



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI BOLOGNA



LA CONTINUAZIONE INNOVATIVA - Dal Protocollo d'intesa all'Interpello generalizzato

a cura di FRANCESCA BUSCAROLI - DOTTOR COMMERCIALISTA

EDITORIALE

Come penso già sappiate, nei giorni 8 e 15 settembre 2000 si sono tenute, presso la sede di via Farini, le elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine di Bologna per il triennio 2000/2003.

Il nuovo Consiglio ha assunto, di conseguenza, la seguente composizione:

- Dott. Gianfranco Tomassoli, Presidente;
- Dott. Francesco Cortesi, Vice Presidente;
- Dott.ssa Vincenza Bellettini, Segretario;
- Dott. Roberto Batacchi, Tesoriere;
- Dott.ssa Anna Maria Bortolotti, Consigliere;
- Dott.ssa Francesca Buscaroli, Consigliere;
- Dott. Maurizio Govoni, Consigliere;
- Dott. Giovanni Battista Graziosi, Consigliere;
- Dott.ssa Amelia Luca, Consigliere;
- Dott. Guido Pedrini, Consigliere;
- Dott. Alessandro Saccani, Consigliere;
- Dott. Luca Sifo, Consigliere;
- Dott. Raffaele Suzzi, Consigliere;
- Dott. Matteo Tamburini, Consigliere;
- Dott. Alberto Tattini, Consigliere.

Rispetto alla precedente struttura, si notano immediatamente alcuni cambiamenti.

In primis, è doveroso porgere un saluto ai consiglieri uscenti, ringraziandoli dell'ottimo lavoro svolto a van-

taggio del nostro Ordine e dell'ambito professionale tutto.

Nell'elencazione di cui sopra si notano, infatti, le assenze del Dott. Carlo Carpani, della Dott.ssa Marzia Lodi, del Dott. Massimo Masotti e del Dott. Marco Zanzi.

Di converso, può notarsi la presenza di nomi nuovi, quali il Dott. Roberto Batacchi, al quale è stata, peraltro, affidata la mansione di Tesoriere del nostro Ordine, la Dott.ssa Anna Maria Bortolotti, il Dott. Maurizio Govoni e la Dott.ssa Amelia Luca.

Un'ulteriore novità è rappresentata dal passaggio di consegne del Dott. Alessandro Saccani, in conseguenza del quale è stata attribuita alla sottoscritta la direzione de "Il Torresino".

Ecco, dunque, che mi accingo, onorata e responsabilizzata dal compito affidatomi, ad estendere l'editoriale, facendo il cd. punto della situazione, con un occhio al recente passato, ed esprimendo i miei propositi e i miei auspici per il prosieguo dell'attività del Consiglio. Un'attività a cui mi propongo di dare luce sempre più viva in questo giornale, continuando, peraltro, l'ottimo lavoro finora svolto dalla redazione.

SOMMARIO

Editoriale

di Francesca Buscaroli
La continuazione innovativa pag. 1

D'attualità

di Giorgio Delli
Le trasformazioni eccellenti della nostra professione discusse dal 32° Congresso dei Dottori Commercialisti pag. 3

Convegno sull'arbitrato pag. 5

Le risposte della Direzione regionale ai quesiti

Con la gentile collaborazione della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna pag. 6/10

L'approfondimento

di Vittorio Melchionda
Riflessione a margine della nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna sul trattamento fiscale applicabile alla fusione inversa. Spunti per un approfondimento. pag. 11

L'angolo del Tribunale

a cura di Riccardo Roveroni
Secondo convegno nazionale di studi sulle procedure concorsuali pag. 13

Non posso esimermi, in proposito, dal ringraziare il Dott. Saccani, il quale, con la sua preparazione e la sua professionalità ha saputo dare un'impronta innovativa al giornale, risultando, così, capace di mantenere sempre vivo l'interesse dei lettori.

Come avrete avuto modo di appurare, infatti, è stato portato avanti dalla precedente redazione quel rapporto di costruttivo interscambio con l'Amministrazione finanziaria, che aveva visto la luce nell'aprile del 1995 con la formazione del "Protocollo d'intesa", siglato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna e la Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna.

Tale atto segnò l'inizio di una nuova era per i rapporti fra il cittadino-contribuente e l'Amministrazione, da allora basati sull'intento di rendere più trasparente l'applicazione del diritto tributario, semplificando, così, le procedure e gli adempimenti amministrativi conseguenti.

L'intento era quello di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica, fissando l'impegno di procedere ad incontri in cui esaminare congiuntamente le più rilevanti ed attuali problematiche afferenti all'interpretazione e all'applicazione delle norme, verificando e analizzando, così, le procedure da seguire per entrambe le parti (Amministrazione finanziaria e contribuenti), onde divenire ad un progressivo miglioramento dei rapporti.

Successivamente alla formazione del predetto Protocollo (a onor di cronaca, il primo in Italia), il nostro Ordine ha, dunque, proseguito il suo apporto interattivo e costruttivo, instaurando sempre più intense e frequenti relazioni con l'Amministrazione e risultando, così, spettatore partecipe dell'evoluzione della "intesa".

Si è cercato, infatti, di portare il più tempestivamente possibile all'attenzione "pubblica" le questioni di maggiore e più pressante interesse, cercando di carpire con prontezza le intenzioni interpretative, seguendone l'evoluzione; trovando, invero, sempre un riscontro positivo e attento alle esigenze dei contribuenti, manifestato, peraltro, dall'interesse rivolto alle attività di studio e approfondimento congiunte delle problematiche.

Un riscontro che ha avuto e che, mi riprometto, avrà sempre continua manifestazione sulle pagine di questo giornale. Tale confronto dialettico e costruttivo ha ottenuto, da ultimo, ufficialità con la legge 27 luglio 2000, n. 212 (pubblicata nella G.U. 31 luglio 2000, n. 177 e in vigore dal 1° agosto

2000), il cd. "Statuto del contribuente", che con l'art. 11 (*Interpello del contribuente*) ha assegnato un ruolo fortemente attivo al contribuente nei rapporti con l'Amministrazione.

Possiamo, così, immodestamente dire che è avvenuto il passaggio del testimone tra il Protocollo d'intesa siglato dal nostro Ordine con l'Amministrazione e il cd. interpello "generalizzato"; un passaggio che, comunque, non vedrà arrestare la nostra corsa nella direzione finora intrapresa, ma che la vedrà, per contro, affiancare e seguire lo sviluppo del neonato istituto.

Giusto il disposto della predetta norma - che, invero, non troverà concreta applicazione prima dell'emanazione del regolamento di cui al comma 5 della stessa - ciascun contribuente potrà inoltrare all'Amministrazione finanziaria circostanziate e specifiche istanze scritte di interpello afferenti all'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, nel caso in cui vi siano "obiettive condizioni di incertezza sulla corretta inter-

certezze in merito all'applicazione del diritto.

Ci verrà offerta, altresì, l'opportunità di instaurare un rapporto costruttivo con essa, che miri a realizzare un quadro normativo più chiaro e trasparente, agevolando e non ostacolando lo sviluppo economico del Paese.

Ciò sarà reso possibile dal contenuto "generalizzato" dell'istituto dell'interpello che consentirà un'interazione costruttiva (in quanto darà luogo, sostanzialmente, ad interpretazioni autentiche delle norme) ad ampio raggio.

La facoltà di interpellare l'Amministrazione finanziaria - potendo gli intervenienti dei contribuenti avere riguardo a tutta l'area fiscale - non prevederà, dunque, più limitazioni in ordine alle materie e ai tributi (imposte sui redditi, IVA, imposta di registro, ecc.), tranne che per quanto attiene alle materie riservate al cd. interpello "antielusivo" di cui all'art. 21, della legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Si precisa che, in base della predetta



pretazione delle disposizioni stesse".

L'Amministrazione, per contro, avrà centoventi giorni di tempo (al vano spirare dei quali si avrà il cd. silenzio assenso) per confutare l'interpretazione delle norme e/o il comportamento prospettato dal contribuente nell'interpello, offrendogli, altresì, una valutazione di diritto e/o di merito, circa la disciplina da applicare.

È pur vero che tale valutazione (che dovrà essere scritta e motivata), in base al dettato normativo, potrà esplicitare effetti vincolanti limitatamente al solo soggetto richiedente e con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza, ma risulta chiaro come un tale stato dei fatti riservi alla nostra categoria professionale ampi margini di intervento a supporto della collettività dei contribuenti, offrendole la possibilità di farsi portavoce delle in-

norma, è concessa al contribuente la facoltà di interpellare l'Amministrazione allo scopo di ottenere un parere relativamente alle ipotesi di interposizione fittizia di persona nella percezione di redditi (art. 37, terzo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600), ovvero un parere sulla correttezza, dal punto di vista fiscale, degli adempimenti conseguenti a determinate operazioni potenzialmente elusive, già poste in essere o da compiere (art. 37-bis del D.P.R. 600/1973), ovvero, infine, un parere sulla qualificazione di determinate spese tra quelle di pubblicità e di propaganda oppure tra quelle di rappresentanza (art. 74, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917).

* * *

Venendo ora ad esprimere i miei auspici per l'evoluzione formativa de "Il

Torresino”, sono a sollecitare un’impronta di maggior interscambio con i lettori.

La mia intenzione è quella di dare l’opportunità a chi ne avvertisse il bisogno o, più semplicemente, l’utilità di offrire spunti per la riflessione congiunta in merito alle materie che più da vicino ci interessano.

Credo che sia di mutuo vantaggio l’instaurazione di un rapporto di scambio che veda, da un lato, interlocutori intenzionati a dirimere i dubbi che possono insorgere nello svolgimento della professione e, dall’altro, interlocutori che offrano il lo-

ro contributo per volgere in tale direzione.

Onde indirizzarsi verso un futuro di crescita della nostra professione - un futuro osteggiato dalla sempre maggiore dinamicità e complessità del quadro economico e politico, nonché, da ultimo, dalla “minaccia” dell’incombente riforma degli ordini professionali - ritengo giusto avviare un processo di interazione costruttiva fra noi tutti.

È in quest’ottica, pertanto, che esorto tutti coloro che ritengano di poter contribuire fattivamente al raggiungimento di una maggior integrazione, a

inviare proposte e articoli alla redazione, sulle sempre maggiori problematiche che investono la nostra categoria, affinché il nuovo millennio possa trovarci uniti e pronti a raccogliere le sfide e a superare gli ostacoli che da varie parti sono posti sul nostro cammino.

La mia intenzione - e quella della redazione tutta - è, infatti, quella di mantenere e accrescere la funzione di strumento di carattere tecnico-scientifico del giornale e, nel palesarla, concludo rivolgendo a tutti noi l’augurio di un buon lavoro e di una proficua futura collaborazione.

