



ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI: PROFILI DI DIRITTO COMMERCIALE, AZIENDALI E DI DIRITTO TRIBUTARIO



novembre 2023

30



ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI: PROFILI DI DIRITTO COMMERCIALE, AZIENDALI E DI DIRITTO TRIBUTARIO

*A cura delle Unioni Giovani Dottori Commercialisti ed
Esperti Contabili di
Siena, Pisa, Prato, Firenze*

(ultimo aggiornamento: novembre 2023)

AUTORI:

Dott. Alberto Landi - UGDCEC di Siena

Dott.ssa Laura Di Renzone- UGDCEC di Siena

Dott. Arcangelo Chirico - UGDCEC di Siena

Dott. Leonardo Vasta - UGDCEC di Siena

Dott. Paolo Amatore - UGDCEC di Siena

Dott. Fabrizio Greco - UGDCEC di Siena

Dott. Artur Moch - UGDCEC di Siena

Dott. Mattia Virto - UGDCEC di Siena

Dott.ssa Eleonora Guerrini - UGDCEC di Siena

Dott. Marco Scarfone - UGDCEC di Siena

Dott. Francesco Baicchi - UGDCEC di Pisa

Dott.ssa Gabriella Armano - UGDCEC di Firenze

Dott. Giovan Filippo Scalamandrè - UGDCEC di Firenze

Dott. Roberto Tosa UGDCEC di Prato

Prof. Antonio Marinello - Professore di Diritto Tributario presso l'Università di Siena

Prof.ssa Gabriella Gimigliano - Professoressa di Diritto Commerciale presso l'Università di Siena

Prof. Giovanni Romano – Professore di Diritto Commerciale presso l'Università di Siena

Prof.ssa Patrice De Micco – Ricercatore Ricercatore Senior in Economia Aziendale (SECS-P/07) afferente al Dipartimento degli Studi Aziendali e Giuridici (DISAG) – Università di Siena

Prof. Sebastiano Cupertino - Ricercatore Senior in Economia Aziendale (SECS-P/07) afferente al Dipartimento degli Studi Aziendali e Giuridici (DISAG) – Università di Siena

SOMMARIO

Capitolo I	9
PROFILI DI DIRITTO COMMERCIALE.....	9
1..... Fonti normative e definizioni	9
.....	9
a cura di: Dott. Roberto Tosa.....	9
1.1..... L’art. 2086: la novità e la genesi	9
.....	9
1.2 L’evoluzione normativa negli assetti d’impresa.....	18
1.3 Definizione di assetti	21
1.3.1 La definizione di adeguati assetti organizzativi	22
1.3.2 La definizione di adeguati assetti amministrativi e contabili	22
Capitolo II	25
2..... Adeguati assetti e tipo societari	25
.....	25
A cura di: Dott. Paolo Amatore.....	25
2.1 Premessa	25
2.2 Le società di capitali	28
2.2.1 Società per azioni.....	28
2.2.2 Società a responsabilità limitata	31
2.3 Società di persone.....	34

Capitolo III.....	37
3. Utilizzo dell’intelligenza artificiale nell’ambito della predisposizione di adeguati assetti organizzativi	37
A cura di: Dott.ssa Eleonora Guerrini.....	37
Capitolo IV.....	48
4. Gli adeguati assetti nel Codice della crisi	48
A cura di: Dott.ssa Laura Di Renzone.....	48
4.1 Premesse	48
4.2 Imprenditore collettivo e imprenditore individuale: adeguati assetti e misure idonee.....	50
4.3 Le funzioni che definiscono gli adeguati assetti.....	51
4.4 La responsabilità dell’amministratore in mancanza di adeguati assetti organizzativi	55
Capitolo V.....	61
5. La responsabilità degli organi societari	61
A cura di: Dott. Francesco Baicchi	61
Capitolo VI.....	73
6. .Rassegna giurisprudenziale in tema di responsabilità in assenza o inadeguatezza degli assetti.....	73
A cura di: Giovan Filippo Scalamandrè.....	73
6.1 Premessa	73

6.2 Restringimento della business judgement rule	74
6.3 Revoca dell'organo amministrativo con nomina di un Amministratore Giudiziario per gravi irregolarità	76
Capitolo VII	78
PROFILI AZIENDALI	78
7. Gli adeguati assetti organizzativi e gli strumenti per monitorare lo stato di crisi.....	78
A cura di: Dott. Fabrizio Greco.....	78
7.1 Premessa	78
7.2. Il concetto di adeguatezza e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.	83
Capitolo VIII	90
8. Il Controllo di Gestione: Definizione e Funzioni.....	90
A cura di: Dott. Arcangelo Chirico.....	90
8.1 Definizione del Controllo di Gestione.....	90
8.2 Obiettivi e Vantaggi del Controllo di Gestione	93
8.3 Dimensione Materiale ed Immateriale del Controllo di Gestione.....	96
Capitolo IX	100
9. Gli strumenti per monitorare lo stato di crisi.....	100
A cura di: Dott. Leonardo Vasta.....	100
9.1 Il patrimonio netto negativo	102

9.2 DSCR (Debt Service Coverage Ratio)	104
9.3 Gli indici di settore.....	105
Capitolo X.....	116
10. Il controllo di gestione nelle PMI: Il caso F.Ili Pasqui S.r.l. ...	116
A cura di: Dott. Mattia Virto	116
10.1 La crisi internazionale ed il controllo di gestione	116
10.2 Il caso della Società F.Ili Pasqui S.r.l.....	117
10.3 La figura del commercialista, l'implementazione del controllo di gestione ed il suo ruolo nella prevenzione della crisi.....	120
10.4 Fluttuazioni economiche-finanziarie e l'importanza della pianificazione.....	121
10.5 Conclusioni.....	128
Capitolo XI.....	130
PROFILI DI DIRITTO TRIBUTARIO	130
LA PIANIFICAZIONE FISCALE QUALE <i>SPECIES</i> DEL <i>GENUS</i> ADEGUATI ASSETTI	130
11. Adeguati assetti, rischio fiscale e tax governance.....	130
A cura di: Dott. Marco Scarfone.....	130
11.1 Rischio aziendale e rischio fiscale	130
11.2 Corporate governance e tax governance.....	134
11.3 Il modello di gestione del rischio fiscale orientato alla tax compliance	135

