 89 del TUIR.

<sup>12</sup> Cfr. R. Lupi, *Delega fiscale, redditi finanziari e redditi d'impresa: un'imposizione reale onerosa per i redditi elevati*, in *Rassegna Tributaria*, 2003, p. 107 e ss.: «Partiamo dal presupposto che le plusvalenze sulle partecipazioni sociali e gli utili delle società sottostanti esprimono un flusso reddituale che si manifesta in forme diverse, ma che è in ultima analisi unico». Cfr. anche G. Ferranti, in *Corriere Tributario* n.17/2004, p. 1303: «Le partecipazioni sono, infatti, beni di secondo grado rappresentativi del patrimonio sociale e le plusvalenze derivanti dalla loro cessione esprimono il *tantundem* degli utili realizzati dalla società partecipata ed accantonati a riserve ovvero degli utili che con un certo grado di attendibilità si prevede che la società consegua in futuro».

<sup>13</sup> Per i primi trova applicazione l'art. 86 del TUIR, il quale stabilisce che il valore della plusvalenza fiscale è determinato dalla differenza tra il corrispettivo conseguito, al netto degli *oneri accessori* di diretta imputazione, e il costo non ammortizzato. Per i secondi si applica l'art. 109, comma 5, del TUIR, che stabilisce l'indeducibilità di quei costi relativi a ricavi che non concorrono alla formazione del reddito in quanto esenti; la relazione governativa di accompagnamento al D.Lgs 344/2003 precisa che i costi *specificamente inerenti* non ricompresi fra gli oneri accessori di diretta imputazione devono essere oggetto di una variazione in aumento in sede di dichiarazione dei redditi.

<sup>14</sup> Cfr. F. Pistolesi, *Plusvalenze patrimoniali ed oneri accessori di diretta imputazione*, in *Rassegna Tributaria*, 1996, p. 1487. Secondo M. Leo, F. Monacchi, M. Schiavo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Giuffrè Editore, 1997, p. 1410, gli «oneri accessori si identificano con tutti quelli che sono collegati con il bene da un nesso di consequenzialità, come di causa ad effetto, quali le spese di registrazione, notarili, di trasporto, di assicurazione, di mediazione, ecc.».

<sup>15</sup> La relazione di accompagnamento al D.Lgs 344/2003 commenta l'art. 97 del TUIR affermando che «[...] è specificamente riferito all'ipotesi in cui l'impresa possiede delle partecipazioni che si qualificano per l'esenzione di cui all'art. 87».



vento di cui si discute. Le plusvalenze non concorrono alla formazione della base imponibile in quanto *esenti*: coerentemente, i costi ad esse relativi non possono essere dedotti dal reddito.

Si può quindi sostenere che la cessione di partecipazioni preventivamente iscritte fra le immobilizzazioni finanziarie genera o plusvalenze esenti o minusvalenze indeducibili, ma non solo: ci si troverà di fronte, *in ogni caso*, ad un certo ammontare di altri costi e oneri che non saranno *mai deducibili*, sotto nessuna circostanza, a prescindere dall'ammontare della plusvalenza o minusvalenza.

In modo diverso, alla distribuzione di dividendi è semplicemente attribuita una percentuale forfetaria di indeducibilità dei costi, pari al 5% dell'utile percepito, senza che assuma rilevanza alcuna la qualificazione delle partecipazioni da cui provengono<sup>(16)</sup>.

Da tale asimmetria si capisce che le operazioni in questione possono essere alternativamente vantaggiose, a seconda dell'ammontare complessivo di costi e oneri non deducibili: se questi superano il 5% del valore della plusvalenza esente realizzabile, allora è più vantaggiosa la percezione del dividendo da una partecipazione "non esente" – in quanto l'ammontare non deducibile è fissato al 5% – e la sua successiva vendita senza plusvalenza. Si arriva a conclusioni opposte quando i costi non deducibili sono inferiori al 5% del valore della plusvalenza<sup>(17)</sup>.

In formule matematiche, si chiamino *D* i dividendi potenzialmente incassabili, *P* il valore della plusvalenza *esente* realizzabile senza la distribuzione di dividendi, *c.a.* e *c.i.* rispettivamente i costi accessori di diretta imputazione e i costi specificamente inerenti alla cessione della partecipazione e  $\sum o.f.$  la somma degli interessi non deducibili in ciascun esercizio per l'applicazione del pro rata patrimoniale *ex art.* 97 del TUIR<sup>(18)</sup>.

Ogni volta che viene soddisfatta la seguente equazione

$$D > \frac{P - c.a. - c.i. - \sum o.f.}{0,95}$$

il redattore di bilancio che avesse ceduto alla tentazione di iscrivere fin da subito le partecipazioni nell'attivo immobilizzato, vincolandosi

così al regime della participation exemption, dovrebbe ammettere che tale operazione avrà prodotto un onere fiscale aggiuntivo, altrimenti evitabile attraverso altre operazioni di politica societaria, come la percezione di dividendi da una partecipazione "non esente" e la sua successiva cessione, operazione che permette la piena deducibilità dei relativi costi.

#### 4.2. La participation exemption e la trasparenza fiscale *ex art.* 116 del TUIR

Esaminata la fiscalità della società, si consideri ora anche il prelievo fiscale in capo al socio finale persona fisica<sup>(19)</sup>.

Il regime naturale applicabile al rapporto società-socio prevede quanto segue. Un primo prelievo fiscale avviene in capo alla società, la quale dichiara il proprio reddito imponibile soggetto ad aliquota Ires 33%. Successivamente, l'utile distribuito al socio sconta un'ulteriore imposizione: a norma degli artt. 47 e 59 del TUIR, infatti, i dividendi percepiti concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo limitatamente al 40% dell'ammontare percepito<sup>(20)</sup>.

Analogamente a quanto accade per i dividendi percepiti da società di capitali, anche per le persone fisiche si assiste ad una doppia imposizione, ancorché molto più consistente<sup>(21)</sup>.

Per correggere anche queste distorsioni del nuovo sistema fiscale in tema di tassazione dei dividendi è stato introdotto il nuovo istituto della trasparenza fiscale per le Srl, disciplinato dall'art. 116 del TUIR e dal collegato Regolamento contenuto nel D.M. 23 aprile 2004.

Il nuovo regime, opzionale per le Srl, è analogo a quello già conosciuto per le società di persone, in forza del quale i redditi prodotti dalla società vengono imputati ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla loro percezione. La successiva distribuzione dell'utile, pertanto, è fiscalmente irrilevante.

Il vantaggio fiscale dell'opzione nell'ambito della società a responsabilità limitata è subito spiegato: il socio persona fisica evita l'imposizione sul 40% del dividendo percepito, conseguendo un risparmio d'imposta.

Tuttavia, a norma dell'art. 116, co. 1, ultimo periodo, il possesso da parte della Srl di una partecipazione con i requisiti per l'*esenzione* –

<sup>16</sup> Cfr. circolare n. 25/E del 16 giugno 2004: «La tassazione di una quota di utile pari al 5 per cento non risponde alla esigenza di voler attribuire parziale rilevanza reddituale al dividendo, ma alla necessità di individuare, in maniera forfetaria, una quota dei costi relativi alla gestione delle partecipazioni da assoggettare a tassazione, la cui non deducibilità è fissata in via convenzionale nella misura del 5 per cento degli utili distribuiti».

<sup>17</sup> A tal riguardo si propone un esempio numerico.

Una società di capitali A ha ceduto, per un corrispettivo pari a 1.000, una partecipazione societaria esente, iscritta in bilancio a un costo di 800, realizzando una plusvalenza di 200; ha sostenuto costi accessori di diretta imputazione per 10, costi specificamente inerenti per 25 e oneri finanziari non deducibili per 5 – pari complessivamente al 20% della plusvalenza "lorda"; la società, inoltre, nel corso dell'esercizio ha conseguito altri componenti positivi per 1.000. L'utile civilistico ammonta a 1.160.

Società A che cede una partecipazioni "esente"

Utile ante imposte:	1.160
Variazioni in diminuzione:	(1.000 - 10) - 800 = 190
Variazioni in aumento:	(25 + 5) = 130
Reddito imponibile:	1.000
Ires 33%:	(330)
Utile netto:	830

Diversamente, una società di capitali B ha percepito un dividendo pari a 200 da una partecipazione societaria non esente iscritta in bilancio a un costo di 800, e successivamente ceduta per un corrispettivo pari a 800, non realizzando alcuna plusvalenza; ha sostenuto costi accessori di diretta imputazione per 10, costi specificamente inerenti per 25 e gli oneri finanziari completamente deducibili sono pari a 5. La società, inoltre, nel corso dell'esercizio ha conseguito altri componenti positivi per 1.000. L'utile civilistico ammonta a 1.160.

Società B che cede una partecipazione "non esente" dopo aver percepito dividendi

Utile ante imposte:	1.160
Variazioni in diminuzione:	(95%200) = 190
Variazioni in aumento:	0
Reddito imponibile:	970
Ires 33%:	(320)
Utile netto:	840

Come emerge dall'esempio, la società B, pur non godendo del regime della participation exemption, riuscirebbe a ottenere un utile netto più alto rispetto a quello della società A, che, al contrario, ha usufruito dell'esenzione sulla plusvalenza realizzata.

<sup>18</sup> Merita appena ricordare la differenza tra costi accessori e costi specificamente inerenti la cessione, da una parte, e gli oneri finanziari non deducibili per l'applicazione del pro rata patrimoniale, dall'altra parte: mentre i primi vengono sostenuti una sola volta in occasione della cessione del bene, la quota indeducibile di oneri finanziari deve essere calcolata per *ogni periodo di possesso* delle partecipazioni esenti.