LE TRASFORMAZIONI ECCELLENTI DELLA NOSTRA PROFESSIONE DISCUSSE DAL 32° CONGRESSO DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

a cura di **GIORGIO DELLI - DOTTORE COMMERCIALISTA**

D’ATTUALITÀ

Il Congresso Nazionale dei dottori commercialisti, tenutosi a Trieste, dal 19 al 21 ottobre, ha affrontato alcuni temi di grandissimo rilievo e interesse che sono alla base del futuro della nostra professione.

I temi sono stati affrontati e discussi in tavole rotonde (formate da tecnici e politici) che hanno permesso di esaminare i problemi in termini tecnici, di contrapposizione e politici.

A tutti i presenti sono stati distribuiti due opuscoli, editi a cura del Consiglio Nazionale, dall’Ordine di Trieste e della Fondazione Aristeia, dal titolo:

Insieme per lo sviluppo: i temi Congressuali.

Indagine statistica sui dottori commercialisti - I° Rapporto Nazionale.

Inoltre è stato distribuito il testo della prolusione del Presidente Nazionale dei dottori commercialisti, dott. Francesco Serao, dal titolo “Dalla qualità all’eccellenza”.

Il Congresso si è poi chiuso con una mozione sul tema “Corporate governance”.

Esaminiamo ora brevemente, e nei punti più salienti, i lavori del Congresso.

Il tema generale del Congresso era:

“I dottori commercialisti e l’impresa: insieme per lo sviluppo”. I sotto temi erano:

- il ruolo del professionista nella globalizzazione
- l’armonizzazione o la concorrenza fiscale nell’Unione Europea
- la Corporate governance
- gli ostacoli allo sviluppo.

Sul primo tema (Il Ruolo del Professionista nella globalizzazione) il Congresso ha affrontato il problema della globalizzazione che riguarda - senza alcuna esclusione - tutte le categorie imprenditoriali, professionali, non profit, pubbliche e private ed ha quindi coinvolto anche l’ambito dei dottori commercialisti.

La globalizzazione ha aperto un grave ed urgente problema circa l’interazione delle professioni nei Paesi europei e mondiali.

Tante iniziative sono state prese dagli Stati su tale tema, ma se, non armonizzate, possono portare a soluzioni molto differenti e contrastanti.

Intanto occorre stabilire l’armonizzazione minima necessaria per agevolare il processo di liberalizzazione delle professioni e, su tale necessità, si sono indicati sei punti fondamentali:

l’ampiezza delle attività caratteristiche da riservare alle singole professioni, la necessità di uniformare i principi contabili e di revisione, le caratteristiche necessarie per l’accesso alla professione, le regole dell’indipendenza e deontologiche delle professioni, le prestazioni professionali on line, la loro tassazione e pubblicità.

A questo proposito occorre, da un lato, evitare le miopie nazionali rispetto ai problemi mondiali; dall’altro lato, evitare la colonizzazione da parte dei paesi più ricchi.

La liberizzazione, però, non deve trascurare la maggior qualità tecnica che i professionisti devono esprimere.

La globalizzazione - consentita dai nuovi mezzi di comunicazione - non

riguarda più una pluralità di mercati, ma un mercato unico che va affrontato in quanto tale.

Per affrontare tali problemi la tavola rotonda ha dovuto esaminare questi problemi:

- in quale misura il mercato unico globale è veramente un mercato unico
- quali sono le nuove strutture organizzative che la professione deve darsi per affrontare tale nuova situazione.

In ordine a tale tema, esiste un documento della FEE (Federation dell’Experts comptables) che ha formulato varie proposte per la liberalizzazione della professione economico-contabile in Europa.

Dopo aver rilevato la difficoltà oggettiva di giungere in tempi brevi ad una armonizzazione, la FEE ha espresso alcuni principi da attuare che possono qui riassumersi:

- per l’accesso alla professione occorre l’applicazione del meccanismo del mutuo riconoscimento, anche in termini settoriali
- per l’esercizio della professione è necessario sottoporsi alle regole del Paese di destinazione, assumendo quindi il titolo professionale del Paese di destinazione.

La FEE, nel suo documento, auspica anche l’uso del controllo di qualità, l’esercizio del controllo disciplinare e l’obbligo dell’assicurazione contro i rischi professionali.

Le proposte della FEE, infine, riguardano la possibilità di aprire succursali in uno Stato membro e

l'introduzione di una soglia del 50% di capitale nelle società professionali.

In sostanza la FEE prevede delle regole uniformi di base per tutti gli Stati (soprattutto di coordinamento) lasciando ai meccanismi di mercato e quindi alla concorrenza il completamento dei piani di unificazione.

Sul secondo tema (l'armonizzazione o la concorrenza fiscale della UE) il Congresso ha evidenziato che quella dell'integrazione fiscale è una tappa fondamentale dell'integrazione sociale e politica la quale, dopo il Trattato di Amsterdam, risulta essere l'obiettivo finale degli sforzi comunitari.

Esistono difficoltà di ordine giuridico ed economico ad addvenire rapidamente ad un effettivo ravvicinamento degli ordinamenti tributari degli Stati membri, anche a causa degli imprescindibili principi costituzionali che stanno alla base di ogni Paese.

Per raggiungere tali obiettivi è stato inizialmente necessario arrivare ad un Codice di condotta e predisporre, da parte dell'OCSE, un rapporto in tema di fiscalità, costituito da una serie di raccomandazioni in tema di: efficacia e trasparenza delle misure fiscali, di convenzioni contro le doppie imposizioni e di cooperazione internazionale contro la concorrenza fiscale dannosa.

Tutte queste iniziative e questi sforzi dovranno portare, nel breve periodo, ad un processo generale di armonizzazione.

In particolare in sede comunitaria con riferimento all'armonizzazione fiscale, sono stati predisposti due importanti documenti che riguardano gli incentivi fiscali e che sono:

- a) il vademecum degli aiuti di Stato
- b) la black list dei Paesi a fiscalità privilegiata che non ha ancora ottenuto l'approvazione dell'Ecofin.

Ancora, nel Convegno di Stresa del 2000, sono stati definiti alcuni obiettivi di armonizzazione fiscale:

- a) la necessità di eliminare la regola dell'unanimità (che rende troppo rigide le decisioni)
- b) la necessità della trasparenza delle basi imponibili ai fini del buon funzionamento del mercato.

Infine lo Stato italiano ha chiesto l'approvazione di uno "Statuto unico fiscale delle imprese" per eliminare difficoltà di coordinare i quindici sistemi diversi di tassazione esistenti.

Sul terzo tema (Corporate governance).

In questa parte del Congresso è stato affrontato, il disegno di legge delega sulla riforma del diritto societario

La riforma del diritto societario è basata sull'elaborato della Commissione guidata da Antonio Mirone (che ha ispirato il testo del 10/2/2000) e dalla proposta di legge di iniziativa dei deputati Veltroni e altri.

Il ddl della Commissione Mirone, presentato al Parlamento il 26/5/2000, è strutturato in 11 articoli e prevede tre forme societarie: le S.r.l., le S.p.a. e le S.a.p.a.

In particolare la proposta Mirone prevede delle innovazioni significative che qui si riassumono:

- introdurre una netta distinzione tra controllo sull'amministrazione e controllo contabile che dovrebbe essere affidato ad un organo esterno;
- consentire l'azione sociale di responsabilità da parte di una minoranza, di fissare quorum a tutela delle minoranze nelle assemblee straordinarie;
- prevedere la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. anche da parte dei sindaci;
- consentire alle società l'emissione di azioni senza valore nominale;
- adeguare la disciplina dell'emissione e della circolazione delle azioni alla legislazione speciale e alle previsioni concernenti la dematerializzazione;
- prevedere la possibilità di costituire patrimoni separati dedicati allo svolgimento di specifici affari;
- modificare la disciplina relativa all'emissione delle obbligazioni;
- revisionare completamente il diritto di recesso.

Ulteriore elemento di novità è costituito dalla nuova disciplina sulla giurisdizione contenuta nell'art. 11 del ddl in commento. In esso è prevista l'istituzione di sezioni specializzate per la definizione di cause e ricorsi camerali inerenti il diritto societario al fine di garantire una rapida ed efficace amministrazione della giustizia.

Qualche considerazione merita, infine, l'art. 6 del ddl, il quale prevede innovazioni significative sulla disciplina del bilancio.

In primo luogo, dovranno essere eliminate le interferenze prodotte nel bilancio d'esercizio dalla presenza di norme tributarie che subordinano la deducibilità, ai fini fiscali, di componenti negative di reddito alla loro imputazione al conto economico. La proposta della Commissione Mirone è quella di abrogare il secondo comma dell'art. 2426 c.c. senza, tuttavia, precludere alle imprese la possibilità di avvalersi dell'opportunità fiscale della deducibilità.

In secondo luogo, dovranno essere sta-

bilite le modalità per tenere conto degli effetti della fiscalità differita, ampliati i casi in cui è possibile ricorrere a uno schema semplificato di bilancio ed emanate norme dirette a disciplinare la composizione e l'utilizzo delle poste del patrimonio netto.

L'art. 6 del ddl prevede l'emanazione di norme dirette a integrare la disciplina del codice civile con regole riguardanti l'iscrizione e la valutazione in bilancio di strumenti valutari, contratti derivati, strumenti di copertura rischi, pronti contro termini, locazioni finanziarie e altre operazioni finanziarie.

Infine, dovranno essere individuate le condizioni in base alle quali le società, in considerazione della loro vocazione internazionale e del carattere finanziario, potranno redigere il bilancio consolidato in base ai principi contabili internazionalmente accettati.

Il ddl Veltroni si compone di 23 articoli e regola anche le società cooperative. Le due proposte di legge prendono in esame, tra l'altro tutti i problemi delle società: le assemblee, i patti parasociali, l'amministrazione ed i controlli. In particolare, rilevanti sono le nuove norme sul collegio sindacale, che dovrà convivere con un organo di sorveglianza in rappresentanza delle minoranze.

Al collegio sindacale è affidato anche un compito di verifica dell'adeguatezza del controllo interno e della contabilità, potendo intervenire anche sui rapporti con le società controllate.

Per le S.r.l., dovranno essere stabiliti i casi in cui il collegio sindacale dovrà essere obbligatorio.

La nuova disciplina affronta anche il problema dei diritti e dei poteri della minoranza.

Inoltre viene affermato ed allargato il ricorso ai principi contabili internazionali per la formazione del bilancio; viene anche regolato il problema dei gruppi di imprese ed innovato in tema di giurisdizione.

Su tale tema si è aperto un forte dibattito tra i partecipanti alla tavola rotonda, reso difficile anche per il fatto che esistono due proposte parallele, con soluzioni diverse. Su tale tema vi è stato anche un intervento del Ministro Fassino.

Il quarto tema (Ostacoli allo sviluppo) ha affrontato il problema delle difficoltà esistenti per lo sviluppo dell'economia, il lavoro irregolare, la spesa previdenziale, l'obiettivo della piena occupazione, la competitività, lo shock fiscale e le cause dell'elevata fiscalità in Italia (debito pubblico e spesa per interessi, spesa pubblica, spesa previdenziale ed evasione fiscale).