Capitolo XII	141
12. La pianificazione fiscale quale elemento per la gestione del rischio fiscale	141
A cura di: Dott.ssa Gabriella Armano.....	141
12.1 La pianificazione Fiscale.....	141
12.1.1 Pianificazione fiscale aggressiva	143
12.2 Pianificazione fiscale e abuso del diritto.....	150
Capitolo XIII	155
13. La pianificazione fiscale: la prospettiva del diritto interno	155
.A cura di: Dott. Artur Moch.....	155
13.1 Holding.....	158
13.2 La tassazione agevolata sulle plusvalenze derivanti da cessione quote o azioni (PEX).....	159
13.3 La tassazione agevolata sui dividendi	162
13.4 Trasparenza fiscale	164
13.5 Royalty per lo sfruttamento economico dei marchi.....	167
13.6 Trattamento di Fine Mandato (c.d. TFM)	172
13.7 Liquidazione Iva di Gruppo e Consolidato fiscale	175
13.8 Considerazioni conclusive sulle opportunità di ottimizzazione fiscale offerte dall'ordinamento nazionale	177
Capitolo XIV	178
14. La pianificazione fiscale nel contesto sovranazionale	178

A cura di: Dott. Alberto Landi	178
14.1 I fenomeni di evasione e di elusione fiscale internazionale	180
14.2 La nozione di “esterovestizione societaria”	186
14.3 Esterovestizione e presunzioni legali relative	195
14.4 Esterovestizione: fattispecie abusiva o elusiva?.....	197
14.5. Conclusioni.....	203

PROFILI DI DIRITTO COMMERCIALE

1. Fonti normative e definizioni

a cura di: Dott. Roberto Tosa

1.1. L'art. 2086: la novità e la genesi

L'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi per le imprese è stato inizialmente introdotto in modo generico e poi progressivamente precisato, sia dal punto di vista terminologico che contenutistico. Inizialmente, l'obbligo era previsto solo in ambiti specifici e settoriali, con formule diverse. Con l'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs.12 gennaio 2019, n.14, di seguito anche CCII), l'obbligo è stato codificato e collocato nella disciplina generale del diritto dell'impresa.

In particolare, l'art. 2086 c.c. ha assunto un ruolo chiave trasformandosi da norma di vetrina a cardine della *governance* d'impresa¹.

La precedente formulazione dell'art. 2086 c.c. si limitava a sancire, sotto la rubrica «direzione e gerarchia dell'impresa», il principio di sovraordinazione dell'imprenditore. La norma, di là dalla sua derivazione

¹ Scuola Superiore della Magistratura, *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Quaderno 18

storica dall'ordinamento corporativo fascista, avrebbe in seguito trovato concreto impiego nella sola giurisprudenza lavoristica, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato. L'aggiunta di un secondo comma totalmente nuovo avrebbe invece riscritto, a partire dal 2019, la storia e la portata sistemica della previsione, facendone, come sopra anticipato, una norma centrale all'interno del diritto dell'impresa.

Il d.lgs.12 gennaio 2019, n.14, in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, collocando una nuova norma nell'ambito di una disposizione generale, ha inizialmente modificato la rubrica, intitolata alla «gestione dell'impresa», ed ha, poi, introdotto un obbligo generico per l'imprenditore di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Tale obbligo, dotato di autonoma precettività, deve essere integrato mediante concetti della scienza economico-aziendale. La scelta del legislatore di collocare il tema degli assetti nell'ambito del Libro V (*Del lavoro*), Titolo II (*Del lavoro nell'impresa*), Capo I (*Dell'impresa in generale*), e non nel capo III sull'impresa commerciale, ha valore simbolico e sistematico².

In effetti, l'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili grava direttamente sull'imprenditore. Per questo

² S.A. CERRATO, G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi – Il caso delle imprese agroalimentari*, in Resp. amm. società e enti, 2019, fasc. 4, 177 ss.

motivo, il legislatore ha scelto di collocare tale obbligo nell'art. 2086 del Codice civile, dopo le norme concernenti la definizione generale d'imprenditore e le condizioni d'esercizio dell'attività d'impresa.

La collocazione della norma rafforza così il nucleo di norme dedicate ai profili organizzativi dell'impresa, quali gli artt. 2086, comma 1, e 2087 c.c.; il complesso di norme relativo alla gerarchia nell'impresa è poi completato dall'art. 2094 c.c., che definisce il prestatore di lavoro subordinato, nonché dall'art. 2104 c.c. sulla sua diligenza.

Nella prima modifica, l'art. 2086 c.c. era stato richiamato in tutte le disposizioni del Codice civile in materia di amministrazione di società: gli artt. 2257, comma 1 (società di persone), 2380-bis (s.p.a.), 2409-novies (sistema dualistico) e 2475 (s.r.l.), mentre per il sistema monistico non era stato necessario apposito richiamo, data la norma generale di rinvio (anche all'art. 2380-bis) di cui all'art. 2409-noviesdecies: il tutto, volendosi affermare che la gestione dell'impresa, in qualunque forma assunta, obbliga gli amministratori a predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili opportuni.