<sup>19</sup> Questione oggi maggiormente significativa, dopo la riforma della tassazione sui dividendi percepiti. Prima della riforma, infatti, grazie al meccanismo del credito di imposta la percezione di dividendi lungo la catena di partecipazioni era un'operazione fiscalmente neutra. Con l'entrata in vigore del D.Lgs 344/2003, invece, ogni distribuzione di utili lungo la catena di controllo sconta una parziale doppia imposizione, così che, più si allunga la catena di controllo, maggiore è la quota di utile sottoposto a tassazione più di una volta.

<sup>20</sup> Per completezza si ricorda che l'utile derivante da partecipazioni non qualificate detenute fuori dal regime di impresa sconta un'imposta sostitutiva del 12,5% sull'intero ammontare e non concorre alla formazione del reddito complessivo. Cfr. art. 3, comma 3, lett. a) TUIR e art. 27 D.P.R. 600/73.

<sup>21</sup> Confronta l'art. 89 e l'art. 47 del TUIR.

e dei presunti vantaggi fiscali ad essa collegati – *inibisce* l'esercizio dell'opzione per la trasparenza fiscale: pertanto, la participation exemption e la trasparenza fiscale sono istituti *alternativi*.

È interessante, allora, verificare il diverso carico impositivo in capo (a) al socio di una Srl che cede una partecipazione realizzando una plusvalenza esente rispetto (b) al socio di una Srl che realizza plusvalenze diverse dalle precedenti e opta per la trasparenza dell'art. 116 del TUIR (22).

Infatti, quando la società con la partecipazione "esente" realizza anche *altri proventi* diversi dalla plusvalenza, essa produce un reddito soggetto a tassazione Ires 33%, il cui risultato netto sconta un'ulteriore imposizione Ire al momento della percezione del dividendo da parte del socio.

*Ceteris paribus*, optando per la trasparenza fiscale, invece, pur tassando il 100% della plusvalenza, si evita l'ulteriore imposizione sul 40% del dividendo già tassato in capo alla società. Esiste quindi una soglia di reddito imponibile, rispetto all'ammontare della plusvalenza realizzabile, oltre la quale il regime impositivo di cui all'art. 116 è più vantaggioso rispetto a quello previsto dall'art. 87, al quale è legata la doppia imposizione in capo al socio finale persona fisica.

Per calcolare la convenienza dell'una o dell'altra situazione è necessario considerare il carico fiscale complessivo del rapporto società-socio. Si ipotizzi di applicare lo stesso livello di tassazione – 33% – in capo alla società e al socio finale persona fisica. Si indichino con *R.I.* il reddito imponibile della società al netto della plusvalenza e con *P* il valore della plusvalenza. Si dimostra che per valori di *R.I.* di poco superiori al doppio dell'ammontare della plusvalenza, la partecipazione ad una Srl "trasparente" con partecipazioni senza i requisiti per l'esenzione è più conveniente rispetto al possesso di una quota di Srl che realizza plusvalenze esenti (23).

Considerato ciò, si precisa anche che, a regime Ire varato, il reddito personale sotto la soglia di 100.000 Euro dovrebbe essere soggetto ad un'imposizione del 23% (24).

Ciò non è di poco conto, visto che la maggior convenienza della Srl "trasparente" risulta verificata per valori di *R.I.* superiori ad appena 0,85 volte l'ammontare della plusvalenza (25).

### 4.3. La trasparenza fiscale e la distribuzione di dividendi

Si conclude ora, cercando di coniugare i vantaggi legati alla partecipazione in una Srl senza partecipazioni "esenti" e che applica il regime della trasparenza fiscale con quelli derivanti dalla distribuzione di dividendi analizzata più sopra. Si tratta in particolare del caso (c) di una Srl che percepisce un dividendo, imponibile per il 5%, prima di cedere senza plusvalenza la partecipazione "non esente" (26) e che imputa il

reddito ai propri soci per trasparenza (27).

Si confronti ora il caso (c) con quello (a) precedentemente discusso. Per semplicità, si applica lo stesso livello impositivo in capo alla società e al socio finale persona fisica.

Sviluppando una semplice equazione (28) si dimostra che l'ammontare delle imposte pagate in (a) è sempre maggiore di quello calcolato in (c), qualunque sia il valore assunto dalle incognite *R.I.* e *P*.

Ebbene, con ciò è dimostrato che il ricorso sequenziale, da parte di una Srl, alle operazioni previste dagli art. 89 e 116 del TUIR è sempre più conveniente rispetto all'applicazione del nuovo regime della participation exemption, *indipendentemente* dall'ammontare del reddito imponibile e della plusvalenza realizzabili dalla società, nonché dallo scaglione Ire in cui si colloca il socio persona fisica.

### 5. Conclusioni

Attenzione al ricorso disinvolto alla participation exemption. Si deve perlomeno dubitare che costituisca, *di per sé*, una strategia fiscale vincente la *prima iscrizione* in bilancio delle partecipazioni "sempre e comunque" fra le immobilizzazioni finanziarie, al solo fine di non precludersi la possibilità di godere dell'esenzione sulle plusvalenze. Infatti, nell'ambito della fiscalità dei soggetti Ires, tale preventiva classificazione in bilancio vincola la società ad un preciso effetto in campo tributario: al regime di *participation exemption* sono inevitabilmente associati costi e oneri finanziari *non deducibili* dal reddito d'impresa, con il rischio di dover apportare variazioni in aumento inaspettate in sede di dichiarazione dei redditi.

Pertanto, quando tali oneri non deducibili superano il 5% del maggior valore della partecipazione rispetto al suo costo fiscale, la *prima iscrizione* della partecipazione fra le immobilizzazioni finanziarie *impedisce* di ottenere un margine maggiore rispetto alla plusvalenza stessa in un modo alternativo: cioè attraverso la percezione anticipata del dividendo derivante da una partecipazione "non esente" e la successiva cessione di questa senza plusvalenza, con il diritto alla totale deducibilità dei relativi costi (29). Ciò detto, rimane ancora da interrogarsi circa l'elusività di tale operazione, in quanto la percezione di dividendi sottrae dalla tassazione il 95% di materia imponibile che diversamente emergerebbe dalla cessione di una partecipazione con riserve da distribuire. Sono tutte da dimostrare, comunque, caso per caso, le ragioni che l'Amministrazione finanziaria potrebbe addurre a supporto della propria pretesa. Ragionando a valle, si consideri il carico fiscale sulla persona fisica socio di una Srl: è evidente come l'effetto agevolativo della participation exemption in capo alla società sia successivamente smorzato dalla doppia imposizione sul 40% del dividendo percepito dal socio; le Srl che non possiedono

<sup>22</sup> Limitandosi alla *sola plusvalenza* derivante dalla cessione di partecipazioni, è immediatamente intuibile che il calcolo di convenienza è favorevole al socio della società con la partecipazione esente. Nel primo caso, infatti, la Srl non sconta l'Ires e l'unico prelievo avviene sul 40% del dividendo distribuito al socio; nell'ambito della società trasparente, il prelievo – anche qui unico – avviene sì ancora in capo al socio, calcolato però sul 100% dell'imponibile fiscale attribuito dalla società.

<sup>23</sup> Per semplicità di calcolo, in questo paragrafo si ipotizza che il reddito imponibile *R.I.* corrisponda all'utile civilistico e che *c.a.*, *c.i.* e *o.f.* siano pari a zero. Nell'ambito del caso (a), il carico fiscale totale è calcolato sulla base imponibile complessiva, data dal reddito della società, pari a *R.I.*, e dalla quota imponibile del dividendo percepito dal socio, pari a  $(R.I. \times 0,67 + P) \times 0,40$ . Pertanto, le imposte complessivamente pagate ammontano a  $I_a = R.I. \times 0,33 + [(R.I. \times 0,67 + P) \times 0,40] \times 0,33$ . Relativamente al caso (b), la base imponibile totale è quella che risulta imputata al socio per trasparenza, equivalente a  $(R.I. + P)$ . Il carico fiscale finale è pari a  $I_b = (R.I. + P) \times 0,33$ . Di qui, si calcoli quando  $I_a > I_b$ : il risultato dell'equazione è  $R.I. > 2,24 P$ .

<sup>24</sup> Vedi Legge Delega 7 aprile 2003, n. 80.

<sup>25</sup> Con un'imposizione progressiva Ire pari al 23% le imposte sopra calcolate diventano pari a  $I_a = R.I. \times 0,33 + [(R.I. \times 0,67 + P) \times 0,40] \times 0,23$  e  $I_b = (R.I. + P) \times 0,23$ . Risulta che  $I_a > I_b$  quando  $R.I. > 0,85 P$ .

<sup>26</sup> Ipotizzando che i costi accessori e quelli specificamente inerenti alla eventuale cessione della partecipazione e gli oneri finanziari non deducibili siano pari a zero, il valore del dividendo percepito dalla Srl diventa pari a quello della plusvalenza altrimenti realizzabile. La sua quota imponibile, corrispondente al 5% dell'ammontare percepito, equivale quindi al 5% della plusvalenza.