Infine è stato affrontato il grande tema

dell'economica sommersa e quindi quello, conseguente, delle politiche di emersione. A tale discussione ha partecipato attivamente l'ex sindacalista D'Antoni.

La parte dei lavori congressuali sul tema "Indagine statistica dei dottori commercialisti" è stata sintetizzata, come si è detto, in un apposito opuscolo. In tale documento sono contenute, tra l'altro, le seguenti notizie riguardanti i dottori commercialisti italiani: i dati italiani, i metodi del campionamento, il tasso di esercizio della professione, le tavole statistiche territoriali.

Ne risulta un quadro completo dello stato della nostra professione, tanto più interessante, nel tempo, attraverso confronti, essendo l'attuale il primo di tale censimento.

Ecco alcuni dati significativi che si rilevano dall'indagine statistica (*vedi tabelle a fianco*).

Passando alla relazione di apertura dei lavori, letta dal Dott. Francesco Serao, possiamo riassumerla nei seguenti punti:

- a) l'ultimo triennio appena trascorso ha visto la nostra professione impegnata a fronteggiare e superare l'attacco dei politici e dell'Antitrust alle professioni in generale ed alla nostra professione in particolare.
- b) I prossimi tre anni si annunciano come anni di grandi cambiamenti, densi di incognite e di sfide.

Occorre ribaltare il nostro sistema di riferimento, partendo dalle esigenze dei clienti e quindi utilizzando il sistema della qualità totale (o meglio dell'eccellenza) e basandoci con ancor maggiore impegno sulla nostra assoluta indipendenza.

- c) Per svolgere la professione occor-

rerà adeguarci all'esigenza della nuova economia e procedere ad una continua formazione personale.

- d) La globalizzazione ci obbliga a cambiare per crescere, procedendo a massicci investimenti nella crescita delle professionalità ed in nuove modalità di produzione e competizione nel mondo globale, utilizzando anche, nei limiti nel no-

stro senso di autodisciplina, la pubblicità e riconoscendo la validità della tesi dell'economista Paul Krugman secondo il quale i fattori della new economy non sono soltanto la terra, il capitale ed il lavoro, ma anche le idee, la velocità e l'azione.

Ma questi ultimi fattori sono il nostro vero punto di forza.

UNIVERSO CAMPIONARIO 1998

<u>Classi</u>	<u>F</u>	<u>M</u>	<u>Totale</u>
Nati fino al 1950	949	12.586	13.535
Nati dal 1950 al 1964	4.112	16.107	20.219
Nati dopo il 1964	4.386	7.847	12.233
	<u>9.447</u>	<u>36.540</u>	<u>45.987</u>

<u>Voce</u>	<u>M</u>	<u>F</u>	<u>Totale</u>
Studio individuale	69%	66%	68%
Studio associato	30%	33%	31%
Società di revisione	1%	1%	1%
	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

Appartenenza dello Studio ad un network	5%	5%	5%
---	----	----	----

<u>Fatturato</u>			
Da 0 a 50	18%	36%	20%
Da 51 a 100	16%	24%	17%
Da 101 a 150	14%	13%	14%
Da 151 a 200	9%	7%	9%
Oltre 200	41%	18%	38%
Non risponde	2%	2%	2%
	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

Consulenza fiscale	84%	89%	85%
Elaborazioni contabili	65%	76%	66%
Societario	65%	52%	64%
Contenzioso tributario	56%	47%	55%
Contrattualistica	33%	24%	32%
Op. straord.	31%	25%	30%
Organizz. aziendale	16%	13%	15%

CONVEGNO SULL'ARBITRATO

L'Ordine e la Fondazione dei Dottori Commercialisti hanno organizzato per il giorno 28 marzo 2001 alle ore 15,30, nel Salone di Rappresentanza Cassa di Risparmio di Bologna, Palazzo Pepoli, Via Castiglione 10, un convegno sull'arbitrato; istituto che dovrà superare, ove possibile, le lungaggini della Magistratura ordinaria italiana.

Il convegno verterà su tre relazioni: "L'utilizzazione dell'arbitrato" (relatore dott. Giorgio Delli, Presidente della Commissione sull'Arbitrato di Bologna), "La conciliazione e l'arbitrato" (relatore Anna Maria Bernini dell'Università di Bologna), "Arbitrato: realtà italiana; esperienza pratica del dottore commercialista" (relatore dott. Claudio Montagna dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano).

Il convegno si concluderà con una tavola rotonda, alla

quale parteciperanno tutti i rappresentanti degli organi rappresentativi del mondo delle imprese e del lavoro autonomo (Tribunale, Ass. Industriali, API, ASCOM, Artigiani, Camera Commercio, ecc.). Tale tavola rotonda discuterà i seguenti problemi:

- a) le imprese considerano utile lo strumento dell'arbitrato per derimere le loro controversie?
- b) quali difetti presenta l'istituto?
- c) vi sono proposte concrete per incrementare l'uso di tale istituto, già previsto in recenti norme dello Stato?

Nella riunione sarà distribuito a tutti i presenti un manuale pratico, predisposto dalla Commissione sull'arbitrato dei Dottori Commercialisti di Bologna, dal titolo "Il procedimento arbitrale - Istruzioni per l'uso".

Il convegno sarà allietato da un buffet.

LE RISPOSTE DELLA DIREZIONE REGIONALE AI QUESITI

Si riportano due risposte della Direzione Regionale a quesiti che si ritengono di interesse generale.

1 **Oggetto: Art. 37-bis, comma 8, del DPR 29 settembre 1973, n.600. Istanza per la disapplicazione dell'art.123, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n.917, formulata da ABC spa, con sede legale in XXXXX, via aaa, C.F. 0000000.**

È pervenuta a questa Direzione Regionale (prot. 49071 del 19 agosto 1999), per il tramite del soppresso Ufficio Distrettuale delle Imposte Dirette di XXXXX, l'istanza di cui all'oggetto da parte di codesta società, tendente ad ottenere la disapplicazione dell'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n.917, in ordine alle condizioni e ai parametri cui è subordinato, in caso di fusione per incorporazione, il riporto delle perdite delle società partecipanti all'operazione di fusione. Ciò con specifico riguardo ad operazioni di fusione che hanno visto l'istante incorporare le seguenti società (di cui già deteneva direttamente o indirettamente l'intero capitale sociale) tutte operanti nel settore della ristorazione:

- aaa SPA – bbb SPA – ccc SRL (con atto di fusione del 27/11/1998)
- ddd SRL (con atto di fusione del 04/12/1998).

Tali operazioni di fusione furono giustificate dalla necessità di accrescere la potenzialità di sviluppo dell'intero Gruppo nell'ambito di un vasto progetto di riorganizzazione industriale finalizzato peraltro alla quotazione in Borsa dei titoli azionari della ABC spa.

Dal mod. 760/98 relativo all'esercizio 1997, presentato dalla società

incorporante AAA spa divenuta ABC spa in esecuzione della delibera dell'Assemblea straordinaria dei soci del 24 settembre 1998, risultano perdite pregresse pari a complessive L.26.839.989.000.

Tenuto presente quanto sopra esposto e che la quotazione alla Borsa Valori dei titoli azionari della ABC spa è avvenuta regolarmente nel mese di dicembre 1998, la società istante, nell'evidenziare che il diritto al riporto delle perdite sarebbe precluso dal mancato rispetto di due dei parametri previsti dall'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi (quello relativo ai ricavi e quello relativo alle spese di lavoro), chiede la disapplicazione, relativamente alle operazioni di fusione in questione e ai sensi dell'art.37-bis, comma 8, del DPR 29 settembre 1973, n.600, della norma di cui all'art.123, comma 5 del citato testo unico, nella considerazione che l'applicazione di tale norma comporterebbe un'ingiustificabile penalizzazione della società incorporante, impedendole di esercitare il diritto al riporto delle perdite pregresse.

Ciò in quanto:

1) nel 1998, al fine di accrescere le potenzialità di sviluppo del Gruppo operante nei settori della produzione (carni, salumi e spezie), della distribuzione organizzata (*catering, door to door*) e della ristorazione (commerciale e ferroviaria) la ABC spa (società capogruppo, già AAA spa) ha avviato e portato a compimento il progetto per l'ammissione dei titoli alla quotazione ufficiale nella Borsa Valori. Ciò ha comportato, in via strumentale e prodromica, la necessità di operazioni di fusione con la finalità di conseguire un'effettiva e significativa riorganizzazione aziendale, valutata con attenzione dalla Consob, che si è espressamente pronunciata in maniera non favorevole alla quotazione in Borsa delle c.d."scatole cinesi". Tali operazioni si concretizzarono con l'accorpamento di complessi aziendali facenti capo alle società del gruppo, tutte at-

tive nel settore della ristorazione con volumi d'affari rilevanti.

2) la storia dell'operazione e gli scopi perseguiti evidenziano chiaramente che nella fattispecie non può rilevarsi il benchè minimo intento elusivo da parte di tutte le società partecipanti alle fusioni. Infatti, nelle operazioni di fusione realizzate - che rispondevano a valide ragioni economiche - non sono state affatto coinvolte società qualificabili come bare fiscali, società titolari cioè di perdite fiscali, non più operanti, acquistate per l'occasione, per poter compensare i redditi imponibili delle società partecipanti alle fusioni. E la *ratio* dell'art.123, comma 5 del citato testo unico era proprio quella di contrastare il commercio delle c.d. bare fiscali.

3) l'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi fa riferimento all'art.2425- *bis* parte I n.1 del codice civile e cioè "ricavi delle vendite e delle prestazioni raggruppati per categorie omogenee", tra cui era lecito inserire, raggruppati per categorie omogenee, anche i componenti reddituali di tipo finanziario derivanti dall'attività caratteristica o principale svolta. Invece, il nuovo schema di conto economico previsto dall'art.2425 del cod. civ., alla voce A1, non comprende componenti di natura finanziaria, allocati in altra parte del conto economico. Poiché la ABC spa svolgeva un'attività di holding di partecipazioni, il conto economico risultava fortemente influenzato da componenti reddituali di tipo finanziario che, non essendo imputati alla voce A del conto economico (per esigenze legate all'obbligatorietà dello schema di bilancio previsto dall'art. 2425 del cod. civ.), costituiscono comunque proventi relativi all'attività caratteristica. Pertanto, se si considerano anche i proventi finanziari, il test di operatività viene superato, essendo i ricavi del 1997 superiori al 40% della media dei ricavi del biennio 1995/1996.

4) Per quanto riguarda le spese per prestazioni di lavoro subordinato, il

mancato rispetto del parametro, secondo la società, è dovuto ad un evento del tutto eccezionale e non ad un ridimensionamento dell'attività. Infatti, per effetto della fusione per incorporazione della xxxyyy spa, nel c/economico dell'esercizio 1996 dell'incorporante figuravano le spese per lavoro subordinato dell'incorporata per cui, non tenendo conto di questa contabilizzazione, del tutto straordinaria, anche questo test di operatività sarebbe positivamente superato.