Nei testi definitivi, è scomparso peraltro il riferimento all'esclusività del potere di realizzazione dell'oggetto sociale, avendo il decreto correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) soppresso la previsione che attribuiva agli amministratori il potere di compiere «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale».

La locuzione che assegnava in via esclusiva agli amministratori il potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale era, infatti, prevista ab origine nell'art. 2380-bis c.c. per le società per azioni e nell'art. 2409-novies c.c. per il consiglio di gestione (nel modello dualistico), mentre rappresentava una novità, introdotta con l'art. 377 CCII, per le società di persone (art. 2257 c.c.) e per quelle a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.)³.

L'aver soppresso la locuzione in esame in tutte e quattro le fattispecie se, da un lato, con riguardo alle società di persone e quelle a responsabilità limitata, è scelta corretta, alla luce dei rilevati diversi caratteri tipologici di tali modelli societari, dall'altro, però, con riguardo alla società per azioni (oltre che per il consiglio di gestione) avrebbe rischiato di ottenere (almeno nella prima formulazione del decreto correttivo) effetti non desiderati, come quello di riaffidare un ruolo gestorio all'assemblea (cfr. art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., prima e dopo la riforma del 2003)⁴.

La versione definitiva del citato decreto correttivo ha, però, risolto questo aspetto. Infatti, l'attuale formulazione delle previsioni di cui agli

³ L. NAZZICONE, *L'art. 2086 c.c.: uno sguardo d'insieme*, in *Gli Assetti organizzativi dell'impresa*, Quaderno 18, Scuola Superiore della Magistratura, 2022;

⁴ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra Codice della crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo diritto delle società*, 2020, 115 ss.

artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c. distinguono nettamente il dovere di istituire gli assetti organizzativi da quelli che sono invece, a seconda del tipo societario, i profili attinenti al potere di gestione dell'impresa *tout court*.

Il “nuovo” art. 2086 del Codice civile, modificato dall’art. 375 del D.lgs. n. 14/2019 (il Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, o CCII), prevede che *“l’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

La nuova norma dell’art. 2086 c.c. viene poi richiamata dall’art. 377 CCII, che lo prevede anche per gli assetti organizzativi societari agli artt. 2257 (per la società semplice), 2380-*bis* e 2409-*novies* (per le società per azioni), 2475 (per le società a responsabilità limitata) del Codice civile.⁵

⁵ M. ORLANDI, *Adeguati assetti organizzativi, segnali di crisi e sistemi di allerta in Corporate Governance*, Giugno 2020

Le previsioni contenute nel D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, hanno apportato nuova linfa alla disciplina degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, vuoi indirettamente, a motivo del novello 2° comma inserito dall'art. 375 CCII nell'art. 2086 c.c. 2, vuoi direttamente, in forza dell'art. 3, comma 2, CCII, che, peraltro, rinvia espressamente alla disposizione codicistica, rinsaldando così un'unitarietà di fondo delle disposizioni dedicate agli assetti, ancorché frammentate in distinti corpora normativi.

Nel comma 2 dell'art. 2086, il legislatore si è premurato di indicare espressamente all'imprenditore collettivo alcuni degli obiettivi (non i soli) cui deve tendere l'istituzione degli assetti, vale a dire la rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, consentendo di tararne la predisposizione in funzione della natura e delle dimensioni dell'impresa. Finalità in parte ribadite dal 2° comma dell'art. 3 CCII, che richiede all'imprenditore collettivo di istituire gli assetti al fine (che qui parrebbe esclusivo) di rilevare tempestivamente lo "stato di crisi" [inteso ai sensi della lett. a) dell'art. 2 CCII] e di assumere "idonee iniziative", sottintendendo che queste siano volte al suo superamento.

A questi obiettivi di portata generale si affiancano, al 3° comma dell'art. 3 CCII, alcuni sub-obiettivi che dei primi parrebbero costituire una mera declinazione: senonché il legislatore ne ha arretrato l'applicazione, atteso che – come dispone l'incipit della norma – il fine è

quello di prevedere con tempestività la (futura) emersione della crisi e non tanto quello di rilevarne la sua sussistenza, spostando il focus da uno stato di crisi in atto ad uno meramente in potenza. Si tratta, segnatamente, di predisporre assetti che consentano di i) rilevare gli squilibri patrimoniali ed economico-finanziari (da individuare caso per caso, in funzione delle peculiari caratteristiche dell'impresa e del suo business), ii) di verificare la sostenibilità dell'indebitamento e la sussistenza del presupposto della continuità aziendale per i successivi dodici mesi, iii) di riscontrare la presenza dei segnali previsti dal successivo 4° comma, costituiti, in definitiva, da inadempimenti del debitore (rilevanti ove superino una predeterminata soglia quantitativa e temporale), nonché iv) di poter effettuare il test pratico ed utilizzare la lista di controllo particolareggiata previsti dal 2° comma dell'art. 13 CCII.

L'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve tener conto della natura e alle dimensioni dell'impresa; si differenzia, quindi, in base all'attività imprenditoriale svolta, al suo rischio sistemico e specifico, e sarà, di conseguenza, più complessa e articolata quanto maggiori risultano essere le dimensioni dell'impresa. La società deve dotarsi di un organigramma, di un insieme di procedure e protocolli interni idonei a garantire una funzionalità ed efficienza operativa appropriata sotto il profilo amministrativo; al contempo, è necessario

attivare un assetto contabile adeguato a un'ordinata e precisa rilevazione dei fatti di gestione aziendale, in modo che le registrazioni contenute nei libri contabili siano facilmente consultabili e verificabili.