<sup>27</sup> Per quanto riguarda l'applicazione della trasparenza fiscale ad una Srl che percepisce dividendi imponibili per il 5% del loro ammontare, esistono posizioni diverse circa l'eventuale tassazione dell'ammontare distribuito al socio persona fisica eccedente il reddito tassato in capo alla Srl. C'è chi sostiene, infatti, che la fiscalità della società e quella del socio non vadano confuse e che le agevolazioni concesse a soggetti dotati di personalità giuridica non debbano essere "trasfuse" al socio persona fisica (Cfr. D. Stevanato, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2004). Pertanto, l'eccedenza percepita dal socio rispetto all'ammontare assoggettato a Ires in capo alla società dovrebbe scontare l'imposta personale progressiva. Diversamente, altri commentatori (Cfr. L. Miele, in *Il Sole 24 Ore*, 26 maggio 2004 e G.P. Ranocchi, in *Forum Fiscale*, n. 5 del 2004) e la stessa Agenzia delle Entrate (Vedi *Circolare 25/E* del 16 giugno 2004) sostengono che, allo stato attuale, l'interpretazione dell'art. 116 del Tuir e del D.M. 23 aprile 2004 conduca a ritenere che tale eccedenza rimanga non imponibile.

Attualmente, stante la normativa in vigore, è da preferire la seconda tesi.

<sup>28</sup> Le imposte pagate nel caso (a) sono  $I_a = R.I. \times 0,33 + [(R.I. \times 0,67 + P) \times 0,40] \times 0,33$ .

Il carico fiscale complessivo nel caso (c) corrisponde a  $I_c = (R.I. + 0,05D) \times 0,33$  che equivale anche a  $I_c = (R.I. + 0,05P) \times 0,33$ . Confrontando le due, risulta che  $I_a > I_c$  per ogni valore di reddito imponibile.

<sup>29</sup> Il basso livello della soglia limite di costi indeducibili, pari al 5% dell'ammontare della plusvalenza, implica che il ragionamento qui prodotto sia significativo anche relativamente a plusvalenze di valore elevato. Infatti, ad un ammontare complessivo di costi e oneri finanziari non deducibili – si ricordi che la quota di interessi passivi deve essere calcolata per ciascun periodo d'imposta – non eccessivamente grande, pari a 50.000 Euro, corrisponde una plusvalenza di 1.000.000 di Euro.

partecipazioni con i requisiti per l'esenzione possono invece optare per l'applicazione della trasparenza fiscale.

L'utile attribuito per trasparenza al socio, comprensivo del 100% della plusvalenza – necessariamente non esente – è più conveniente del dividendo derivante da una Srl con partecipazioni "esenti": ciò accade quando il reddito imponibile della Srl supera di 2,24 volte l'ammontare della plusvalenza e il socio si colloca nello scaglione Ire 33%; oppure, per un livello di reddito imponibile superiore ad appena 0,85 volte l'ammontare della plusvalenza, quando il socio sconta un'imposta Ire 23%<sup>(30)</sup>.

Adirittura, se la Srl sceglie di vendere una partecipazione, priva dei requisiti per l'esenzione, senza plusvalenza successivamente all'incasso dei dividendi, la *trasparenza fiscale* risulta *in ogni caso* più

conveniente, indipendentemente dal reddito imponibile, dal maggior valore della partecipazione rispetto al suo costo fiscale e dallo scaglione Ire in cui si colloca il socio persona fisica<sup>(31)</sup>.

A questo riguardo, il Ministero delle Finanze ha già comunicato l'intenzione di apportare correzioni alla disciplina dell'Ires<sup>(32)</sup>, per correggere l'imperfezione della «norma che lascia ai soci persone fisiche di Srl che abbiano optato per il regime di trasparenza di godere del regime fiscale dei dividendi riservato alle società (con i dividendi tassati cioè al 5 e non al 40 per cento)».

Ciò constatato, e tenendo conto di possibili correzioni all'art. 116 del TUIR che mirino a rendere imponibile un'ulteriore quota del 35% dei dividendi, corrispondente al complemento di 5 a 40 per cento, si conferma che le considerazioni esposte rimangono valide.

<sup>30</sup> Nell'ipotesi di una terza aliquota Ire pari a 39%, come da recenti dichiarazioni da parte del Governo, la convenienza si verificherebbe per un livello di reddito imponibile superiore a 5,26 volte l'ammontare della plusvalenza.

<sup>31</sup> Ciò è sicuramente verificato anche nell'ipotesi di un'aliquota Ire del 39%.

<sup>32</sup> Si veda la dichiarazione di Andrea Manzitti riportata su *Il Sole 24 Ore* del 25 giugno 2004.

# L'incidenza della riforma del diritto societario in materia fallimentare

Marco De Marchis / Praticante Ordine di Venezia

## PREMESSA

La riforma del diritto societario, contenuta nel D.Lgs. 6/2003, è entrata in vigore il 1° gennaio 2004 ed ha profondamente rinnovato il diritto regolatore delle società di capitali e delle cooperative.

Questo lavoro si propone di esaminare, senza pretesa di esaustività, in che misura la nuova disciplina del diritto societario abbia integrato ovvero modificato il diritto fallimentare, contenuto nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. Gli argomenti che verranno trattati sono:

- S.p.a. con unico azionista;
- patrimoni destinati;
- finanziamenti postergati nella nuova S.r.l.;
- gruppi societari;
- responsabilità degli organi di amministrazione e controllo;
- società cooperative.

## S.P.A. CON UNICO AZIONISTA

L'art. 2328 c.c. comma 1, recependo quanto previsto dalla dodicesima direttiva comunitaria, prevede la costituzione di S.p.a. per atto unilaterale consentendo, in tal modo, che la S.p.a. sia costituita da un unico azionista fin dalla sua nascita. La riforma ha, quindi, dettato una nuova disciplina per questo tipo di società cercando di mediare l'interesse dell'unico azionista a godere della limitata responsabilità con quelli di tutela del mercato e dei creditori sociali. Infatti, il dettato del nuovo art. 2325 c.c. nell'affermare l'indiscutibile principio della limitazione di responsabilità delle società di capitali, precisa, al 2° comma, che l'unico azionista di S.p.a. gode della responsabilità limitata al capitale conferito a condizione che al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo abbia versato presso una banca l'intero ammontare dei conferimenti come previsto dell'art. 2342 c.c. novellato e siano stati osservati gli obblighi pubblicitari previsti del nuovo art. 2362 c.c..

Il nuovo dettato dell'art. 2362 c.c. testimonia come la riforma abbia eliminato la responsabilità illimitata dell'unico azionista, che era espressamente prevista dalla precedente versione dello stesso articolo. Interessante è esaminare cosa accade all'unico azionista, che non abbia rispettato il dettato previsto dall'art. 2325 c.c. comma 2, in caso di fallimento della società ossia se si produca il suo fallimento in estensione o ripercussione ex art. 147 L.F.

Su questo argomento si affrontano da anni due correnti di pensiero differenti: da un lato la giurisprudenza di legittimità (Cass. 24 marzo 1976, n. 1044) aveva sanzionato l'estensione del fallimento soltanto ai soci istituzionalmente illimitatamente responsabili, negando l'assoggettabilità a fallimento dell'unico azionista o dell'unico quotista, fatto che è stato anche di recente confermato (Cass. 27 maggio 1997, n. 4701), dall'altro nella giurisprudenza di merito (Trib. Milano 19 ottobre 1995; Trib. Monza, 24 maggio 1996; Trib. Milano, 22 aprile 1997) prevale la tesi dell'assoggettabilità a fallimento dell'unico azionista o quotista.

A parere di chi scrive il fallimento della società per azioni unipersonale produce per estensione il fallimento dell'unico azionista, non ravvisandosi in tale estensione una contraddizione con il dettato della Suprema Corte, poiché la stessa nel prevedere l'estensione del fallimento all'accomandante di S.a.s. che si sia ingerito nella gestione della società (Cass. 15 gennaio 1991, n. 508; Cass. 28 aprile 1999, n. 4270; Cass. 11 settembre 1999, n. 9688) non autorizza interpretazioni

dell'art. 147 L.F. tali da restringere l'estensione del fallimento solo a quei soci che volontariamente aderiscono ad una società contraddistinta dalla responsabilità personale ed illimitata. Il fallimento dell'accomandante ingeritosi nella gestione è, infatti, riconducibile ad una sua responsabilità derivante proprio da una specifica previsione di legge e non certo da una sua consapevole scelta, al pari di quanto accade per l'unico azionista che non rispetti il dettato dell'art. 2325 comma 2.

Si rileva inoltre che l'estensione del fallimento all'unico azionista non contravviene a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 148 L.F., secondo il quale "il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero anche nel fallimento dei singoli soci", sia nel caso in cui l'azionista unico non abbia mai rispettato quanto previsto dell'articolo 2325 comma 2, fin dalla costituzione della S.p.a. unipersonale, sia che la sua posizione di azionista unico fosse stata limitata ad un determinato periodo temporale. Nel primo caso l'unico socio assume una illimitata responsabilità per tutte le obbligazioni sorte in capo alla società e quindi il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società s'intenderebbe dichiarato per intero anche nel suo fallimento, in ossequio all'art. 148 comma 3 L.F.; nella seconda ipotesi egli sarebbe responsabile solo verso alcuni creditori, ma il suo fallimento dichiarato in estensione ex art. 147 L.F., produrrebbe l'effetto automatico della collocazione del credito dichiarato nel fallimento sociale anche sul passivo del socio solo in favore di questi creditori e non in favore di quelli verso i quali il socio non è responsabile, come nella situazione corrispondente a quella che si presenta in caso di fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile di S.n.c. o di S.a.s. receduto, escluso o defunto, giacché la responsabilità di questo socio è circoscritta alle obbligazioni sociali anteriori alla cessazione del rapporto sociale individuale, non contravvenendo al suddetto articolo della legge fallimentare.