In conclusione, la società istante ritiene che nella fattispecie la norma di cui all'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi possa essere disapplicata in quanto gli effetti elusivi non potevano verificarsi e, inoltre, che le motivazioni addotte sono ragionevolmente valide per superare i test di operatività per il riconoscimento delle perdite pregresse.

Tanto premesso, si ritiene anzitutto opportuno esporre alcune precisazioni sulla portata dell'art.123, comma 5 del citato testo unico.

Le disposizioni del comma 5 sul riporto in avanti delle perdite sono state tra le più tormentate tra quelle dell'intero articolo 123 ed hanno subito nel tempo una serie di modifiche tese a rendere sempre più difficile e limitato tale riporto, dati gli effetti elusivi cui l'operazione può prestarsi.

L'attuale disciplina del riporto in avanti delle perdite è la seguente:

a) le disposizioni del comma 5 riguardano le perdite sostenute da tutte le società che partecipano all'operazione di fusione;

b) il riporto in avanti subisce un limite quantitativo rappresentato dall'ammontare del patrimonio netto della società interessata, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2502 del cod. civ. (ora art. 2501-ter). Nel determinare il plafond per il riporto delle perdite non si tiene conto dei conferimenti dei soci e dei versamenti fatti dai medesimi negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione patrimoniale ex art. 2502,

c) il riporto non è ammesso se la società, la cui perdite sono riportabili,

non si trova in una situazione che dimostri l'esistenza di un minimo di vitalità economica. La sussistenza di tale situazione di vitalità economica si presume se nel conto economico dell'esercizio anteriore a quello in cui la fusione è stata deliberata risulti un ammontare di ricavi, di cui all'art. 2425-bis, parte prima, n.1 del cod.civ. e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'art. 2425-bis, parte seconda, n.3 del cod.civ., superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. I ricavi da mettere a raffronto per accertare se risulta o no superato il limite del 40% vanno pertanto determinati con criteri civilistici per l'esplicito riferimento all'art.2425-bis, parte prima, n.1 del cod.civ.

Relativamente a quest'ultimo punto, va tenuto presente che, a seguito del recepimento della IV Direttiva CEE in materia societaria attraverso il D.Lgs. 9 aprile 1991, n.127, lo schema di conto economico è ora disciplinato dall'art. 2425 del cod. civ. Ne consegue che i richiami ai ricavi di cui all'art. 2425-bis, parte prima, n.1 e all'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato di cui alla parte seconda, n.3, di detto articolo, vanno riferiti alle corrispondenti voci dell'art. 2425 del cod. civ. e segnatamente alla lett. A) - Valore della produzione, n.1 e alla lett. B) - Costi della produzione, n.9, lettere a) e b).

Nella lettera A) - Valore della produzione, al n.1 (ricavi delle vendite e delle prestazioni) non sono però compresi componenti di natura finanziaria, allocati in altra parte (lettera C) dello schema di conto economico.

Tali componenti sono compresi invece tra i ricavi per gli enti creditizi e finanziari, che sono sottratti alla disciplina di diritto comune dettata dal citato Decreto n.127 del 1991. Infatti, in materia di conti annuali e consolidati delle banche e delle altre istituzioni finanziarie, la disciplina discende dalle Direttive n.78/660/CEE, n.83/348/CEE, n.86/635/CEE e n.89/117/CEE, che hanno trovato applicazione nel Decreto legislativo 27 gennaio 1992, n.87.

La Banca d'Italia, con nota del 15 novembre 1993, riportata tra gli atti istruttori, ha inequivocabilmente affermato che le holdings al vertice di un gruppo industriale (come appunto la ABC spa nella fattispecie in questione) sono sottratte alla disciplina speciale dettata dal Decreto n.87 e sono soggette quindi alla disciplina comune del Decreto n.127 del 1991, anche qualora svolgano attività di finanziamento a condizione che quest'ultima sia rivolta in maniera preponderante alle imprese industriali del gruppo.

Ne discende che per le società commerciali e industriali ma anche per le stesse holding di partecipazioni, nel senso sopra precisato, lo schema di conto economico al quale rifarsi è quello dettato dall'art. 2425 del cod. civ. Pertanto, svolgendo la ABC spa attività di holding di partecipazioni, i componenti reddituali di tipo finanziario non possono essere imputati alla voce A del conto economico, con conseguente risultato negativo del test di operatività basato sul parametro dei ricavi.

Altrettanto dicasi per l'altro parametro (spese per lavoro subordinato e relativi contributi) di cui alla lett. B) - Costi della produzione, n.9, lettere a) e b): anche per tale parametro non è superato il limite del 40% richiesto dalla norma.

Le puntualizzazioni sopra esposte non sono però esaustive delle problematiche connesse alla fattispecie rappresentata.

La nuova normativa antielusione (art.37-bis del DPR 600/73 introdotto dall'art. 7 del Decreto Legislativo 8 ottobre 1997, n.358) ha notevolmente modificato la precedente contenuta nell'art.10 della Legge 29 dicembre 1990, n.408.

Tra le varie modifiche (scomparsa dell'avverbio "fraudolentemente" ed eliminazione dello scopo esclusivo che tanti problemi interpretativi avevano generato) assumono particolare rilievo:

a) delimitazione dell'elusione rispetto al legittimo risparmio d'imposta;

b) individuazione dell'operazione elusiva come operazione che nasce non necessariamente da un singolo atto, ma, spesso, da una serie complessa di atti (fatti e negozi) tra loro

collegati (è quindi al disegno complessivo posto in essere dal contribuente che bisogna guardare).

In base all'art.37-bis, comma 1, l'operazione (intesa come *sub b*), per poter essere considerata elusiva, deve:

1) essere priva di valide ragioni economiche: cioè le ragioni economiche per essere "valide" devono essere apprezzabili, significative. Da questo punto di vista, c'è chi sostiene (in dottrina) che bisogna guardare al risultato, altri alla condotta. Quello che è preminente, comunque, non è la formale validità giuridica, ma la rilevanza economica. 2) aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario. Questo elemento è il cuore della norma: scatta quando il contribuente si costruisce una scappatoia giuridica; approfitta, alla luce del sole, delle imperfezioni esistenti nell'ordinamento giuridico per realizzare un risultato che ordinariamente viene vietato dal sistema fiscale (è in sostanza il fondamentale concetto di elusione).

3) far conseguire risparmi d'imposta (o rimborsi) altrimenti indebiti. Quindi ci deve essere un vantaggio fiscale "patologico" e non fisiologico.

È necessario sottolineare che occorre la presenza contemporanea di tutti e tre questi elementi – ed è sull'Amministrazione finanziaria che ricade l'onere della prova - per poter qualificare l'operazione come elusiva. Se questa presenza simultanea c'è, l'operazione è valida civilisticamente: essa non può essere posta nel nulla, ma è inopponibile all'Amministrazione finanziaria, che ne riconosce i vantaggi tributari. Se però manca anche un solo elemento, la norma antielusione non può operare. La coesistenza di questi tre elementi è quindi essenziale per la qualificazione elusiva del comportamento, sicché la mancanza di uno solo di essi preclude l'operatività della norma.

Naturalmente l'art.37-bis del DPR600/1973 va letto nella sua interezza per coglierne meglio la portata.

Esso individua due autonome e distinte fattispecie.

La prima, regolata dai commi da 1 a 7, è costituita dalla inopponibilità all'Amministrazione finanziaria degli atti, fatti e negozi – anche colle-

gati tra loro – che sono stati posti in essere con finalità elusive ("privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi, altrimenti indebiti") e che pertanto vengono disconosciuti dall'Amministrazione finanziaria. Si tratta, evidentemente, di una norma antielusiva sostanziale, di carattere generale, ma condizionata alla ricorrenza di talune operazioni analiticamente elencate nel successivo comma 3 e caratterizzate dalla simultanea presenza dei tre elementi prima specificati.

La seconda, invece, regolata dal comma 8, consente la disapplicazione di talune norme tributarie che, per finalità antielusive, "limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario". In proposito va rilevato che il Ministero delle Finanze si è pronunciato più volte sulla qualificabilità del riporto delle perdite come diritto soggettivo (cfr.R.M. 31/07/1975, n.11/833; R.M. 5/11/1976).

Come opportunamente evidenziato nella Circolare n.7/993953 del 14 dicembre 1998 della Direzione Regionale delle Entrate per il Piemonte, mentre nella prima fattispecie la norma consente la sterilizzazione, ai soli fini fiscali, degli effetti giuridici degli atti, fatti o negozi finalizzati ad eludere la norma tributaria ottenendo così vantaggi fiscali indebiti, *in assenza di norme antielusive ad hoc*; nella seconda fattispecie, *in presenza di norme antielusive ad hoc*, limitative di posizioni soggettive altrimenti riconosciute dall'ordinamento, la disposizione recata dal comma 8 consente la disapplicazione di siffatte e specifiche norme antielusive, ovviamente ove si riconosca che nessuna elusione, nel caso concreto prospettato, poteva verificarsi.

Il vero problema è quindi quello dei rapporti tra i primi sette commi dell'art.37-bis del DPR 600/73 e il comma 8 dello stesso articolo e tra quest'ultimo e le singole norme antielusive (tra cui appunto quella di cui all'art.123, comma 5), che esso è chiamato a disapplicare.

In particolare, e sotto quest'ultimo aspetto, se si ritiene che la singola norma antielusiva ponga (o possa

porre) paletti insuperabili, i problemi interpretativi che ne discendono sono insormontabili. Così, nella fattispecie rappresentata, se i parametri dell'art.123, comma 5 non sono rispettati e questi paletti sono considerati insuperabili, il comma 8 non ha senso e non si capisce quale possa essere la funzione della norma, che resterebbe, di fatto, inapplicata. Tanto più che, a differenza di altre norme antielusive, l'art.123, comma 5 non prevede, al suo interno, la possibilità per il contribuente di difendersi dalla pretesa dell'Amministrazione finanziaria, fornendo la prova contraria alla presunzione della sua condotta elusiva.

In realtà la *ratio* della norma c'è ed è spiegata molto chiaramente nella Relazione Governativa al Decreto Legislativo 8 ottobre 1997, n.358: "Se le norme possono essere disapplicate quando il contribuente le manipola per ottenere vantaggi indebiti, occorre che lo siano quando l'obiettivo condurrebbe a penalizzazioni altrettanto indebite". Se, infatti, la norma antielusione (di cui ai primi sette commi) serve a disapplicare il diritto vigente quando il contribuente lo strumentalizza, simmetricamente il contribuente può chiedere, ai sensi del comma 8, la disapplicazione di specifiche norme antielusione, se riesce a fornire la dimostrazione (è quindi sul contribuente che incombe l'onere della prova) che nella fattispecie i "malefici fiscali" (cioè gli effetti elusivi che la norma si propone di evitare) non possono verificarsi.