Tutto ciò non è solo funzionale al raggiungimento e alla conservazione dell'efficienza e della correttezza della gestione dell'impresa ma anche al fine di far emergere tempestivamente eventuali segnali di crisi dell'impresa e di perdita della continuità aziendale. Non appena si rilevino tali segnali di crisi, o di perdita della continuità aziendale, scatta l'obbligo di adottare senza indugio gli strumenti più opportuni per superare tale situazione di crisi aziendale.

Rispetto al passato, il management è, quindi, ora tenuto ad attivarsi tempestivamente per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale, altrimenti ne diviene responsabile, atteso che esso risponde verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, tra cui indubbiamente rientra l'obbligo di attivarsi con mezzi o strumenti idonei per risolvere lo stato di dissesto finanziario. Attraverso tali misure urgenti si potranno così evitare conseguenze peggiori per i creditori sociali e un aggravamento generale della posizione debitoria.

Quando un'azienda è in crisi manda dei segnali sia al management, sia agli shareholders e agli

stakeholders, in quanto entra in uno stato di potenziale dissesto finanziario, cioè di probabilità d'insolvenza, che, se non fronteggiato tempestivamente o con strumenti adeguati, sfocia in una crisi irreversibile, con la possibile messa in liquidazione giudiziale.

Parte della dottrina ha sostenuto che il dovere di istituire gli adeguati assetti vi era già prima con l'art. 2381 c.c.; è un dovere che riguarda gli organi sociali della s.p.a. e, con l'entrata in vigore del CCII, riguarda pure tutte le altre tipologie societarie (anche l'impresa individuale se si evita di dare troppa importanza alla diversa descrizione ex art. 3 del CCII, che prescrive il dovere dell'imprenditore individuale, anziché di adottare adeguati assetti, di adottare "misure idonee" a rilevare tempestivamente la crisi).

È interessante, tuttavia, evidenziare come un filone dottrinale ritenga di valorizzare tale novità normativa prendendo atto, anzitutto, che è stata data finalmente attuazione al dettato costituzionale di cui all'art. 41 Cost., che garantisce la libertà della "iniziativa economica privata" ma a due condizioni: (i) che non si svolga "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà (evidentemente, degli altri) e alla dignità umana" e

(ii) che "possa essere indirizzata e coordinata (dalla legge appunto) a fini sociali e ambientali"⁶.

1.2 L'evoluzione normativa negli assetti d'impresa

Il riferimento normativo agli assetti dell'impresa era tutt'altro che raro nell'ordinamento prima del 2019, come può essere notato dal breve excursus normativo che si è ritenuto ripercorrere.

a) Il testo unico bancario (d.lgs. n. 385 del 1993)

L'art. 53, comma 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale avente ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni.

b) Il testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998)

L'art. 149 t.u.f. per la prima volta impone ai sindaci un dovere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

⁶ D. Galletti, "L'organizzazione dell'impresa e il quomodo della produzione. L'impresa non è più black box?" in *Rivista di Diritto dell'Impresa*, , 2023

Esso attribuisce al collegio sindacale la vigilanza tra l'altro «*sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società*», «*del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione*» e «*sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate*».

c) La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231/2001)

Fonte del principio di adeguatezza è l'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, secondo cui la persona giuridica è esente da responsabilità per i reati commessi dagli esponenti aziendali se prova che «l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» e che è stato affidato ad un organismo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di tali modelli e di curare il loro aggiornamento.

d) Gli artt. 2381 e 2403 c.c.

La previsione sugli assetti organizzativi fu generalizzata per le s.p.a. con la riforma societaria del 2003, che introdusse gli artt. 2381 e 2403 c.c.

e) La normativa antiriciclaggio (d.lgs. n. 231 del 2007; d.lgs. n. 90 del 2017)

Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, decreto sulla lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, di attuazione della direttiva 2005/60/CE, ed integralmente riscritto dal 25 maggio 2017, n. 90, conferma a carico dei soggetti obbligati (art. 3: professionisti, commercianti di opere d'arte, mediatori, intermediari bancari e finanziari, altri operatori finanziari e non finanziari, servizi di gioco, ecc.) l'obbligo di adottare assetti organizzativi e procedurali adeguati a mitigare e gestire i rischi, ivi inclusa la creazione di apposita funzione antiriciclaggio ove la natura e la dimensione dell'impresa lo esiga (art. 16).

f) Prevenzione degli infortuni sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008)

L'art. 30 richiama l'adozione del modello di organizzazione e di gestione, idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

g) Il rischio fiscale (d.lgs. n. 128 del 2015)

Il d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 ha istituito il regime di adempimento collaborativo (c.d. cooperative *compliance*) del contribuente con l'amministrazione finanziaria, instaurando un "dialogo", ma a condizione che

si doti «di un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno» (art. 4).

h) Le società pubbliche (d.lgs. n. 175 del 2016)

Nelle società pubbliche, l'art. 6, comma 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sancisce che le «società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione» prevista;

1.3 Definizione di assetti

È opportuno evidenziare sin da subito che risultano assenti nelle fonti primarie indicazioni da cui possa evincersi cosa siano gli assetti e quale sia il loro contenuto.

Invece, le fonti secondarie, quali in particolare le Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate ed il Codice di *corporate governance* relativo alle società quotate forniscono interessanti spunti di riflessione.

1.3.1 La definizione di adeguati assetti organizzativi

Con particolare riferimento alle società non quotate, le definizioni rinvenibili nelle Norme 3.5, 3.6 e 3.7 di cui alle norme di comportamento appena citate definiscono l'assetto organizzativo:

- (i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità,
- (ii) il complesso procedurale di controllo,
- (iii) flussi informativi attendibili ed efficaci tra organi e funzionali aziendali.