## I PATRIMONI DESTINATI

L'istituto del patrimonio destinato ad uno specifico affare costituisce un'innovazione nell'ambito della disciplina delle società per azioni, perché prevede la possibilità di costituire, all'interno del patrimonio societario, senza dare vita ad un'ulteriore e separata società, patrimoni destinati ad uno specifico affare che non rispondano delle obbligazioni della società stessa e, di norma, garantisce alla medesima società di rispondere per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare nei limiti del patrimonio ad esso destinato.

La disciplina di tale istituto contenuta negli articoli 2447 bis - art. 2447 novies c.c. prevede che: i patrimoni destinati siano costituiti per un valore complessivamente non superiore al 10 per cento del patrimonio netto della società stessa e che non siano destinati allo svolgimento di attività riservate in base alle leggi speciali; gli atti compiuti in relazione allo specifico affare rechino espressa menzione del vincolo di destinazione; la società dia adeguata pubblicità della costituzione del patrimonio destinato, tramite deposito e iscrizione della delibera costitutiva nel registro delle imprese a norma dell'art. 2346 c.c. legittimando i creditori sociali a fare opposizione nel termine di 60 giorni; la tenuta separata di libri sociali e di contabilità; l'obbligo per gli amministratori della società di redigere un separato bilancio per ogni patrimonio destinato costituito; la società sia sempre illimitata-

mente responsabile per i fatti illeciti posti in essere nel perseguimento dello specifico affare. Si evidenziano, però, alcune difficoltà interpretative nel caso d'insolvenza del patrimonio destinato cui non si affianchi l'insolvenza della società o nel caso diametralmente opposto d'insolvenza della società cui non s'accompagni l'insolvenza del patrimonio destinato. Per la prima ipotesi le nuove norme prevedono che "nel caso in cui non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare, cui era destinato il patrimonio, i relativi creditori possono chiederne la liquidazione"; ma se tali obbligazioni non possono essere integralmente soddisfatte nemmeno attraverso la liquidazione, l'unica soluzione possibile, anche se non richiamata dalle norme, è quella di dichiarare il fallimento del patrimonio destinato. Se ciò non accadesse, infatti, si creerebbe la possibilità di esercitare un'attività d'impresa esclusa dall'applicazione della disciplina concorsuale quindi a titolo esemplificativo al riparo dall'applicazione delle norme regolanti gli atti pregiudizievoli ai creditori, con la grave conseguenza che verrebbe a mancare la tutela di tale categoria di soggetti e ne deriverebbe un danno per lo stesso istituto, che perderebbe affidabilità sul mercato finanziario. Condizione molto importante per la diffusione dell'utilizzo dei patrimoni destinati data la possibilità, prevista dall'art. 2447 ter c.c., per gli stessi di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'affare. I primi commentatori (L. Guglielmucci) ravvisano, a mio modesto parere correttamente, che il fallimento possa essere dichiarato nei confronti della società che ha costituito il patrimonio destinato, non essendo d'ostacolo a tale dichiarazione l'inesistenza di un soggetto giuridico nei cui confronti dichiarare il fallimento, applicando in via estensiva la norma regolante il fallimento dell'imprenditore defunto contenuta all'art. 11 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267. Infatti, nel caso di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto la procedura prosegue nei confronti degli eredi che pure falliti non sono. Un problema però si ravvisa nella corretta applicazione dell'art. 48 della Legge Fallimentare, che impone l'obbligo d'inoltrare al curatore la corrispondenza diretta al fallito, nel caso in cui la corrispondenza relativa al patrimonio separato dovesse essere destinata alla società senza alcuna menzione nell'intestazione della missiva del riferimento allo specifico affare, perché se per ovviare a quest'inconveniente il curatore fosse legittimato a prendere visione di tutta la corrispondenza diretta alla società, potrebbero sorgere controversie relative al diritto alla riservatezza e grossi ostacoli per l'operatività della stessa S.p.a., che svolgendo ancora una normale attività, (poiché la procedura concorsuale ha investito solo il patrimonio destinato), avrebbe necessità di ricevere la propria corrispondenza quotidianamente e non saltuariamente come solitamente accade in caso di fallimento con il recapito della corrispondenza presso lo studio del curatore fallimentare e la successiva consegna periodica al fallito.

Nella seconda ipotesi quella d'insolvenza della società cui non s'accompagni l'insolvenza del patrimonio destinato, esso va in ogni modo liquidato come gli altri cespiti della società, ferma restando la sua destinazione prioritaria al pagamento dei debiti relativi all'affare, come stabilito dall'art. 2447 novies c.c.. Pertanto il curatore della società dichiarata fallita dovrà distinguere all'interno dell'attivo, al fine della corretta ripartizione delle somme, i beni destinati al singolo affare dagli altri beni sociali, mentre all'interno dello stato passivo i creditori sociali da quelli dello specifico affare.

#### FINANZIAMENTI POSTERGATI DEI SOCI DI S.R.L.

Il governo dando attuazione alla legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001 ha innovato la disciplina della società a responsabilità limitata ispirandosi al principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci, concedendo così all'ampia autonomia statutaria la definizione della forma organizzativa, dei procedimenti decisionali e delle posizioni soggettive dei soci, ponendo conseguentemente la nuova società a responsabilità limitata al confine tra la società di persone e la società per azioni non quotate.

A mio parere assume grosso rilievo, nell'ambito della disciplina fallimentare, il dettato dell'art. 2467 c.c., che regola i finanziamenti dei soci a favore della società che non siano destinati a incrementare il capita-

le sociale.

Il primo comma dell'articolo in esame pone il principio secondo cui non deve accadere che i soci privilegino la loro condizione di creditori rispetto ai creditori terzi, infatti, "il rimborso dei loro finanziamenti è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori" e se il finanziamento è "avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società deve essere restituito". Questa previsione normativa introduce un'ulteriore ipotesi di inefficacia *ex lege* all'interno della disciplina fallimentare, sulla presunzione assoluta che i soci conoscessero lo stato di insolvenza della società, alla stregua di quelle fattispecie già previste dall'art. 64 L.F., ed è agevole comprendere tutti i vantaggi che tale previsione normativa apporta alle procedure fallimentari, dotando i curatori di un ulteriore strumento per far rientrare queste somme di denaro nell'attivo della procedura. Il curatore, di conseguenza, per ottenere la restituzione dei finanziamenti rimborsati ai soci dalla società durante l'anno che precede il fallimento non dovrà agire in revocatoria fallimentare (art. 67 L.F.) per accertare la revocabilità di tali rimborsi, essendo legittimato dall'art. 2467 c.c. ad attivare direttamente la procedura monitoria.

L'art. 2467 comma 2, inoltre, definisce quali siano i finanziamenti oggetto di restituzione ossia "quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento". Per individuare quando sussista l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio ovvero quale sia la situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento, almeno finché non si pronuncerà la Suprema Corte in merito, il curatore dovrà richiedere al Tribunale competente una consulenza tecnica d'ufficio, con il conseguente appesantimento del nuovo strumento introdotto dall'art. 2467 c.c.

Un altro punto controverso, invece, mi sembra si ponga nel caso del rimborso delle partecipazioni dei soci, che siano receduti dalla società (art. 2473 c.c.) oppure che siano stati esclusi dalla compagine sociale per giusta causa (art. 2473 bis c.c.) durante l'anno che precede il fallimento, poiché la riforma nulla sancisce relativamente l'inefficacia di tali rimborsi creando una disparità di trattamento rispetto a quello riservato ai soci che abbiano dovuto restituire *ex lege* i rimborsi dei loro finanziamenti, ove in questa fattispecie, invece, per accertare la revocabilità del rimborso delle partecipazioni sociali il curatore dovrebbe agire utilizzando gli usuali mezzi della revocatoria fallimentare; inoltre, la mancata previsione di un'inefficacia *ex lege* del rimborso delle partecipazioni sociali tutela maggiormente i soci che recedono o vengono esclusi dalla società rispetto i creditori sociali, e discrimina maggiormente quest'ultimi se si considera che le stesse clausole statutarie relative al recesso e all'esclusione dei soci possono essere liberamente inserite nello statuto della S.r.l. dai soci stessi.

#### GRUPPI SOCIETARI

L'attuazione dell'art. 10 della legge delega n. 366/2001, relativo alla regolamentazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle società ha introdotto una nuova disciplina all'interno del codice civile rubricata agli articoli 2497 – 2497 sexies c.c., nella quale il legislatore ha, fra l'altro, focalizzato l'attenzione sulla responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata, i quali "possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento". Le norme sono volte a rendere responsabile la controllante per quel potere che, di fatto, esercita sulle controllate grazie alla forza, persuasiva o dissuasiva, che le è attribuita dal possesso della proprietà delle azioni o di altro diritto reale sulle stesse. Con questa riforma, anche, il concetto di interesse di gruppo ha fatto ingresso nel codice civile, come si legge all'art. 2497 c.c., che elimina la responsabilità degli amministratori per i danni causati alle controllate in caso di vantaggi compensativi all'interno del gruppo. Gli aspetti qui evidenziati della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento

interessano il campo fallimentare poiché è lo stesso art. 2497 ultimo comma c.c. ad attribuire “nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento” al curatore o agli organi ad esso equiparati nelle altre procedure concorsuali l’esercizio dell’azione di responsabilità spettante ai creditori sociali della controllata, poiché tale azione è volta a risarcire tutti i creditori sociali.