E non possono verificarsi perché l'operazione non è elusiva in quanto essa presenta almeno una delle seguenti caratteristiche:

- valide ragioni economiche;
- strada maestra e non aggiramento di obblighi e divieti posti dall'ordinamento;
- risparmio d'imposta fisiologico e non patologico: non c'è, in sostanza, nessun indebito vantaggio fiscale.

Vale a dire, il fatto che, con riferimento alla fattispecie rappresentata, i parametri non sono rispettati, costituisce nulla di più di una spia, di un allarme sulla possibile (eventuale) assenza di valide ragioni economiche. E quindi è l'esame caso per caso a guidare l'applicabilità della nor-

ma, avendo anche riguardo al potenziale elusivo dell'operazione.

Per quanto riguarda, in particolare, il requisito delle valide ragioni economiche, per la Relazione Governativa l'espressione "valide ragioni economiche" non si riferisce alla validità giuridica dei negozi posti in essere, ma alla loro apprezzabilità economico-gestionale. La stessa Direttiva CEE del 23 luglio 1990 n.434/90 (che per prima ha previsto tale espressione) fa riferimento, quali esempi di valide ragioni economiche, proprio alla ristrutturazione e alla razionalizzazione delle società partecipanti all'operazione di fusione.

E a tale proposito si ritiene, per le considerazioni che seguono, che le valide ragioni economiche siano presenti nella fattispecie prospettata.

Il processo di riorganizzazione industriale delle attività del Gruppo (con le operazioni di fusione che ha richiesto) ha comportato, infatti, come approdo finale, l'accorpamento nella ABC spa di attività economiche in precedenza sviluppate ciascuna da una società operativa (aaa spa, bbb spa, ccc srl, ddd srl) ma, in particolare, e soprattutto, tale processo ha comportato l'ampliamento dell'oggetto sociale della società istante mediante la gestione diretta del settore della ristorazione, modifiche dell'assetto proprietario a seguito della quotazione in Borsa della ABC spa nonché l'approccio a forme di finanziamento più valide e moderne per la crescita del Gruppo.

La Borsa Valori rappresenta, come noto, il principale mercato di negoziazione dei titoli mobiliari, e tra le sue primarie funzioni c'è quella di svolgere funzione di finanziamento per gli emittenti i titoli: la quotazione in Borsa è quindi un passaggio obbligato per le società che vogliono crescere ed espandersi sui mercati.

Inoltre, come è stato ben chiarito dalla società istante, la Consob ostacola la quotazione delle c.d. scatole cinesi, che sono una realtà (fin troppo presente) della Borsa italiana: esse consentono il mantenimento del controllo di realtà operative anche consistenti mediante un limitato impiego di capitale. Su questa realtà già da tempo la CONSOB ha espresso un orientamento non favorevole all'ingresso e quindi alla quotazione in Borsa di nuove scatole cinesi (de-

libera n.4088 del 24 maggio 1989 e successive modifiche).

Il percorso della fusione con società operative era quindi, in un certo senso, obbligato per il Gruppo ABC che si è presentato al mercato non solo come holding di partecipazioni, ma anche, e soprattutto, come società di gestione direttamente presente nel settore della ristorazione.

Lo stesso percorso utilizzato dalla società istante (l'istituto della fusione per incorporazione) è tutt'altro che tortuoso e strumentale: è difficile, infatti, accusare di strumentalizzazione chi lo sta applicando per conseguire un apprezzabile obiettivo economico, come, appunto, una riorganizzazione produttiva finalizzata alla quotazione in Borsa. Il risparmio d'imposta, costituito dal riporto delle perdite pregresse, è, pertanto, in questo scenario, fisiologico e non patologico. E, si ribadisce, la nuova normativa antielusione si riferisce a risparmi d'imposta "patologici", lasciando impregiudicata la scelta, da parte del contribuente, del comportamento fiscalmente meno oneroso.

In conclusione, e condividendo quanto espresso in proposito dal soppresso Ufficio Distrettuale delle Imposte Dirette di XXXXX, si ritiene che le operazioni di fusione in trattazione siano state effettuate senza alcun intento elusivo come dimostrato da codesta Società e che pertanto le argomentazioni addotte, a base dell'istanza in trattazione, siano idonee a motivare, da parte dello scrivente, la disapplicazione dell'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi.

Quanto fin qui considerato e definitivamente pronunciando sull'istanza proposta dalla società ABC SPA con sede in XXXXX

IL DIRETTORE REGIONALE
DELLE ENTRATE
PER L'EMILIA ROMAGNA

Visto l'art. 37-bis, comma 8, del DPR 29 settembre 1973, n.600, Visto l'art.1 del DM 19 giugno 1998, n.259

ACCOGLIE

la suddetta istanza, ritenendo non applicabile l'art.123, comma 5 del testo unico delle imposte sui redditi con specifico riguardo alla fattispecie prospettata.

2 **Oggetto: *Quesito. Disavanzo di fusione nella fusione inversa.***

Con la nota che si riscontra, codesto Ufficio, previo proprio parere, ha chiesto di conoscere le determinazioni di questa Direzione in merito ad una problematica esposta dallo Studio ABC di XYZ sul trattamento del disavanzo di fusione nella c.d. fusione inversa: operazione in cui è la società partecipata ad incorporare la società controllante.

Nella fusione inversa, sostiene l'istante, supponendo per semplicità che la società incorporata detenga l'intera partecipazione nell'incorporante, il disavanzo che si evidenzia è rappresentato dalla differenza tra il valore della partecipazione costituita dalle azioni della società incorporante che vengono trasferite alla società incorporante stessa ed il valore del patrimonio netto della società incorporata. Le azioni trasferite (azioni proprie) per la parte eccedente la differenza tra il valore delle stesse ed il patrimonio netto dell'incorporante verranno immediatamente annullate con riduzione del patrimonio netto della società incorporante stessa.

Partendo dalla premessa che la fusione inversa nella sostanza fa conseguire gli stessi effetti giuridici e fiscali di una fusione diretta, l'istante espone, a titolo di esempio, la seguente situazione:

- la società A (incorporata) detiene il 100% della partecipazione nella società B (incorporante) e lo espone in bilancio per 1000 pari al costo sostenuto; avendo passività per 900, essa presenta un Patrimonio Netto di 100.

- la società B (incorporante), posseduta al 100% da A, presenta attività per 1100, passività per 700 e quindi un Patrimonio Netto di 400.

Nell'ipotesi di fusione diretta, in cui la società A incorpora la società B, l'operazione evidenzierà un disavanzo (da annullamento) di 600, pari alla differenza tra costo della partecipazione (1000) e il valore del Patrimonio Netto della società incorporata (400).

Nell'ipotesi di fusione inversa, in cui la società B incorpora la società

A, l'operazione evidenzierà un «disavanzo contabile» di 900, dato dalla differenza tra costo della partecipazione (1000) e Patrimonio Netto della società incorporata (100).

Poiché nella fusione inversa la quantificazione del disavanzo avviene mediante la contrapposizione del costo sostenuto dalla partecipante/incorporata A per l'acquisizione delle azioni annullate (1000) e il Patrimonio Netto della partecipante stessa (100), anziché il Patrimonio Netto della partecipata B (400), si avrà, rispetto all'ipotesi di fusione diretta, un maggior valore del disavanzo di fusione di 300.

E tenuto conto che, rispetto al valore complessivo del disavanzo di fusione, solo la quota che emergerebbe anche in caso di fusione diretta deriva da un effettivo plusvalore pagato dall'acquirente A rispetto al valore del Patrimonio Netto contabile della società acquisita B, il disavanzo che si evidenzerebbe in caso di fusione inversa può essere, secondo l'istante, così ripartito:

disavanzo di fusione «effettivo»: 600
disavanzo di fusione «apparente»: 300.

Quindi l'operazione di fusione inversa farebbe emergere, nel caso prospettato, un doppio disavanzo: un «disavanzo apparente» (300), che rappresenta l'entità della riduzione del Patrimonio Netto dell'incorporante ed un «disavanzo effettivo» (600) da annullamento, che rappresenta il maggior costo effettivamente sostenuto dalla società A rispetto al Patrimonio Netto della partecipata B.

Il «disavanzo apparente», rappresentando la parte di azioni proprie annullate dalla società B in contropartita al proprio capitale netto, non concorre, ai sensi dell'art.99 del TUIR, alla formazione del reddito e non può comunque essere identificato con i disavanzi di fusione di cui all'art.123 del TUIR e quindi non sono applicabili ad esso le norme del D.Lgs. 358/97.

Per quanto riguarda invece il «disavanzo effettivo», l'istante chiede se esso possa considerarsi a tutti gli effetti disavanzo da annullamento e pertanto se possa essere riconosciuto fiscalmente rilevante, senza l'applicazione dell'imposta sostitutiva ai sensi dell'art.6 comma 2 del D. Lgs.

358/97 e con le modalità ivi indicate.

Premesso che l'esposizione dell'esempio proposto e delle conseguenze prospettate è necessaria ai fini della corretta comprensione del quesito, la scrivente espone le seguenti considerazioni.

Non si condividono affatto le argomentazioni espone nel quesito sulla pretesa equivalenza tra fusione diretta (o classica) e fusione inversa.

Ci sono invece profonde differenze (giuridica, contabile ed economica) tra la fusione diretta e la fusione inversa.

Nella fusione diretta (supponendo per semplicità la partecipata incorporanda controllata al 100%) l'incorporante deve annullare la partecipazione (che non ha alcuna ragione di esistere dopo la fusione) e sostituirla con beni, diritti e debiti dell'incorporata: il valore contabile delle attività e passività dell'incorporata, di solito, è diverso da quello della partecipazione annullata e ciò provoca le differenze chiamate comunemente disavanzi e avanzi da annullamento.

Nella fusione inversa l'incorporante non sostituisce beni, diritti e debiti dell'incorporanda, ma a fronte della partecipazione (che diventa «Azioni proprie» in quanto l'incorporanda controlla l'incorporante) ha il capitale netto della società risultante post-fusione. Nella fusione inversa la partecipazione (Azioni proprie) è uno degli elementi dell'Attivo, non è a fronte della differenza tra Attivo e Passivo. Inoltre nella fusione inversa l'incorporante non è obbligata ad annullare la partecipazione (Azioni proprie) come nella fusione diretta, fatti salvi i limiti imposti dal codice civile: può addirittura venderla.

In conseguenza della fusione inversa si potranno generare solo *differenze* attive o passive (avanzo o disavanzo) *da concambio*, quando (ed è normalmente ciò che avviene) il rapporto tra i capitali economici delle società partecipanti alla fusione - quindi in ultima analisi il rapporto di concambio delle azioni - non rispecchia il rapporto tra i patrimoni netti contabili. Queste differenze positive o negative derivano dalla contrapposizione tra l'aumento del capitale sociale dell'incorporante ed il patrimonio netto dell'incorporata.

La fusione inversa non può generare differenze (avanzi o disavanzi) da annullamento: proprio perché non ci sono annullamenti di partecipazioni.