1.3.2 La definizione di adeguati assetti amministrativi e contabili

Per quanto attiene al sistema amministrativo-contabile, le Norme di comportamento ne forniscono una definizione in termini di insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa. Come è previsto dall'art. 2086, comma 2, c.c., pur essendo parte del complessivo assetto organizzativo della società, l'assetto amministrativo e l'assetto contabile restano tra di loro distinti. Il

primo è riferibile a una dimensione dinamico–funzionale dell’organizzazione, intendendosi per tale l’insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi. Il secondo – l’assetto contabile – rappresenta una parte degli assetti amministrativi istituiti per una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione, sia ai fini di programmazione, sia ai fini di consuntivazione per la gestione e la comunicazione all’esterno dell’impresa. Con riferimento al sistema amministrativo-contabile, le *best practice* specificano come si tratta di garantire strumenti e procedure idonee a consentire una corretta, completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione. In questa prospettiva, i sistemi contabili dovrebbero essere in grado di elaborare budget e previsioni che tengano conto della prospettiva economico-finanziaria dell’attività dell’impresa.

Nella prospettiva della società quotata, il sistema di controllo interno viene definito nell’art. 6 del principio XVIII del Codice di corporate governance (pubblicato nel mese di gennaio 2020) come l’insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate a una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società. In merito si ricorda che l’art. 149, comma 1 lett. c) del TUF dispone che: *“Il collegio sindacale vigila: [...] sull’adeguatezza*

della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione”.

Capitolo II

2. Adeguati assetti e tipo societari

A cura di: Dott. Paolo Amatore

2.1 Premessa

Il concetto che l'impresa debba sviluppare un assetto amministrativo adeguato rispetto alla natura dell'attività esercitata e alle proprie dimensioni era già stato introdotto nell'ambito della riforma organica del diritto delle società varata nel 2003, anche se con esplicito riferimento unicamente alle società di tipo azionario (art 2381 c.3 e c.5 c.c. e art.2403 c.1 c.c.).

In quel quadro normativo, tale novità apporta in linea generale un'utilità assai rilevante in tema di riparto delle competenze tra organo amministrativo e gli altri organi societari in materia di gestione dell'impresa, soprattutto perché si attribuisce un riconoscimento specifico all'adeguatezza degli assetti amministrativi e si individua la figura responsabile alla valutazione.

La norma, tuttavia, facendo esclusivo riferimento alle società azionarie assume una portata generale nella ripartizione di competenze in tema di gestione, sia nella società di persone che nella società a responsabilità limitata, le quali prima del 2019, mutuavano solamente per prassi, la disciplina emanata in riferimento alle società per azioni.

L'emanazione del Codice della crisi e dell'insolvenza, al fine di colmare tale vuoto legislativo, ha recepito quanto già disciplinato in merito alle società per azioni nel 2003 ed ha esteso, attraverso la nuova redazione dell'art 2086 c.c., a tutte le imprese in forma associata o collettiva l'obbligo di istituire "adeguati assetti".

Il Dlgs. n.14 del 12.01.2019 e il Dlgs n.147 del 26.10.2020, sono intervenuti sia attraverso una rivisitazione di alcuni articoli del Codice civile già esistenti, sia attraverso l'introduzione di alcuni articoli ex novo, ognuno dei quali strettamente connesso all'art. 2086 c.c., dove con esplicito rinvio all'articolo appena citato, si va a colmare, per ogni tipologia societaria, il vuoto legislativo, in termini di adeguati assetti, lasciato dalla riforma del 2003.

L'art 2086 c.c., fino a quel momento concernente la sola sezione "direzione e gerarchia dell'impresa", esauriva il suo contenuto con la semplice dicitura "l'imprenditore è il capo dell'impresa"; mentre nell'attuale versione, arricchita dall'introduzione di un secondo comma, si evince in maniera evidente il valore e la rilevanza che si è inteso assegnare al dovere di adeguatezza amministrativa.

In ogni forma societaria l'amministratore ha ormai l'esplicito incarico di istituire assetti adeguati rinviando ogni incertezza sulla consistenza giuridica della norma, ma senza attribuire a questi alcuna competenza esclusiva sulla gestione.

Come si è rilevato in dottrina, ciò “evidenzia la necessità di distinguere concettualmente la nozione di organizzazione dell’impresa, che essenzialmente attiene, alla sua nervatura interna, alla definizione dei ruoli ed al modo in cui si rapportano ed informano reciprocamente coloro che vi operano, nonché alle modalità con le quali le relative attività vengono registrate e contabilizzate, dalla vera e propria gestione, che invece si riferisce alle attività attraverso cui l’impresa opera sul mercato per realizzare le proprie finalità, quali enunciate nell’oggetto sociale”.⁷

L’altro obbligo espresso dal comma 2 dell’art. 2086 c.c. fa esplicito riferimento alla tempestiva reazione da parte dell’amministratore, al manifestarsi dei primi sintomi inerenti ad un possibile stato di crisi.

Viene espressamente riconosciuto in capo all’effettivo titolare del potere gestorio un dovere di comportamento che non fa riferimento all’organo amministrativo nel suo complesso, ma trova il suo fondamento in quelle figure facenti parte dell’organo amministrativo, investite da esplicita delega sulla materia in questione.

Tali figure non devono limitarsi solo a constatare uno stato patologico ma, senza indugio, devono riferire all’organo amministrativo riguardo

⁷ Sulla pur tuttavia non sempre del tutto agevole distinzione tra competenze gestorie e competenze organizzative dell’impresa societaria si vedano le considerazioni di R. Santagata, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in Riv. soc., 2020, 1460 ss.

a quanto compiuto e informare allo stesso tempo l'organo collegiale, il quale ex art. 2381c.c. è tenuto ad agire informato.