L’articolo in esame non parla di un’azione sociale di responsabilità promossa dalla stessa controllata, forse non contemplando tale possibilità poiché ciò significherebbe che la controllata, proprio perché governata dalla holding, agirebbe contro se stessa ma ove tale azione venisse proposta, ad esempio nel caso di cessione della partecipazione di controllo dai nuovi azionisti di maggioranza, anche tale azione, in caso di *default* della controllata, spetterebbe al curatore fallimentare o al commissario liquidatore o al commissario straordinario, stante la sostituzione di tali organi all’imprenditore, in questo caso rappresentato dalla controllata.

Altra norma fra quelle in esame in questo paragrafo è l’art. 2497 quinquies c.c., che richiama l’applicazione dell’art. 2467 c.c. nel caso di rimborso dei finanziamenti effettuati verso la controllata da parte di chi esercita l’attività di direzione e coordinamento, che sarà postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori sociali e se, avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società deve essere restituito ossia, come illustrato nel paragrafo precedente, è revocato di diritto, sulla presunzione assoluta che la società holding conoscesse lo stato di insolvenza della controllata, pertanto il curatore potrà procedere direttamente nei confronti della capogruppo con la procedura monitoria.

#### **RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO**

La riforma oltre ad aver delineato una struttura profondamente diversa nell’amministrazione e nel controllo per società per azioni e per quelle a responsabilità limitata ha anche differenziato il tipo di azioni di responsabilità proponibili nei confronti dei soggetti a quali è affidata la gestione ed il controllo delle medesime.

L’articolo 2394 bis c.c. novellato attribuisce al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario il potere di promuovere azioni di responsabilità nei confronti dei diversi soggetti cui spetta l’amministrazione ed il controllo all’interno dei tre nuovi sistemi di amministrazione e controllo previsti per le S.p.a.: tradizionale (art. 2380 bis - 2409 septies), dualistico (art. 2409 octies - 2409 quinquiesdecies) e monistico (art. 2409 sexiesdecies - 2409 noviesdecies).

Tale norma codicistica si coordina in via estensiva con l’art. 146 L.F., sia perché attribuisce al curatore l’esercizio della nuova azione di responsabilità prevista dall’art. 2393 bis c.c. novellato a favore dei soci di minoranza, sia perché equipara al curatore gli organi delle altre procedure concorsuali.

Nelle società per azioni sono previste un’azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.), che come accennato sopra, è ora promuovibile anche da parte della minoranza dei soci ossia da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto comunque non superiore al terzo (art. 2393 bis c.c.), e un’azione di responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.).

L’azione di responsabilità prevista dagli art. 2393 e 2393 bis è volta ad ottenere il risarcimento da parte della società dei danni cagionati al patrimonio sociale dagli amministratori e si inquadra come responsabilità di natura contrattuale mentre con l’azione prevista dall’art. 2394 c.c. gli amministratori rispondono ai creditori sociali sulla base di una responsabilità extra contrattuale quando con la loro attività abbiano ridotto il capitale sociale che rappresenta la sola garanzia offerta ver-

so i creditori sociali dalla società.

Il curatore e gli organi delle altre procedure concorsuali ad esso equiparati dall’art. 2394 bis c.c. per valutare se sussista la responsabilità degli amministratori devono fare riferimento all’art. 2392 c.c. novellato che ha mutato profondamente la natura della responsabilità degli amministratori, infatti, se da un lato il primo comma dell’art. 2392 c.c. prevede un metro di valutazione più severo a cui rapportare la responsabilità degli amministratori ossia la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze (severità che però risulta addolcita dalla lettura del punto 6.4 della relazione ministeriale accompagnatoria al D.Lgs. 6/2003., “il che non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni settore della gestione e dell’amministrazione dell’impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione”, pertanto la diligenza richiesta dalla specificità dell’incarico sembra avere un valore interpretativo e non vincolante), dall’altro ha abolito l’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione posto a loro carico sostituendolo con specifici obblighi ben individuati che come si legge al punto 6.4. della relazione ministeriale al D.Lgs. 6/2003 eviterà “sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite dalle procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva”.

Nelle società a responsabilità limitata, invece, è prevista dall’art. 2476 c.c. comma 3 soltanto l’azione sociale di responsabilità e non un’azione dei creditori sociali cosicché i creditori sociali possono far valere la responsabilità degli amministratori o avvalendosi della legittimazione surrogatoria prevista dall’art. 2900 c.c. ovvero con l’azione ex art. 2043 c.c. per lesione del credito come *sub specie* di lesione della garanzia patrimoniale (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343). A differenza della disciplina regolante le società per azioni, nel capo settimo non vi è una norma che preveda espressamente in caso di fallimento o di altra procedura concorsuale che abbia ad oggetto una S.r.l. la legittimazione in capo al curatore o agli organi delle altre procedure concorsuali a promuovere l’azione di responsabilità, però considerando che l’azione sociale di responsabilità spetta alla società e che il curatore si sostituisce nell’esercizio dei diritti e delle azioni spettanti al fallito non vi è dubbio che il curatore possa promuoverla e nel caso si ammetta l’esercizio da parte dei creditori dell’azione aquiliana essa spetterà comunque al curatore poiché volta a far valere un danno comune alla massa dei creditori, cui il curatore si sostituisce in caso di fallimento.

#### **SOCIETÀ COOPERATIVE**

La riforma delle società cooperative incide nell’ambito del diritto fallimentare per quanto rubricato agli art. 2545 terdecies c.c. e 2518 c.c.. Nel primo caso il decreto legislativo interviene in ambito puramente formale coordinando fra loro codice civile e legge fallimentare, infatti, la norma si limita a ribadire che le cooperative che svolgono attività commerciale sono assoggettabili al fallimento, in alternativa all’ordinaria procedura di liquidazione coatta amministrativa, ed introduce il cosiddetto criterio della prevenzione, già sancito dall’art. 196 L.F., ossia che la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa ed il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude il fallimento.

Il secondo articolo in esame, invece, sancisce la scomparsa della forma di cooperativa a responsabilità illimitata, pertanto non troveranno più applicazione l’articolo 147 comma 4 L.F. e quanto previsto dall’art. 151 L.F. per le società cooperative con responsabilità sussidiaria illimitata.

# Predisposizione di un modello organizzativo di gestione e controllo a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 231/2001 e D. Lgs. 61/2002

Eleonora Peressini / Praticante Ordine di Udine

ALLA LUCE DELLA SENTENZA, recentemente pronunciata, che ha portato all'interdizione di Siemens AG da appalti e gare e dell'ultimo scandalo Enipower, è importantissimo che le aziende, sia di grandi che di piccole dimensioni, si adeguino al più presto a quanto dispone il D.Lgs.231/2001, in quanto tale normativa è in grado di produrre un impatto devastante sull'immagine e sul marchio aziendale.

Nonostante il decreto sia stato introdotto già da circa tre anni, le aziende vedono ancora con diffidenza l'introduzione di un modello organizzativo (unico strumento per usufruire dell'esimente), in parte per gli elevati costi connessi alla sua applicazione, ma soprattutto per il timore che esso conduca ad un sistema poco flessibile ed eccessivamente burocratizzato.

In realtà l'adozione di un modello organizzativo da parte dell'impresa non dovrebbe essere visto solo come un mezzo per scongiurare gli effetti derivanti da una sentenza di condanna, ma anche come una forma di "pubblicità" in grado di comunicare all'esterno fiducia ed efficienza, al pari di quanto può produrre sul mercato una certificazione di qualità.

Il presente lavoro è finalizzato a:

- fornire un'analisi sintetica di quanto dispone il D.Lgs.231/2001;
- costruire una traccia utile per l'implementazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo in grado di prevenire specifici reati e di escludere la responsabilità dell'ente ex D.Lgs.231/2001.

## APPROFONDIMENTO ANALITICO DEL D.LGS.231/2001

### *La responsabilità amministrativa degli enti*

Il D.Lgs.231, dell'8 giugno 2001, introduce per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa-penale dell'ente, per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio, sia da soggetti in posizione apicale sia da soggetti ad essi sottoposti, nonostante l'articolo 27 della Costituzione sancisca il principio del carattere personale della responsabilità penale.

Il legislatore ha superato il sospetto di incostituzionalità della norma, per violazione dell'art.27 della Costituzione, prevedendo un "tertium genus" di responsabilità: infatti, da quanto si desume dal §(1.1) della Relazione illustrativa del D.Lgs.231/2001 si dà luogo ad una nuova forma di responsabilità, denominata dallo stesso decreto "amministrativa", ma che di fatto presenta un'impronta penalistica<sup>1</sup>; la nuova fattispecie riesce a coniugare simultaneamente i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo.

### *Finalità della norma*

Prevedere una responsabilità amministrativa-penale in capo alle persone giuridiche persegue le seguenti finalità:

1) adeguare il nostro ordinamento a quelli di altri paesi (Francia, Regno Unito, Danimarca, Olanda, Portogallo, Irlanda, Svezia, Finlandia),

dove la responsabilità degli enti è già una realtà consolidata;

2) coinvolgere nella punizione di taluni illeciti penali il patrimonio degli enti e di conseguenza incidere direttamente sugli interessi economici dei soci. Ciò dovrebbe portare gli stakeholders, sui quali si riverberano gli effetti delle sanzioni applicate all'ente, a prestare maggiore controllo sulla regolarità e legalità dell'operato sociale, costituendo così una prima forma di autocontrollo interno sulla commissione degli illeciti;

3) rendere maggiormente trasparente il sistema.