La fusione inversa comporta, infatti, l'acquisizione da parte della società incorporante di azioni proprie già in possesso della controllante. È inevitabile quindi la presenza di azioni (o quote) proprie nell'Attivo dello Stato Patrimoniale dell'incorporante ed è altrettanto inevitabile annullarle per l'eccedenza rispetto ai limiti posti dal codice civile (artt.2357-2357-*quater*): 10% del capitale sociale o anche meno se non ci sono riserve e ci sono perdite. Se questi limiti civilistici non sono superati, non c'è nessun obbligo di annullamento di azioni proprie, che, al limite, potrebbero anche essere vendute.

In buona sostanza, solo una volta completata l'operazione di fusione e solo successivamente ad essa si può presentare, eventualmente, il problema (civilistico) dell'annullamento delle azioni proprie.

In particolare, la discordanza tra il valore contabile ed il valore nominale delle azioni proprie potrebbe dar luogo all'addebito di un componente negativo (irrilevante fiscalmente ai sensi dell'art.99 del TUIR) oppure, come si ritiene preferibile, all'addebito di un fondo di riserva.

In conclusione, non esiste nessun disavanzo «apparente» e/o «effettivo» in conseguenza della fusione inversa. Potrebbe, invece, esservi una differenza negativa come conseguenza dell'eventuale successiva operazione di annullamento di azioni proprie, contestuale alla riduzione del capitale sociale dell'incorporante: è però una differenza negativa ex art.99 del TUIR e non da disavanzo da fusione, perciò ad essa non possono applicarsi come ritenuto anche da codesto Ufficio, le disposizioni di cui all'art.6, comma 2, del Decreto Legislativo 8 ottobre 1997, n.358, che riguardano il disavanzo da annullamento.

Si richiama infine l'attenzione sul fatto che, come le altre operazioni analiticamente elencate nell'art.37-bis, comma 3, anche le fusioni (dirette e inverse) sottostanno alla normativa antielusione dettata dal medesimo articolo.

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA NOTA DELLA DIREZIONE REGIONALE DELL'EMILIA ROMAGNA SUL TRATTAMENTO FISCALE APPLICABILE ALLA FUSIONE INVERSA. SPUNTI PER UN APPROFONDIMENTO.

a cura di VITTORIO MELCHIONDA - DOTTORE COMMERCIALISTA

L'APPROFONDIMENTO

La nota della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna oggetto di commento ci offre uno spunto per approfondire il trattamento fiscale applicabile alla fusione inversa¹, anche se - come si vedrà - alcune importanti questioni legate alla concreta attuazione dell'operazione rimangono comunque aperte ed in cerca di soluzioni e/o di nuove pronunce dell'amministrazione.

Il caso

L'istante, nell'esaminare l'ipotesi di fusione inversa, si pone il problema di quale sia il corretto trattamento fiscale attribuibile alla posta contabile derivante dall'annullamento delle azioni della società controllante (incorporata) da parte della società controllata (incorporante), proponendo di scomporre tale posta contabile in due quote, che definisce "disavanzo effettivo" e "disavanzo apparente": la prima corrisponderebbe all'ammontare del disavanzo da annullamento che risulterebbe da una fusione per incorporazione "diretta"; mentre la seconda costituirebbe il risultato derivante dall'annullamento delle azioni della controllante/incorporata, divenute azioni proprie a seguito della fusione.

La soluzione

La Direzione Regionale, aderendo all'opinione prevalente in dottrina circa la qualificazione giuridica at-

tribuibile alle differenze contabili risultanti da una fusione inversa², non condivide la tesi proposta dell'istante, affermando invece che "la fusione inversa non può generare differenze (avanzi o disavanzi) da annullamento", semplicemente perché tale fusione non genera di per se stessa alcun obbligo di annullamento di partecipazioni. Tale obbligo scaturirebbe infatti solo alla data di efficacia della fusione (ultima iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione), dopo aver verificato la sussistenza di eventuali incompatibilità civilistiche legate al possesso di azioni della controllante/incorporata divenute "azioni proprie": l'intera posta contabile generatasi per effetto di tale annullamento sarebbe quindi riconducibile alle disposizioni dell'art. 99 del TUIR in materia di azioni proprie e, quindi, del tutto irrilevante dal punto di vista reddituale.

* * *

Osservazioni sulla risposta della DRE

Sul piano del regime fiscale applicabile alla differenza contabile risultante in capo alla controllata/incorporante dopo l'annullamento delle azioni della controllante/incorporata (divenute azioni proprie alla data di efficacia della fusione inversa) la risposta della Direzione Regionale risulta, ad avviso di chi scrive, condivisibile³.

La DRE fonda la propria posizione su tre aspetti.

1) *Il disavanzo è sempre da concambio*

Innanzitutto, la fusione inversa viene realizzata mediante concambio azionario: poiché l'incorporante non possiede alcuna partecipazione nell'incorporata essa deve aumentare il proprio capitale emettendo nuove azioni destinate ai soci dell'incorporata. Ne deriva che l'operazione non può mai generare un disavanzo da annullamento ma, eventualmente, solo un disavanzo da concambio⁴.

2) *Non c'è sostituzione tra beni di primo e beni di secondo grado*

In secondo luogo, nella fusione diretta il trattamento contabile (e fiscale) del disavanzo deriva dalla natura di "bene di secondo grado" tipica delle partecipazioni: a seguito della fusione la partecipazione detenuta dalla incorporante nella incorporata deve essere annullata e sostituita con le attività e le passività comprese nel patrimonio di quest'ultima che essa, indirettamente, rappresentava. Conseguentemente, l'eventuale utilizzo del disavanzo per rivalutare i beni compresi nel patrimonio dell'incorporata e per iscrivere una posta a titolo di avviamento non è altro che un'applicazione del principio del costo.

Nella fusione inversa, invece, non si verifica la "sostituzione" di una voce dell'attivo (la partecipazione)

¹ Si tratta dell'ipotesi in cui è la società controllata ad incorporare la società controllante, invertendo la naturale e classica direzione dell'operazione di incorporazione.

² Cfr. G. BERNONI - M. COLACICCO, *I leveraged buy out, realizzati mediante un'operazione di fusione inversa*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1996, n. 2, pagg. 273-281. Più recentemente si veda G. CAPODAGLIO - A. RICCI, *La "fusione inversa" sta diventando di moda*, in *Il Fisco*, n. 24/2000, pagg. 7943-7947.

³ Non si intende trattare in questa sede il regime civilistico-contabile della posta contabile in questione.

A tale proposito si veda M.S. SPOLIDORO (*Effetti patrimoniali e rappresentazione contabile della fusione inversa*, in *Le Società*, n. 3/2000, pagg. 337-342) il quale, richiamando il principio contabile internazionale IAS 22, sostiene la possibilità di applicare alla fusione inversa il trattamento contabile previsto da tale principio per le operazioni di "reverse acquisition" (ipotesi sostanzialmente diversa, in cui per effetto della fusione, l'incorporante deve emettere un numero di azioni a servizio del concambio tale da attribuire il controllo ai soci dell'incorporata). Conseguentemente, ad avviso di tale Autore, anche nel caso di fusione inversa sarebbe consentita la contabilizzazione degli effetti dell'operazione con il "purchase method", che richiede la rappresentazione delle attività e delle passività a valori correnti e l'evidenziazione dell'avviamento (positivo o negativo) dell'attività acquisita.

⁴ La Direzione afferma infatti che in linea di principio l'operazione potrebbe generare anche un disavanzo (ma solo da concambio), quando "il rapporto tra i capitali economici delle società partecipanti alla fusione... non rispecchia il rapporto tra i patrimoni netti contabili".

con gli elementi dell'attivo e del passivo che essa rappresentava. Conseguentemente, l'utilizzo della differenza contabile generata dall'annullamento delle azioni per rivalutare i beni facenti parte del patrimonio dell'incorporante costituirebbe in questo caso una evidente violazione del principio civilistico del costo.

3) *L'annullamento delle azioni proprie non deriva dalla fusione*

Infine, l'annullamento delle azioni proprie non è, come nella fusione diretta, una conseguenza della dinamica dell'operazione, ma discende invece dalla eventuale impossibilità per l'incorporante di possedere proprie partecipazioni (ad esempio perché l'incorporante è una società a responsabilità limitata, oppure perché le azioni proprie acquisite per effetto della fusione fanno superare i limiti di possesso previsti dal codice civile).

Un altro aspetto in materia di fusione inversa: spunti per un ulteriore approfondimento

L'analisi condotta dalla DRE non esaurisce, tuttavia, tutte le problematiche fiscali derivanti dalla realizzazione di una fusione inversa.

Se, infatti, a chi scrive sembra condivisibile la risposta della Direzione relativa al regime fiscale della posta derivante dall'annullamento delle azioni proprie, l'effettuazione di un'operazione di fusione inversa fa emergere altri problemi, riguardanti la posizione dei soci della società incorporata/controllante e, in particolare, quello relativo al costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni da questi detenute.

Prendendo spunto da una situazione simile a quella ipotizzata nell'istanza, il seguente esempio può essere utile ad esporre i termini del problema.

Esempio

Caio e Sempronio sono soci al 50% della società A che ha un capitale sociale di 400. A sua volta la società A possiede il 100% della società B, che ha un patrimonio netto contabile di 400, ma che è stata ac-

quistata a 1.000 da Tizio, il quale, per effetto di tale cessione, ha realizzato una plusvalenza imponibile soggetta all'imposta sostitutiva sui *capital gains* pari a 600.

a) Fusione diretta

Se A incorporasse B, per effetto della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 6 del D.Lgs. 358/97 il disavanzo da annullamento, pari a 600, risulterebbe fiscalmente rilevante senza dover pagare l'imposta sostitutiva del 19%.

Come noto, il riconoscimento "gratuito" del disavanzo da annullamento è diretto a evitare la tassazione dello stesso presupposto (il maggior valore corrente del patrimonio di una società rispetto al corrispondente valore netto contabile) in capo a due soggetti diversi (prima in capo al soggetto che ha ceduto la partecipazione e pagato l'imposta sul *capital gain* e, successivamente, in capo alla società incorporante attraverso le maggiori imposte legate al mancato riconoscimento fiscale dei valori derivanti dall'utilizzo del disavanzo).

b) Fusione inversa

Se, invece, fosse B ad incorporare A, la differenza contabile che si genera per effetto dell'annullamento da parte di B delle azioni proprie è fiscalmente irrilevante per la stessa B.

Se si sposta però l'attenzione sui soci della società incorporata, occorre chiedersi quali sono gli effetti per essi del cambio tra le azioni della incorporata e quelle dell'incorporante (ai soci di A vengono infatti assegnate azioni di B in cambio di quelle di A annullate a seguito della fusione).

A tale riguardo, dovrebbe applicarsi l'ormai consolidato principio di "sostituzione"⁵, secondo il quale le azioni dell'incorporante ricevute in concambio dai soci dell'incorporata mantengono lo stesso valore fiscale in precedenza attribuito alle azioni dell'incorporata che sono state annullate.