2.2 Le società di capitali

2.2.1 Società per azioni

In ambito di società di tipo azionario, il Decreto Legislativo n. 6 del 2003, aveva disciplinato esclusivamente per quest'unico tipo societario il tema degli adeguati assetti ed in particolare aveva cercato una maggiore conciliazione tra i vari organi della SPA nell'ambito di ripartizione di competenze in merito alla gestione, spostando alcune competenze dall'assemblea verso l'organo amministrativo.

L'aspetto rilevante delle modifiche apportate dall' art 377 comma 2 Decreto Legislativo 12/01/2019 n. 14 e l'art. 40 comma 2 Decreto Legislativo del 26/10/2020 n.147, agli art. 2380 bis e 2409 novies c.c. è la sostanziale criticità riguardo all'adattabilità del dispositivo autorizzatorio previsto dall'art. 2364 n.5 c.c., nel senso che la modifica dello statuto sembrerebbe l'unica strada percorribile per coinvolgere i soci riguardo alla materia degli assetti societari.

Invero, lo statuto può contenere delle regole inerenti all'assetto amministrativo necessariamente conciliabili con il presupposto di adeguatezza, tanto che si potrebbe negare l'outsourcing degli assetti o addirittura l'individuazione di alcuni profili aziendali dedicati.

“Più delicato, tuttavia, è il punto relativo alla possibile applicazione del meccanismo autorizzatorio, atteso che tale strumento presuppone il potere di iniziativa degli amministratori, e che la mancata autorizzazione di talune misure organizzative da questi proposte all’assemblea non potrebbe certo far venir meno il dovere di istituire curare e valutare assetti adeguati.”⁸

La nuova stesura dell’art 2380 bis c.c. sembra però vietare la presenza nello statuto di clausole che riconoscono ad un’esplicita competenza deliberativa dell’assemblea o anche solo la mera facoltà della stessa di pretendere dagli amministratori l’utilizzo di particolari modelli.

“A costituire un potenziale ostacolo non è pertanto il principio di competenza esclusiva che è certamente compatibile con un misurato utilizzo dello strumento autorizzatorio ma proprio la particolarità della materia che impone comunque un dovere specifico in capo all’organo amministrativo.”⁹

Criticità analoghe, sempre in tema di riparto delle competenze, possono svilupparsi nelle società di tipo azionario all’interno dell’organo

⁸ Esprimono forti dubbi GINEVRA-PRESCIANI, “Il dovere di istituire assetti adeguati ex. Art 2086 c.c. “, 1229 ss. I quali evidenziano il rischio di una paralisi operativa in caso di mancata autorizzazione delle proposte degli amministratori.

⁹ Diversamente orientato SANTAGATA, (nt.5) 1479, il quale ritiene che nelle SRL il principio di competenza esclusiva precluda il ricorso al meccanismo autorizzatorio (in particolare con riferimento a diritti speciali del singolo socio).

amministrativo ed in particolare nel caso di attribuzione della delega delle funzioni.

In particolare, la questione sta nel fatto se la cura degli assetti amministrativi spetti esclusivamente all'organo collegiale amministrativo oppure all'amministratore delegato.

L'art 2381 c.3 c.c. afferma che il potere di istruzione, avocazione e sostituzione sono esercitati dal collegio in relazione a qualsiasi decisione attinente alla materia degli assetti, senza limiti di sorta ¹⁰.

Una delega gestionale assoluta comporterebbe in capo al collegio oltre a competenze valutative anche competenze deliberative soprattutto riguardo all'approvazione di regolamenti interni, alla definizione di linee di indirizzo ed anche all'individuazione delle figure aziendali adette allo svolgimento di particolari mansioni e compiti, innalzando in tal modo l'organo collegiale a posizione predominante gerarchicamente, limitando a tutti gli effetti l'amministratore delegato dei suoi poteri di intervento diretto sul funzionamento degli assetti.

¹⁰ ABBADESSA, (nt.60),493 ss., KUTUFA, Adeguatezza degli assetti a responsabilità gestori, in amministrazione e controllo del diritto delle società, Liber amicorum A. Piras, Torino, Giappichelli 2010, 713. In senso restrittivo IRRERA, Assetti Organizzativi adeguati , nt.64,261, partendo dal presupposto che il complessivo assetto dell'art. 2381 prevedeva una conformazione inderogabile a due livelli. Tuttavia, il modello dell'art.2381 c.c. non sembra poter prescindere dalla piena fruibilità dei meccanismi di raccordo (istruzione e avocazione) previsti dalla norma, senza i quali non resterebbe altra soluzione in caso di contrasto, se non quella della revoca.

In caso di delega parziale, occorrerà necessariamente specificare con chiarezza la ripartizione delle competenze tra l'organo collegiale e l'amministratore delegato, il quale, oltre a occuparsi di quanto esplicitamente indicato nella delega, dovrà obbligatoriamente avere sempre controllo sugli assetti.

La delega parziale può essere frazionata a più amministratori, ognuno dei quali dovrà provvedere all'interesse ed all'adeguatezza dell'assetto ad esso attribuito, dovendo garantire attraverso un efficiente coordinamento, un complessivo equilibrio 'dell'assetto amministrativo dell'intera società.

2.2.2 Società a responsabilità limitata

Le società a responsabilità limitata, con la già menzionata riforma del diritto societario del 2003, assumevano una governance diversa da quella delle società per azioni, le quali erano supportate da una normativa più ampia in ambito di adeguati assetti, che rendeva più netto il riparto di competenze gestorie tra amministratori e soci.