### *Quadro normativo*

Prima dell'emanazione del D.Lgs.231/2001, la previsione di una responsabilità amministrativa-penale degli enti, a seguito di commissione di determinati reati, era disciplinata dall'art.2 della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Nel nostro ordinamento solo nel 2000, con l'art. 11 della L.300, a ratifica ed esecuzione delle Convenzioni OCSE e Unione Europea, si delega al Governo a disciplinare questa nuova fattispecie di responsabilità. In attuazione della delega conferita con la legge 300/2000, il Governo introduce il D.Lgs.231/2001.

### *Soggetti destinatari della disciplina*

I soggetti verso cui trova applicazione la disciplina relativa alla responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati, secondo quanto previsto dall'art.1, comma 2, del D.Lgs.231/2001, sono:

- **gli enti forniti di personalità giuridica;**
- **le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica.**

Riepilogando, i principali soggetti destinatari sono pertanto:

#### **Enti forniti di personalità giuridica:**

- società di capitali;
- società cooperative;
- fondazioni;
- associazioni riconosciute;
- enti privati e pubblici economici;
- enti privati che esercitano un servizio pubblico in virtù di una concessione, convenzione, parificazione o analogo atto amministrativo.

#### **Enti privi di personalità giuridica:**

- società di persone;
- GEIE;
- consorzi;
- associazioni non riconosciute;

### *Soggetti esclusi dalla disciplina*

Le disposizioni previste dal D.Lgs.231/2001 non si applicano a:

- a) Stato;
- b) enti pubblici territoriali;
- c) altri enti pubblici non economici;
- d) enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (sindacati e partiti politici).

<sup>1</sup> In quanto tale responsabilità: § è conseguente dalla commissione di un reato; § viene accertata con le garanzie del procedimento penale; § comporta l'applicazione di sanzioni particolarmente afflittive.

*Condizioni di applicabilità della responsabilità in capo all'ente*

1) l'autore dell'illecito deve essere inquadrabile nel novero delle **persone fisiche che agiscono per l'ente**; secondo quanto dispone l'art.5, comma 1, lett. a) e b), del D.Lgs.231/2001, si tratta di:

a) *"persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso"* (c.d. soggetti in posizione apicale o *apicali*);

b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti in posizione apicale (c.d. *soggetti sottoposti all'altrui direzione*). Non necessariamente, per avere responsabilità dell'ente, l'autore dell'illecito deve essere inquadrabile tra i soggetti interni all'azienda: si pensi, ad esempio, ad agenti, consulenti o altri soggetti, che, pur essendo esterni, sono sottoposti all'altrui direzione.

2) dalla commissione del reato deve derivare un **diritto interesse o vantaggio** per l'ente; tale condizione consente di escludere la responsabilità della società nei casi in cui il reato sia stato commesso esclusivamente al fine di perseguire un interesse personale o di terzi;

3) il **reato** deve essere **espressamente previsto dalla legge**.

In base a quanto dispone l'art.8, comma 1, lett. a) e b), del D.Lgs.231/2001, inoltre, l'ente risponde sempre con tutto il suo patrimonio o fondo comune, anche quando:

- l'autore del reato non è stato identificato;
- l'autore del reato non è imputabile (ad esempio in quanto incapace di intendere e volere);
- il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia (ad esempio per grazia o indulto).

*Reati commessi all'estero*

Con finalità antielusiva della normativa in esame, l'art.4 del D.Lgs.231/2001, dispone che i residenti possono essere chiamati a rispondere anche per i reati commessi all'estero, salvo che proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto-reato.

*Tipologie di reati per cui sorge la responsabilità dell'ente*

Non qualsiasi fattispecie di reato è in grado di produrre responsabilità amministrativa in capo all'ente, ma soltanto quelle espressamente previste dal Legislatore. I reati possono essere ricondotti a quattro tipologie principali:

- 1) delitti contro la pubblica amministrazione (indicati agli art.24 e 25 del D.Lgs.231/2001) o contro la fede pubblica (indicati all'art.25 bis del D.Lgs.231/2001);
- 2) reati societari (indicati all'art.25 ter del D.Lgs.231/2001);
- 3) delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (indicati all'art.25-quater del D.Lgs.231/2001);
- 4) delitti contro la personalità individuale (indicati all'art.25 quinquies del D.Lgs.231/2001).

In un prossimo futuro, a seguito dell'emanazione di due Decisioni quadro ad opera del Consiglio UE, le persone giuridiche potranno essere dichiarate responsabili anche per i comportamenti contrari alla tutela dell'ambiente e per corruzione nel settore privato.

La responsabilità dell'ente sussiste anche per i reati tentati.

*Le sanzioni*

Il Capo I, Sez. II, del D.Lgs.231/2001 è dedicato al sistema sanzionatorio. Le sanzioni applicabili possono essere di quattro tipi:

1) *pecuniarie*: l'art.10 del presente decreto prevede che, in caso di illecito amministrativo dipendente da reato, si applica sempre una sanzione pecuniaria. Essa si applica per quote che vanno da un minimo di 100 ad un massimo di 1000. Una singola quota può assumere un valore compreso tra 258,23 e 1549,37 euro.

Spetta al giudice stabilire il numero di quote ed il relativo importo e ciò in relazione a:

a) gravità del fatto, grado di responsabilità dell'ente, attività preventiva svolta, sforzi compiuti per eliminare o attenuare le conseguenze dell'illecito (art.11, comma 1, D.Lgs.231/2001);

b) condizioni economiche e patrimoniali dell'ente (art.11, comma 2, D.Lgs.231/2001).

All'art.12 del D.Lgs.231/2001 sono contemplati alcuni casi tassativi di riduzione della sanzione, (che in ogni caso non può mai essere inferiore a 10.329,14 euro) e nel dettaglio:

\* la sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a 103.291,37 euro se:

\* l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo;

\* il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità;

\* la sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

\* l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato o si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;

\* è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

2) *interdittive*: le sanzioni interdittive si applicano soltanto in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, nell'eventualità in cui l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale o da soggetti sottoposti all'altrui direzione, quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative, ovvero in caso di reiterazione degli illeciti (art.13, comma 1, D.Lgs.231/2001).

Queste sanzioni possono avere una durata compresa tra tre mesi e due anni e consistono in:

a) interdizione dall'esercizio dell'attività;

b) sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;

c) divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;

d) esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e eventuale revoca di quelli già concessi;

e) divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La responsabilità per i reati societari viene punita unicamente attraverso sanzioni pecuniarie: infatti l'art.3 del D.Lgs.61/2002 non prevede la possibilità per il giudice di irrogare le più pesanti sanzioni interdittive.

3) *confisca*: in base all'art.19 del D.Lgs.231/2001, la confisca è una sanzione obbligatoria che ha ad oggetto il prezzo<sup>2</sup> o il profitto<sup>3</sup> del reato, dai quali deve essere sottratta la parte che può essere eventualmente restituita al danneggiato. Qualora non fosse possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto del reato, l'art.19, comma 2, del D.Lgs.231/2001 dispone che la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato;

4) *pubblicazione della sentenza*: si può avere pubblicazione della sentenza di condanna nei casi in cui nei confronti dell'ente venga applicata una sanzione interdittiva (art.18 del D.Lgs.231/2001).

*Condizioni per l'esonero dalla responsabilità in capo all'ente*

Secondo quanto dispone l'art.6, comma 1, del D.Lgs.231/2001, *se il reato è stato commesso da soggetti operanti in "posizione apicale"* l'ente non risponde personalmente se prova che:

1) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

2) è stato affidato ad un organismo autonomo interno il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, curandone l'aggiornamento;

3) i soggetti hanno commesso il reato, eludendo fraudolentemente i modelli adottati;

4) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo preposto al controllo.

In pratica il Legislatore ha previsto una presunzione di colpa per l'ente, nel caso in cui l'autore del reato sia un soggetto in "posizione apicale", in quanto in grado di esprimere, rappresentare e concretizza-

<sup>2</sup> per **prezzo** del reato devono intendersi le cose, il denaro o le altre utilità date o promesse per determinare o istigare alla commissione del reato;

<sup>3</sup> il **profitto** va inteso come una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato



re la politica gestionale dell'ente stesso.

Se il reato, invece, è stato commesso da soggetti "sottoposti", l'art.7, comma 2, del D.Lgs.231/2001 dispone che l'ente non risponde personalmente se, antecedentemente la commissione del reato, era stato adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nel caso in esame non sussiste l'inversione dell'onere della prova di cui all'art.6: infatti sarà l'accusa che dovrà provare la lacuna dell'ente.

**IMPLEMENTAZIONE DI UN MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO**

L'adozione del modello è facoltativa, tuttavia ciò è condizione necessaria per beneficiare dell'esimente. La mancata adozione, quindi, non è soggetta ad alcuna sanzione, ma espone l'ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati sia da soggetti "apicali" sia dai soggetti sottoposti all'altrui direzione. L'ente deve inoltre considerare il pericolo che nel caso in cui sia commesso un reato per il quale è prevista la responsabilità dell'impresa, legittimamente i soci potrebbero esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inerti che, non avendo adottato il modello, abbiano impedito all'ente di beneficiare del meccanismo di "esonero".