Pertanto, con riferimento al nostro esempio, ciò significherebbe che le azioni emesse da B ed attribuite ai

soci di A in cambio di quelle annullate manterrebbero l'originario costo fiscale di queste ultime, pari a 400.

Peraltro, da ciò ne discenderebbe che, qualora Caio e Sempronio decidessero di vendere, supponiamo a 1.000, le partecipazioni in B, essi realizzerebbero una plusvalenza imponibile pari a 600, corrispondente a quella già assoggettata a imposizione in capo all'originario proprietario delle azioni di B al momento della loro cessione ad A.

Ci si potrebbe quindi chiedere se, in sede di determinazione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni in B assegnate agli ex soci di A, sia possibile sommare al costo fiscale originario delle azioni di A possedute dal Caio e Sempronio (400) la plusvalenza realizzata (e assoggettata a imposizione) dal precedente possessore delle azioni di B (600).

A tale proposito, per quanto tramite questa soluzione si otterrebbe il risultato, anche nella fusione inversa, di evitare la duplice tassazione dello stesso presupposto economico (il maggior valore corrente del patrimonio di una società rispetto al corrispondente valore netto contabile), essa non sembra trovare alcun supporto normativo esplicito all'interno del nostro ordinamento.

Conclusioni

Allo stato attuale, quindi, viste le incertezze di carattere fiscale, la cui soluzione sarebbe auspicabile con una presa di posizione del Ministero, e soprattutto le devastanti conseguenze di carattere contabile che possono essere causate dalla fusione inversa (se non esistono riserve sufficienti la perdita derivante dalla differenza da annullamento di azioni proprie potrebbe anche porre la società nelle situazioni di cui all'art. 2446 o 2447 del c.c.), unitamente alle ulteriori problematiche civilistiche connesse⁶, la realizzazione di una simile operazione ci sembra poco consigliabile, se non per fronteggiare esigenze di carattere economico di particolare importanza.

⁵ Si veda sul punto ASSONIME, Circolare n. 9-9/252 del 13 marzo 1980.

⁶ Ci si riferisce alla possibilità che il debito contratto dalla controllante per l'acquisto delle azioni della controllata confluisca nel bilancio di quest'ultima a seguito dell'incorporazione con una possibile violazione del disposto dell'art. 2358 del c.c.. (Cfr. Tribunale di Milano, Decr. 13 maggio 1999, in *Le Società*, n. 1/2000 pagg. 75-89 con commento di M.S. SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e "leveraged buy out"*). Con riguardo ad altri aspetti di tipo procedurale si rinvia a M.S. SPOLIDORO, *Effetti patrimoniali e rappresentazione contabile della fusione inversa*, op. cit. in nota 3.

SECONDO CONVEGNO NAZIONALE DI STUDI SULLE PROCEDURE CONCURSUALI - BOLOGNA 27-28 OTTOBRE 2000

a cura di RICCARDO ROVERONI - DOTTORE COMMERCIALISTA

L'ANGOLO DEL TRIBUNALE

AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEL FALLIMENTO SOCIETARIO: PRESUPPOSTI E CARATTERISTICHE, ANTICIPAZIONE CAUTELARE, DETERMINAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE

Con un'ampia sezione dedicata ad aspetti eminentemente processualistici della vicenda accertatrice delle responsabilità nel fallimento societario, si è aperto a Bologna, il 27 ottobre scorso, il Secondo Convegno Nazionale di Studi sulle Procedure Concorsuali.

Ed è spettato al Coordinatore Scientifico del Convegno Massimo Ferro il compito di evidenziare, preliminarmente, le specificità delle singole relazioni: di ogni argomento, i punti sui quali a ciascun relatore era richiesto di fare luce.

A Sergio Di Amato è toccato occuparsi, da un lato, dei rapporti intercorrenti tra art. 146 della legge fallimentare e "sistema" 2393-2394 del codice civile (e, quindi, natura dell'azione del Curatore e autonomia delle due azioni previste dal codice civile), dall'altro e, per certi versi, conseguentemente, della sovrapposizione delle due azioni e del destino dell'azione di responsabilità nel fallimento, per eccezioni di prescrizione o intervenute convenzioni.

Azione di responsabilità

Dunque, presupposti e caratteristiche dell'azione di responsabilità nel fallimento societario.

L'azione di responsabilità ex art. 146 L.F. non è azione nuova – non sorge, cioè, in capo al Curatore a seguito del fallimento: è invece azione derivata – deriva, cioè, al Curatore dalle due azioni di responsabilità previste dal codice civile, delle quali la dichiarazione di fallimento muta gli originari titolari.

La legge fallimentare, semplicemente, rinvia ai presupposti specifici di cui, da un lato, all'art. 2393 c.c. (che disciplina l'azione di responsabilità sociale, avente natura contrattuale in quanto derivante da mandato ad

amministrare o contratto di società, e per finalità la ricostruzione del patrimonio sociale) e, dall'altro, all'art. 2394 c.c. (che disciplina l'azione di responsabilità dei creditori, avente natura extracontrattuale in quanto derivante da obblighi di legge, e per finalità il risarcimento del danno subito dal singolo creditore in conseguenza dell'incapienza del patrimonio sociale).

Da un punto di vista strutturale, le azioni di responsabilità degli amministratori e l'azione del Curatore non si differenziano da altre azioni di responsabilità: presupposti ad esse comuni sono infatti condotta illecita, verificarsi di un danno, rapporto di causalità tra condotta e danno.

E se è ben vero che il trasferimento in capo al Curatore della legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. deriva già, in qualche misura, dal "combinato" dell'art. 42 L.F. (spossestamento fallimentare) con l'art. 43 L.F. (attribuzione al Curatore della legittimazione a stare in giudizio nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito), purtuttavia, dalla circostanza non può concludersi che l'art. 146 L.F. riassume in sé gli effetti di detti articoli o che, addirittura, sia ridondante.

Si consideri, infatti, che in assenza dell'art. 146 L.F. e con il riconoscimento all'azione ex art. 2394 c.c. di una natura autonoma e non surrogatoria, l'esercizio individuale di detta ultima azione (da parte di singoli creditori sociali, s'intende) necessariamente, importerebbe lesione del patrimonio degli amministratori e violazione del diritto degli altri creditori al pari trattamento.

La legittimazione all'esercizio dell'azione ex art. 2394 c.c. deve dunque essere trasferita in capo al Curatore e l'estensione della regola della neces-

sità del concorso deve essere rinvenuta non già negli artt. 42 e 43 L.F., ma proprio nell'art. 146 L.F..

Il Curatore esercita nel fallimento, per legittimazione esclusiva, contemporaneamente e cumulativamente, le azioni che spettavano, rispettivamente, alla società e ai creditori sociali: l'azione del Curatore, "ontologicamente correlata ad azione sociale e azione dei creditori", cumula in sé le due azioni, che, in tal modo, perdono autonomia, ed assume carattere "unitario ed inscindibile".

Con la sovrapposizione, seppure, invero, per lo più, imperfetta, delle due azioni – "l'area di coincidenza corrispondendo all'area, più ristretta, propria dell'azione dei creditori" – risulta, oggettivamente, il più delle volte, indifferente distinguerle, purché, naturalmente, di entrambe le azioni sussistano tutti i presupposti. Di talché il Curatore, nella ricostruzione del patrimonio sociale – fine ultimo, a questo punto, anche dell'azione dei creditori – si gioverà della disciplina dell'azione più favorevole.

Sotto il profilo della prescrizione, il termine quinquennale ordinario decorre, ove sussista la suddetta sovrapposizione di azioni, dal momento in cui il patrimonio sociale risulta non più sufficiente per il soddisfacimento dei creditori, mentre, nell'ipotesi in cui la sovrapposizione manchi, dal momento della cessazione del rapporto società-amministratori, se anteriore all'apertura della procedura fallimentare, oppure dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso in cui, a detta data, gli amministratori siano ancora in carica.

L'opponibilità al Curatore di eccezioni quali l'intervenuta rinuncia all'azione di responsabilità o approvazione dell'operato degli amministratori da parte dell'assemblea, trova collocazione esclusivamente "nell'area

corrispondente all'azione di responsabilità sociale" e pertanto rimane impregiudicata, per il Curatore, la percorrenza dell'azione dei creditori. L'eccezione di intervenuta transazione tra amministratori e società è comunque rinvocabile con lo strumento della revocatoria.

Anticipazione cautelare

Degli aspetti processuali connessi all'anticipazione cautelare si è occupato Massimo Fabiani: dai profili oggetto di dibattito prima della Novella del codice di procedura civile del 1990 – essenzialmente, rilevanza del parere del comitato dei creditori e competenza territoriale – alle questioni, ampiamente discusse, emergenti dall'introduzione, nel sistema, di un unico modello di procedimento per tutte le misure cautelari, funzionale alla razionalizzazione della tutela cautelare.

Il modello contenuto nel codice di rito comprende dodici disposizioni (gli artt. 669-*bis* e seguenti) atte, appunto, a delineare la struttura del nuovo procedimento cautelare uniforme. La tredicesima disposizione (contenuta nell'art. 669-*quaterdecies*), nel delimitare i confini di applicazione del nuovo modello, enuncia un unico criterio operativo – il criterio della compatibilità con ciascuna specifica misura cautelare contenuta nel codice civile e in leggi speciali.

La maggioranza degli autori propende per un'analisi della compatibilità "norma per norma", osservando che il giudizio di compatibilità va condotto su ogni singola disposizione del modello. L'operazione, invero, rischia di rendere del tutto incerta la scelta del tipo di processo cui ciascuna misura cautelare è tenuta ad uniformarsi.

D'altra parte, non risolutiva del problema è l'adozione del criterio applicativo della compatibilità "globale" – laddove anche una sola disposizione del nuovo modello non sia conciliabile con una specifica misura cautelare, tutta la Novella deve essere disapplicata – perché, con l'adozione di detto ultimo criterio, il rischio è, in assenza di compatibilità globale, di non avere riferimento alcuno.

Pur sposata da parte della letteratura dominante, la tesi della ultrattività del sequestro fallimentare presenta il limite di non garantire che la misura cautelare del sequestro conservativo

venga adottata in un ambito di effettiva terzietà/imparzialità dell'organo giudicante e che la natura ufficiosa del procedimento cautelare fallimentare e la posizione del Giudice Delegato siano conformi ai valori protetti dalla Costituzione (nuovo art. 111 Cost.).

Il giudice è davvero imparziale soltanto se il suo approccio al processo non è alterato da conoscenze acquisite in precedenza, nell'esercizio di funzioni giudiziarie.

Si mantengano, allora, distinti – propone Fabiani, voce fuori coro – il giudice che decide (che ha la giurisdizione) dal giudice che amministra (che ha l'amministrazione del fallimento). E quest'ultimo non agisca per l'altro.