Le modifiche introdotte dall'art. 377 comma 2 Decreto Legislativo 12/01/2019 n. 14 intervengono con il chiaro intento di riallineare, dal punto di vista della istituzione degli assetti, la governance delle S.r.l. verso quella delle società di tipo azionario, attraverso una distribuzione ben definita delle competenze tra organo sociale e amministra-

tivo, colmando attraverso quanto espresso nell' art. 2475 c.c. l'eccessiva elasticità che la riforma organica del 2003 aveva attribuito alle società a responsabilità limitata.

“Così intesa, la nuova disciplina si traduce sul piano sistematico in un fattore di crescita del modello della S.r.l con riguardo al potere gestorio, diluito nella disciplina del 2003 nella “anarchia” della concorrenza deliberativa di amministratori e soci “. ¹¹

La rivisitazione dell'art 2086 c.c. dal quale emerge la già citata intenzione del legislatore di attribuire una competenza esclusiva agli amministratori in tema di adeguati assetti, corrisponde ad una detrazione di competenze all'assemblea dei soci, ormai sempre meno organo sociale sovrano.

“In questo contesto la regola di esclusività degli assetti si pone come deroga al sistema legale di ripartizione delle competenze tra soci e amministratori, al contrario di quanto vale nelle SPA, in cui rappresenta conferma del principio generale di cui all'art.2380 bis. Ci si può chiedere pertanto, se il contesto tipologico delle SRL, pur in presenza di un tenore letterale identico, consenta di pervenire a soluzioni che consentano un maggiore spazio d' intervento ai soci ¹².

¹¹ A ridosso della riforma del 2003, v. già P. Benazzo, “Competenze di soci e amministratori nelle srl, dall'assemblea fantasma all'anarchia”, in *Le Società*, 2004, 808 ss.

¹² IBBA nt.2, 250 ss. “Codice della crisi e codice civile” in rivista ODC, 2019.

Il timore potrebbe essere quello, che l'assegnazione ai soci di un maggiore spazio di intervento nella materia degli assetti possa in qualche modo invalidare quanto espresso dal legislatore.

“In effetti a livello generale le SRL si caratterizzano, diversamente dalle SPA, per la possibilità che le delibere dei soci presentino carattere decisivo e vincolante, anziché autorizzatorio, fermo restando il potere di resistenza degli amministratori rispetto a decisioni che possono esporre a conseguenze risarcitorie”¹³.

Anche nelle SRL valgono in materia di assetti le regole operative che il nuovo disposto normativo ha tentato di erigere nelle SPA e sulla base delle quali si incardina quanto espresso dall'art 2364 n.5. c.c.

Di seguito vediamo come nelle società a responsabilità limitata la gestione dell'impresa di fatto condivisa tra amministratori e soci, abbia assorbito le novità dell'art. 377 sulla delega delle funzioni e sui modelli personalistici di amministrazione.

Il terzo comma dell'art 2475 c.c. consente l'introduzione per via statutaria del criterio di amministrazione disgiuntiva e quindi l'attribuzione ai soci del potere di decidere sul veto ex art. 2257 comma 2 c.c. così come le competenze esclusive degli amministratori sono limitate dal comma 5 dell'art 2475 c.c. ed in particolare la redazione del progetto

¹³ MOZZARELLI Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della srl in Riv. Soc. 2008, 409 ss.

di bilancio e dei progetti di fusione e di scissione, oltre che all'aumento di capitale sociale delegato ex. art. 2481 bis c.c.

Il sistema disgiuntivo si ritiene compatibile con il principio di competenza esclusiva degli amministratori riguardo agli assetti, escludendo quindi la materia in questione dall'elenco di competenze esclusive proposta dall'articolo sopra citato; ciò anche perché, diversamente, il funzionamento del sistema gestionale risulterebbe assai macchinoso anche solo considerando che un amministratore con pieni poteri disgiuntivi dovrebbe sempre deliberare in forma collegiale per ogni decisione che riguardi la struttura degli assetti societari.

2.3 Società di persone

Il Codice della crisi è intervenuto anche nell'ambito delle società di persone, le quali nel 2003 non erano state intaccate dalla riforma organica conservando la disposizione organizzativa conferita originariamente.

L'art. 2257 c.c. è stato riscritto con l'esplicito riferimento a quanto sancito dall'art. 2086 c.c. in relazione all'istituzione di adeguati assetti, attribuendo unicamente agli amministratori l'esclusiva pertinenza di istituzione, ma soprattutto liberando questi da una competenza esclusiva sull'intera gestione, la quale, si estrinseca in forma disgiunta con competenze attribuite ai soci, e, in forma congiunta con delibera all'unanimità o maggioranza.

L'introduzione del concetto di adeguati assetti risulta sufficientemente compatibile con la forma congiunta di amministrazione, sia per la possibilità del voto a maggioranza, sia per il ricorso ad un organo gestorio, legittimato dalla possibilità di delega prevista dall'art. 2381 c.c..

In caso di amministrazione disgiunta la tematica inerente 'all'istituzione di assetti adeguati può risultare poco compatibile in quanto il singolo amministratore ha la facoltà, senza il consenso degli altri amministratori, di compiere atti di gestione; addirittura, ex art 2381 c.c. limitatamente alla società per azioni ma certamente estendibile alla Srl, anche senza preventiva informazione.

*“Nell'ambito dei commenti dedicati ai modelli di amministrazione disgiunta applicato alla srl si è però rilevato come il dovere di diligenza imposto agli amministratori comporti in ogni caso l'obbligo degli stessi di comunicare agli altri le operazioni più rilevanti che si intendono porre in essere”.*¹⁴

La perplessità di assimilare, per le società di persone, alcune norme inerenti la gestione appartenenti alla disciplina specifica delle società

¹⁴ V.CIANI in srl Commercio a cura di Dolmetta-Presti, Milano, 2011, 505 ss.