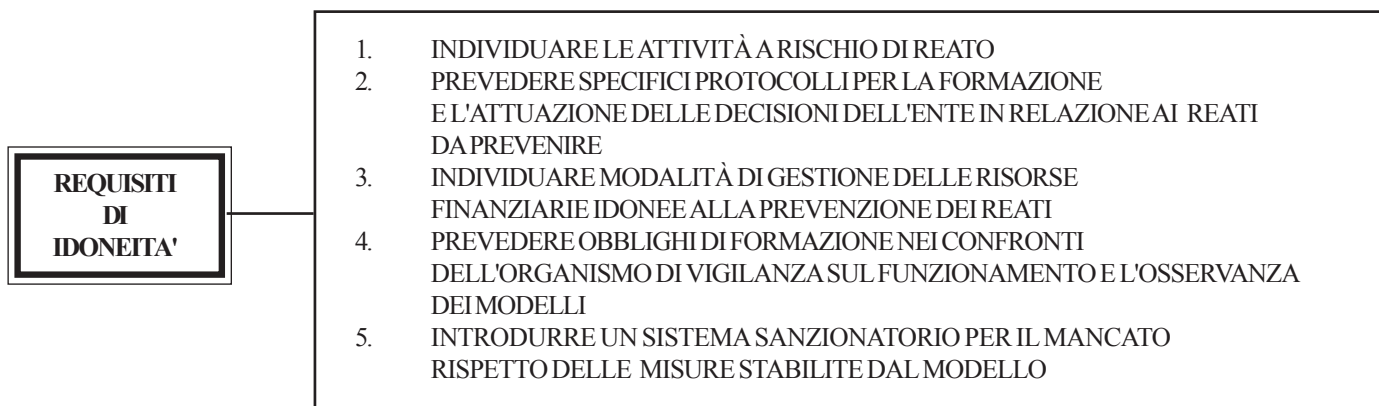
In prima battuta un modello organizzativo può essere definito come un insieme di regole che servono a disciplinare i comportamenti degli individui operanti nell'azienda, impedendo che gli stessi comportamenti inducano degli illeciti. Data la complessità dell'odierno panorama economico,

è inverosimile pensare di predisporre un modello organizzativo valido per l'universalità degli enti, che si differenziano fra loro per soglia dimensionale, settore merceologico, mercato di sbocco, specifiche esigenze aziendali, ecc.; sarà quindi mia premura delineare, e ciò con l'ausilio delle Linee Guida emanate da Confindustria, quali siano i caratteri essenziali che un modello organizzativo, di gestione e controllo, per essere ritenuto idoneo a svolgere la sua funzione di esimente, deve possedere.

Prima di delineare i passi operativi che devono essere seguiti per l'implementazione del modello è importante definire il parametro che consente di ritenere l'intera procedura idonea a svolgere la funzione di esimente: mi riferisco al concetto di **rischio accettabile**, secondo il quale il sistema di prevenzione non deve poter essere aggirato se non fraudolentemente. L'adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo da parte dell'ente non è in grado di scongiurare definitivamente la commissione dei reati previsti dal D.Lgs.231/2001, ma ugualmente esso non perde la peculiarità di esimente qualora l'agente, presunto colpevole, ha realmente "voluto" il reato e ha attuato il suo progetto criminoso aggirando fraudolentemente le regole predisposte dall'ente. Inoltre, secondo quanto suggerisce Confindustria, ai fini probatori sarà apprezzato maggiormente un modello supportato da una documentazione scritta che riporti i passi compiuti per la costruzione dello stesso.

*Requisiti di idoneità*

L'art. 6 del D.Lgs.231/2001 fornisce una descrizione estremamente dettagliata di quali devono essere le caratteristiche principali che i modelli organizzativi di gestione e controllo devono possedere per essere considerati idonei:



**Fig.1: schematizzazione dei requisiti di idoneità del modello**

*Passi operativi per l'attivazione di un sistema di gestione dei rischi coerente con i requisiti imposti dal D.Lgs.231/2001*

L'implementazione di un modello organizzativo può essere suddiviso nelle seguenti fasi:

- **FASE 1: inventariazione degli ambiti aziendali di attività**

Fase di indagine che ha come obiettivo:

- 1) individuare le aree aziendali che possono essere maggiormente interessate dalle tipologie di reato ex D.Lgs.231/2001 (es.area di gestione dei contratti con la Pubblica Amministrazione, area contrattualistica, area amministrativa, area acquisti, organi societari);
- 2) identificare i soggetti interessati dall'area di rischio oggetto di monitoraggio.

La FASE 1 consiste in pratica in una attenta analisi del contesto aziendale e ciò attraverso un previo esame della documentazione aziendale (organigrammi, processi principali, sistema delle deleghe, procedure aziendali, ecc.) e in una serie di interviste ai soggetti "chia-

ve" (Presidente, Amministratore Delegato, Direttore Generale, Direttore Amministrativo, Direttore Tecnico, Responsabili di Area, ecc.).

L'individuazione delle aree che maggiormente possono costituire terreno fertile per il verificarsi di eventi pregiudizievoli ai sensi del D.Lgs.231/2001 è funzionale alla elaborazione di un sistema di controllo preventivo *ad hoc*.

- **FASE 2: analisi dei rischi potenziali**

Consiste nell'individuare in che modo i soggetti individuati nella FASE 1 possano attuare l'illecito.

- **FASE 3: valutazione/costruzione/adequamento del sistema di controlli preventivi**

Fase che consiste in: valutazione del sistema di controlli preventivi preesistente, suo eventuale adeguamento se necessario (in quanto non rispondente ai criteri di idoneità precedentemente tracciati alla Fig.1), integrale implementazione qualora l'ente sia assolutamente sprovvisto di un sistema di controllo.



**Fig.2: le 3 fasi di implementazione del modello**

*Componenti (protocolli) del sistema di controllo preventivo*

\* *Codice etico* riferito ai reati considerati: documento ufficiale, approvato dal massimo vertice dell'ente, che contiene l'insieme di diritti, doveri e responsabilità dell'ente nei confronti degli stakeholders aziendali; ha l'obiettivo di raccomandare, promuovere o vietare determinati comportamenti e può prevedere sanzioni proporzionate alla gravità delle eventuali infrazioni commesse.

*Contenuti minimi del codice etico:*

1. rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui l'ente opera;
2. ogni operazione e transazione deve essere correttamente registrata, autorizzata, verificabile, legittima, coerente e congrua;
3. massima trasparenza nei rapporti con gli interlocutori dell'ente, sia pubblici che privati.

\* *Sistema organizzativo:* strutturato in modo da risultare sufficientemente formalizzato e chiaro, soprattutto per quanto attiene a: attribuzione di responsabilità, linee di dipendenza gerarchica e descrizione dei compiti. A tal fine, particolare attenzione andrà rivolta ai sistemi premianti dei dipendenti<sup>4</sup>, i quali, se percepiti come ingiusti e discriminatori, potrebbero essere all'origine di comportamenti illeciti.

\* *Procedure manuali ed informatiche:* attraverso opportuni punti di controllo ciascuna operazione, potenzialmente a rischio di reato, deve essere trasparente e immediatamente verificabile.

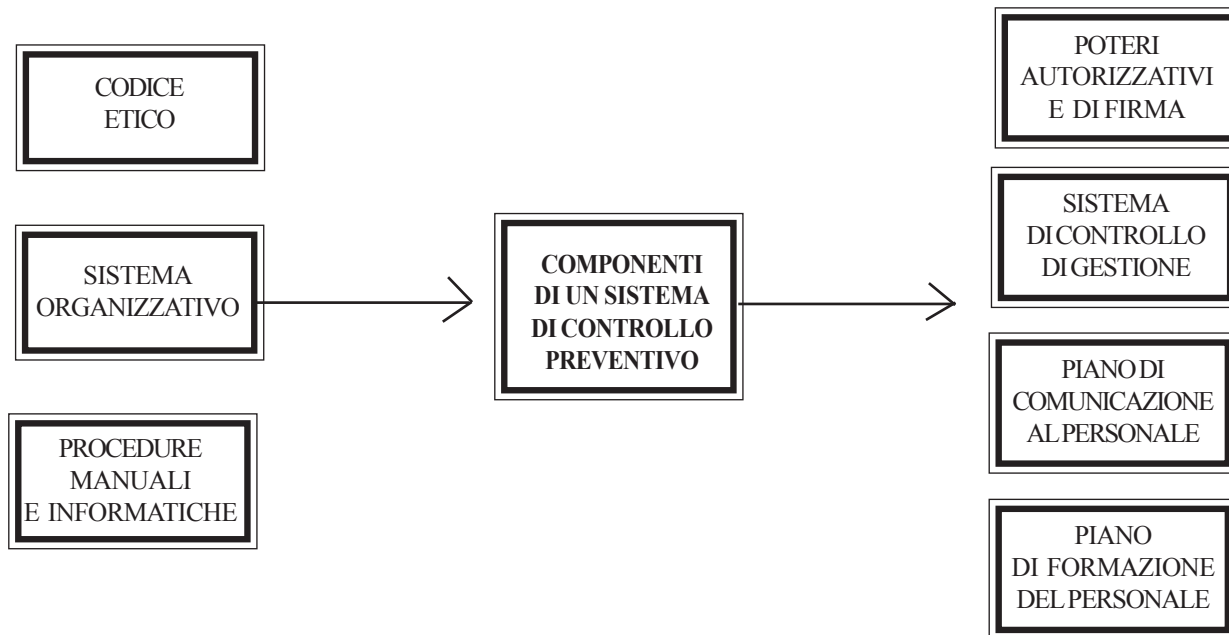
\* *Poteri autorizzativi e di firma:* devono essere attribuiti in coe-

renza con le responsabilità organizzative e gestionali definite, prevedendo, quando richiesto, una puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese.

\* *Sistema di controllo di gestione:* deve essere in grado di fornire tempestivamente l'esistenza e l'insorgere di situazioni di criticità.