La tesi maggioritaria, in dottrina come in giurisprudenza, rifiuta l'idea della sostanziale abrogazione del terzo comma dell'art. 146 L.F., sostenendo l'applicazione del nuovo procedimento cautelare uniforme solo a valle del provvedimento del Giudice Delegato: questi, in sostanza, oltre a rilasciare, contestualmente, misura cautelare, autorizzazione al Curatore a promuovere l'azione di merito e nomina del legale della procedura, con lo stesso provvedimento, sarebbe tenuto a fissare l'udienza per la conferma, revoca o modifica del proprio decreto. E in detta sede, dinanzi ad altro giudice, si creerebbe il contraddittorio e il giudice formerebbe il proprio convincimento sulla documentazione probatoria allegata (e solo su questa), non potendo vedere utilizzati, ai fini di cui alla conferma del decreto del Giudice Delegato, documenti non prodotti nel giudizio, anche se parte del fascicolo della procedura fallimentare.

In relazione alla sussistenza del requisito del *periculum in mora*, i giudici "della cautela" si distaccano – incita il relatore – da frasi stereotipate e verificano, in concreto, la sussistenza di circostanze atte a denunciarne la presenza. Tanto in considerazione della natura risarcitoria e non sanzionatoria dell'azione di responsabilità.

Determinazione del danno risarcibile

Alla determinazione del danno risarcibile ha dedicato il proprio intervento Adriano Patti.

Premessa necessaria: il danno, per essere risarcibile, deve dipendere dal-

l'accertamento di un fatto, imputabile a soggetto responsabile, secondo una relazione causa-effetto, in forza della quale il primo appaia riconducibile al secondo.

Corollario, altrettanto necessario: sul danneggiato incombe l'onere della prova, appunto, del nesso causale tra fatto da cui deriva l'imputazione di responsabilità ed evento dannoso, del quale deve essere provata l'esistenza, nonché dell'ammontare del danno subito, mediante offerta al giudice di elementi utili per la sua liquidazione.

Come detto più sopra, la prassi registra, prevalentemente, l'esercizio, da parte del Curatore, unitario e cumulativo dell'azione di responsabilità sociale e dei creditori, in tal modo vedendo vanificate distinzioni, pur doverose ed apprezzabili, tra livelli diversi di obbligatorietà, per i responsabili, di risarcimento del danno – questo, non solo potendo corrispondere all'eroso patrimonio sociale, garanzia per i creditori, ma anche potendo essere quantificato in relazione al mancato conseguimento dello scopo sociale. E, d'altra parte, non potendosi considerare lesivi del patrimonio tutti gli inadempimenti di amministratori e sindaci, al contrario, dovendosi, per così dire, isolare loro effettivi e concreti comportamenti pregiudizievoli.

Nelle azioni di responsabilità promosse dal Curatore, la fattispecie più ricorrente di violazione di obblighi specifici, automaticamente produttiva di un danno chiaramente individuabile, è il compimento da parte degli amministratori di nuove operazioni, in violazione dell'art. 2449 c.c., nella qual ipotesi, sul Curatore incombe l'onere di provare il compimento effettivo, dopo la perdita del capitale, di attività incompatibile con lo stato di liquidazione della società, concretamente produttiva di un danno patrimoniale per quest'ultima.

Ai fini di cui all'individuazione del momento effettivamente integrativo della "soglia di rilevanza" prevista dall'art. 2447 c.c. e di sua doverosa percezione da parte dei soggetti, a vario titolo, responsabili della società, al Curatore spetterà riclassificare i bilanci, dopo avere "smascherato" le voci rese idonee a occultare perdite.

Prove dell'esistenza del danno, del suo collegamento causale con comportamenti pregiudizievoli dei responsabili individuati, nonché della sua

Consiglio dell'Ordine di Bologna

Presidente Dott. GIANFRANCO TOMASSOLI	Consigliere Dott. ANNA MARIA BORTOLOTTI	Consigliere Dott. AMELIA LUCA	Consigliere Dott. RAFFAELE SUZZI
Vice Presidente Dott. FRANCESCO CORTESI	Consigliere Dott. FRANCESCA BUSCAROLI	Consigliere Dott. GUIDO PEDRINI	Consigliere Dott. MATTEO TAMBURINI
Segretario Dott.ssa VINCENZA BELLETTINI	Consigliere Dott. MAURIZIO GOVONI	Consigliere Dott. ALESSANDRO SACCANI	Consigliere Dott. ALBERTO TATTINI
Tesoriere Dott. ROBERTO BATAACCHI	Consigliere Dott. G. BATTISTA GRAZIOSI	Consigliere Dott. LUCA SIFO	

Comitato Tecnico nominato dalla Direzione Regionale dell'Emilia Romagna

Dott. Matteo Cotroneo <i>Coordinatore</i>	Dott. Gianfilippo Giannetto <i>Vice coordinatore</i>	Dott.ssa Giovanna Alessio Dott. Mario Santoro Sig. Giancarlo Cagnani	Dott.ssa Anita Pezzetti Dott.ssa Emanuela Renzi Dott. Giuseppe Nichil
--	---	--	---

Commissione dei Dottori Commercialisti nominata dal Consiglio dell'Ordine per l'applicazione del Protocollo d'intesa

Dott.ssa Patrizia Arioli Dott.ssa Francesca Buscaroli	Dott. Claudio Galbucci Dott. Stefano Marchello	Dott. Guido Pedrini Dott. Matteo Tamburini	Dott. Fabio Zambelli
--	---	---	----------------------

Abbiamo pensato di creare una sorta di «LABORATORIO» che ha il compito di studiare e coordinare i nuovi quesiti da sottoporre alla Direzione Regionale

Dott. Emanuele Gnugnoli <i>Dottore Commercialista</i>	Dott. Gaetano Salvioi <i>Dottore Commercialista</i>	Prof. Antonio Matacena <i>Professore Ordinario di Tecnica Professionale</i>	Prof. Marco Tieghi <i>Professore Associato di Economia Aziendale</i>
--	--	--	---

Hanno collaborato a questo numero e gentilmente ringraziamo:

Francesca Buscaroli Giorgio Delli	Vittorio Melchionda Riccardo Roveroni
--------------------------------------	--

entità, potranno essere di natura documentale e quindi, per lo più, derivanti dalla contabilità della società, testimoniali o acquisite nell'ambito di CTU.

Nella liquidazione del danno, riservata alla competenza esclusiva del giudice di merito, questi potrà valutare l'impovertimento patrimoniale effettivo della società, generato da singole, specifiche violazioni, anziché decidere secondo equità.

L'equivalenza danno = *deficit* fallimentare – quest'ultimo corrispondendo alla differenza tra passivo e attivo accertati nel fallimento in base a valori di liquidazione, equivalenza, invero, ancora oggi, ampiamente adottata dai giudici di merito – deve essere superata, nella considerazione che essa determina, necessariamente, valutazioni errate, tanto per eccesso (non essendo, sempre, l'intero *deficit* fallimentare, correttamente, riferibile a comportamenti colposi degli amministratori), quanto per difetto (non essendovi, sempre, coincidenza tra *deficit* fallimentare e perdite derivate alla società da atti di *mala gestio*, potendo, il passivo societario, in ipotesi, essere stato accertato, nel Fallimento, solo in parte). E il superamento dell'incongruità di una siffatta equivalenza può essere garantito dalla determinazione di attività e passività con riferimento a valori di bilancio.

Parte della giurisprudenza di merito si posiziona su un criterio di determinazione del danno "più puntuale e raffinato", fondato sulla detrazione dal passivo fallimentare della parte di esso riferibile ad operazioni poste in essere dagli amministratori prima della violazione dell'art. 2449 c.c., nonché del risultato attivo delle nuove operazioni.

Alcune decisioni di merito, particolarmente enfatizzate ed appoggiate dal relatore, ricercano il concreto pregiudizio arrecato al patrimonio sociale da ciascun atto compiuto dagli amministratori, salvo ricorrere, per la liquidazione del danno, laddove l'analisi delle singole operazioni sia eccessivamente difficoltosa, al criterio equitativo o al criterio differenziale dei netti patrimoniali, comparativo del valore al momento di supero della soglia di rilevanza individuata dall'art. 2447 c.c. con il valore alla data della dichiarazione di fallimento o della cessazione dalla carica di amministratori e sindaci.

Tutto ciò con buona pace della prassi invalsa tra gli operatori del settore di promuovere/autorizzare transazioni su insorgende liti per azioni di responsabilità, fondate, più che sulla puntuale determinazione del danno risarcibile, sul dato fattuale obiettivo della capienza e/o utile aggredivibilità dei patrimoni personali di amministratori e sindaci.



il Torresino
**ORDINE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
DI BOLOGNA**

Anno VI n. 5 settembre/ottobre 2000
Aut. Trib. di Bologna n. 6487 del 29.09.95
Sped. in Abb. Post. L. 662/23/12/96 Art. 2 comma 20 lett. b
Associato USPI ●

Direttore responsabile
Dott.ssa Francesca Buscaroli
Comitato di redazione
Patrizia Arioli
Dottore Commercialista
Dott.ssa M. Cristina Ceserani
Dottore Commercialista
Dott. Matteo Cotroneo
Direzione Regionale E. R.
Dott. Giorgio Delli
Dottore Commercialista
Dott. Vittorio Melchionda
Dottore Commercialista
Dott. Matteo Mele
Dottore Commercialista
Dott.ssa Anita Pezzetti
Direzione Regionale E. R.
Dott.ssa Giovanna Randazzo
Dottore Commercialista

Realizzazione grafica e stampa:
sab - tel. 051 461356
via Ca' Ricchi, 1 - 3 S. Lazzaro di Savena (Bo)

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Bologna
Via Farini, 14 - 40124 Bologna
Tel. 051 220392 - Fax 051 238204
E mail: fondazione.dott.comm@libero.it

Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna
Via Farini, 14 - 40124 Bologna
Tel. 051 264612 - Fax 051 230136
N° Verde 800017381
E mail: info@dottcomm.bo.it
Sito: www.dottcomm.bo.it



click!

[klik] s. Suono emesso dal mouse del vostro computer, navigando comodamente da casa nel sito www.bper.it, alla scoperta dei vantaggi dei servizi Online BPER Group.

Non tutti i click sono uguali e non tutti significano la stessa cosa. Il click che fate su **www.bper.it**, ad esempio, significa banca. Una banca più comoda e più veloce che entra in rete con i servizi offerti da **BPER Group** servizi Online. **Home banking** informativo e dispositivo e **Trading Online**, per avere sempre sotto controllo la vostra situazione economica ma anche per operare sul **conto corrente** e sul **deposito titoli** quando e come volete voi, **da casa vostra**. Aderire all'offerta di BPER Group servizi Online è **semplice**: basta sottoscrivere il contratto in una qualsiasi filiale della Banca popolare dell'Emilia Romagna e ritirare il codice identificativo e la password personali. **Tutte le informazioni** sui servizi e sui costi di BPER Group servizi Online sono disponibili sul sito **www.bper.it**.



www.bper.it

HomeBanking
Informativo
GRATIS



Banca popolare dell'Emilia Romagna