\* *Piano di comunicazione al personale:* ai fini dell'efficacia del modello, l'ente deve trasmettere una adeguata informativa dello stesso (per esempio in formato cartaceo o via e-mail) a tutto il personale presente in azienda, ma anche a consulenti e partner esterni, fornendo un maggiore livello di approfondimento ai soggetti maggiormente coinvolti nelle "aree a rischio". La comunicazione deve essere capillare, efficace, autorevole, chiara, dettagliata, periodicamente aggiornata e deve riguardare nel dettaglio: codice etico, poteri autorizzativi, linee di dipendenza gerarchica, procedure, flussi di informazione; in pratica tutto ciò che contribuisce a rendere il sistema più trasparente.

\* *Piano di formazione del personale:* la formazione deve essere finalizzata a diffondere la conoscenza della normativa di cui al D.Lgs.231/2001, le opportunità che da essa derivano e il funzionamento del modello. L'ente deve quindi predisporre un'attività formativa *ad hoc*, in grado di differenziarsi in base a qualifica dei destinatari, livello di rischio-reato della mansione ricoperta, funzione di rappresentanza.



**Fig.3: componenti di un sistema di controllo preventivo**

*I principi di controllo*

Secondo quanto suggerito da Confindustria<sup>5</sup>, una volta individuate le componenti del sistema di controllo preventivo, è necessario che l'ente rispetti alcuni principi, detti "principi di controllo":

- 1) *ogni operazione, transazione, azione deve essere verificabile, documentata, coerente e congrua:* per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale su cui si possa procedere in ogni momento all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa. La salvaguardia di dati e procedure in ambito informatico può essere assicurata mediante l'adozione delle misure di sicurezza già previste dal D.Lgs.196/2003;
- 2) *nessuno può gestire in autonomia un intero processo:* il sistema deve garantire l'applicazione del principio di separazione delle funzioni, per cui l'autorizzazione all'effettuazione di un'operazione

deve essere sotto la responsabilità di persona diversa da chi contabilizza, esegue operativamente o controlla l'operazione.

Inoltre occorre che:

- a nessuno vengano attribuiti poteri illimitati;
  - i poteri e le responsabilità siano chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'organizzazione;
  - i poteri autorizzativi e di firma siano coerenti con le responsabilità organizzative assegnate;
- 3) *documentazione dei controlli:* il sistema di controllo deve documentare (eventualmente attraverso la redazione di verbali) l'effettuazione dei controlli, anche di supervisione.

*L'organismo di vigilanza*

L'art.6, lett.b), del D.Lgs.231/2001 richiede, come condizione per l'esonero dalla responsabilità amministrativa-penale, che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, nonché il com-

<sup>4</sup> sistemi che permettono all'azienda di evidenziare con chiarezza ai propri lavoratori, quali siano i contributi prioritari per il successo aziendale (G. Costa, *Manuale di Gestione del Personale*, vol.2, UTET, Milano, 1992

<sup>5</sup> Linee Guida di Confindustria Cap.I § 4

pito di curarne l'aggiornamento, sia gestito da un apposito organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

All'Organismo di Vigilanza sono affidati i seguenti compiti:

- 1) vigilanza sull'effettività del modello;
- 2) disamina in merito all'adeguatezza del modello;
- 3) analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- 4) cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello;
- 5) presentazione di proposte di adeguamento del modello verso gli organi/funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale;
- 6) follow-up.

Per svolgere efficacemente la sua funzione l'Organismo di Vigilanza deve presentare i seguenti requisiti:

- *autonomia ed indipendenza*: requisito soddisfatto ponendo l'organismo in una posizione gerarchicamente elevata;
- *professionalità*: l'organismo deve avere competenze tecniche specialistiche di chi svolge attività ispettiva e consulenziale;
- *continuità d'azione*: all'interno dell'organizzazione deve esistere una struttura dedicata esclusivamente alla vigilanza sul modello, priva di mansioni operative con effetti economici finanziari.

Per quanto riguarda la forma, l'organismo di vigilanza potrà essere indifferentemente sia mono che plurisoggettivo.

Secondo quanto dispone Confindustria, la funzione di organo di sorveglianza non può essere affidata né al Consiglio di Amministrazione (non risponde al requisito di indipendenza) né al Collegio sindacale o ad una Società di revisione (non essendo organi interni all'ente non possono assicurare la continuità di azione). L'organismo di vigilanza non può essere affidato neppure a dipartimenti interni all'ente, in quanto non sono in grado di soddisfare il requisito di autonomia. Sempre Confindustria considera invece idonea a svolgere le funzioni di organismo di vigilanza, in quanto per le sue caratteristiche ben si presta a essere utilizzata per le finalità perseguite dal decreto, la figura dell'Internal Auditing<sup>6</sup> di cui solitamente le grandi imprese si dotano. Per quanto riguarda le strutture societarie di gruppo, è possibile prevedere che ogni società istituisca un proprio organismo di vigilanza, coordinato con i corrispondenti istituti presso ciascuna partecipata e presso la controllante. In alternativa, può ipotizzarsi la gestione in outsourcing della vigilanza da parte di un organismo centrale di gruppo, che operi nell'interesse di ciascuna società sorvegliata.

Sono riservate all'organo gestorio: nomina dei membri, definizione di specifiche garanzie di costituzione e di funzionamento, scelta dei criteri di composizione dell'organismo, individuazione di cause di ineleggibilità, di decadenza e di nomina, sostituzione e cessazione d'ufficio, determinazione del compenso.

Spetta, invece, all'organismo di vigilanza: scelta di modalità di autoconvocazione, tenuta delle riunioni, comunicazione e coordinamento esterno, acquisizione di informazioni, esercizio delle funzioni ispettive, avvio di procedimenti disciplinari, irrogazione di sanzioni disciplinari nei confronti di chi non abbia rispettato i modelli adottati.

In considerazione del rilevante ruolo attribuito ai membri di tale organismo si ritiene configurabile una loro responsabilità penale, ex art.40, comma 2, c.p. (concorso omissivo): "non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire, equivale a cagionarlo".

#### *Applicazione del modello alla piccola impresa*

Da ultimo è importante rilevare che il fatto di essere una piccola impresa non deve indurre l'ente a considerarsi immune dal rischio di coinvolgimento in procedimenti penali a seguito di commissione di reati ex D.Lgs.231/2001. Tuttavia nel caso specifico della piccola impresa<sup>7</sup>, dove la maggior parte delle funzioni è concentrata nelle mani dell'imprenditore, sarebbe impensabile pretendere che si applichino i medesimi complessi strumenti di controllo adottabili più facilmente nelle grandi organizzazioni. Anche il Legislatore, consapevole delle difficoltà in cui la piccola impresa può imbattersi per il rispetto e l'applicazione di quanto si dispone nel D.Lgs.231/2001, nell'art.6, comma 4, dello stesso decreto, specifica che, nel caso di enti di piccole dimensioni, i compiti di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento possono essere assolti direttamente dall'organo dirigente. Confindustria suggerisce inoltre che, per meglio assolvere questo oneroso e complesso compito, l'imprenditore possa avvalersi di professionisti esterni, ai quali affidare le attività di carattere prettamente tecnico e l'incarico di effettuare periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello. Oltre alla possibilità di accentrare nelle mani dell'imprenditore le funzioni tipiche dell'organismo di vigilanza, a seconda della scala dimensionale sarà possibile utilizzare solo alcune componenti del sistema di controllo previsto per gli enti di grandi dimensioni o adottare ciascuna componente, ma in modo estremamente semplificato.

#### *Conclusioni*

Nel corso della trattazione si è più volte insistito sul fatto che l'adozione del modello organizzativo non rappresenta solamente un mezzo per evitare il rischio di incorrere in sanzioni civili o penali, ma costituisce soprattutto una grande opportunità in termini di vantaggi aggiuntivi e più precisamente l'adozione del modello consente di:

- controllare i costi legati alla corruzione;
- mantenere l'immagine positiva del marchio e la buona reputazione dell'ente;
- creare un vantaggio competitivo basato su una politica aziendale di integrità etica e morale;
- evitare il formarsi di pratiche di corruzione all'interno della struttura dell'ente.

Infine, l'articolo 7 del D.L.269/2003, convertito dalla L.326/2003, ha previsto – invertendo completamente il precedente orientamento introdotto dal D.Lgs.472/1997 – la riferibilità esclusiva alla persona giuridica delle sanzioni amministrative tributarie. Secondo il nuovo paradigma non deve essere più perseguito l'autore materiale della violazione, ma il soggetto che ne ha tratto effettivo beneficio, ossia il contribuente. Le persone giuridiche, quindi, oltre ai reati tracciati dal D.Lgs.231/2001, possono essere ritenute responsabili anche per gli illeciti amministrativi tributari in luogo dei propri amministratori e rappresentanti legali. Per tale ragione è corretto ritenere che la non definitività delle ipotesi di reato elencate dalla legge prelude un'estensione dell'elenco dei reati e con essa del beneficio dell'esimente, sempre che vengano adottati validi modelli di organizzazione, gestione e controllo capaci di contrastare i nuovi reati. Per tutte queste ragioni è fondamentale che le imprese si adoperino al più presto per costruire dei modelli efficienti ed efficaci consapevoli del fatto che i numerosi vantaggi che ne derivano riusciranno a coprire i costi connessi all'adozione.

<sup>6</sup> struttura preordinata alla verifica dell'adeguatezza del sistema di controllo interno

<sup>7</sup> "la definizione di piccola impresa, in questa sede, va ricercata più che in parametri quantitativi, nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale"  
Linee Guida Confindustria Cap.IV § 1

Publicità IPSOA