Con riferimento alle società di persone si vedano ora i rilievi critici alla crisi alla tesi che nega l'esistenza di un obbligo dell'amministratore di informare gli altri amministratori dell'operazione che voglia compiere da parte di BOCHINI, Diritto Commerciale nella società dell'informazione, Il Padova, 2013, 82 ss.

a responsabilità limitata, si palesa soprattutto nel divieto di adozione del modello disgiunto di amministrazione, esclusivamente per alcune tematiche (decisione di approvazione dei progetti di bilancio, di fusione, scissione) espresso dall'ultimo comma dell'art.2475 c.c.; sebbene, nella pratica, si ritenga difficilmente praticabile che una delle attività sopra citate possa essere compiuta da un singolo amministratore, visto il rilevante valore strategico delle relative operazioni (non di meno, senza la partecipazione degli altri amministratori).

Ai fini dell'istituzione di adeguati assetti si tiene, *“senza snaturare le caratteristiche essenziali del modello di amministrazione disgiuntiva, posto che l'amministratore non è tenuto a ricercare il consenso degli altri amministratori (come invece, avviene, nel ben diverso schema dell'amministrazione congiuntiva), che la predisposizione di assetti minimamente adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa implichi necessariamente l'esistenza di almeno essenziali forme di coordinamento tra gli amministratori”*.¹⁵

¹⁵ CAPELLI ,Op.cit.142

Capitolo III

3. Utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito della predisposizione di adeguati assetti organizzativi

A cura di: Dott.ssa Eleonora Guerrini

L'intelligenza artificiale, definita come "l'abilità di una macchina di mostrare capacità umane quali il ragionamento, l'apprendimento, la pianificazione e la creatività"¹⁶, potrebbe essere uno strumento di importante ausilio all'imprenditore in ordine alla *gestio* aziendale, in grado di fornire *output* di dati, elaborati a partire da *set* di informazioni reperite dal contesto aziendale specifico e rese disponibili in modo tale da essere più facilmente interpretabili e fruibili ed in grado, quindi, di coadiuvare l'imprenditore a compiere scelte d'impresa.

Le possibilità di utilizzo sono molteplici, a partire dalle soluzioni di uso comune già ampiamente diffuse, quali software per la tenuta della contabilità aziendale, della creazione di piani finanziari ed industriali,

¹⁶ <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20200827STO85804/che-cos-e-l-intelligenza-artificiale-e-come-viene-usata>

in grado di sostenere l'operatività d'impresa e migliorarne le *performances*, fino a soluzioni più complesse, utilizzate in contesti societari digitalmente più avanzati, in cui si adoperano forme di IA con capacità di apprendimento automatico (c.d. *machine learning*) nonché forme di contrattualizzazione basate sulla tecnologia degli *smart contract*. Sono numerosi i contributi in dottrina in cui si evidenziano i vantaggi dell'impiego dell'IA nelle società ed in particolare nell'attività dell'organo gestorio, soprattutto riguardo la *compliance* e l'analisi dei dati, tanto che si è parlato di IA che possono operare:

- i) nell'ambito dell'*informazione*: le IA coadiuvano l'imprenditore, fornendogli le opportune informazioni per compiere scelte d'impresa;
- ii) nell'ambito della *cooperazione*: le IA partecipano attivamente alla formazione di una scelta di impresa ¹⁷;
- iii) nell'ambito delle *transazioni*: le IA hanno specifiche deleghe a realizzare transazioni ¹⁸

¹⁷ Vedi anche fenomeno del c.d. *algorithmic management*

¹⁸ F. PACILEO, "Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale, RDS 3/2022, p. 543 e ss.

sino a prefigurare scenari (alcuni futuristici, ma altri *futuribili*) in cui l'IA possa ricoprire il ruolo di un membro del C.d.A. di una società o addirittura sostituisca l'intero organo.

In questo contesto si inserisce l'ipotesi di utilizzare l'intelligenza artificiale per consentire all'imprenditore *"[...] che operi in forma societaria o collettiva, [...] di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"* come previsto dall'art. 375 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII).

Tra gli elementi che consentono di dimostrare che l'imprenditore si è dotato di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, la prassi prevede di predisporre:

- flussi informativi in linea verticale ed orizzontale;
- supporti di pianificazione, programmazione e controllo manageriale;
- sistema di *reporting* manageriale (alta e media direzione);
- meccanismi di coordinamento;
- sistemi retributivi e sistemi incentivanti;
- processi formativi;

- checking report, valutazioni di conformità, meccanismi sanzionatori, ecc.

Per l'attuazione di molti dei precedenti presidi è possibile utilizzare proficuamente una vasta gamma di strumenti informatici: le apparecchiature a disposizione dell'imprenditore, in grado di valutare l'andamento economico finanziario dell'azienda e consentirgli di rilevare *ex ante* la condizione di difficoltà finanziaria e/o di imminente insolvenza, possono essere molteplici e con gradi crescenti di personalizzazione; tra gli altri, si possono annoverare le ANN (*artificial neural networks*), forme di *machine learning*, auto-apprendenti, in grado di fornire accurate previsioni circa un determinato evento, basandosi sull'acquisizione di *set* stratificati di informazioni ¹⁹.

Le ANN, infatti, sono composte da serie di neuroni artificiali che contengono un livello di *input*, uno o più livelli nascosti e un livello di *output*. Ciascun "nodo-neurone", che è identificabile come un modello a sé stante di regressione lineare, si connette "orizzontalmente" ad un altro e ha un peso e una soglia associati. I dati si trasferiscono da un neurone all'altro al verificarsi di determinati standard, impostati nel modello, che consentono un funzionamento di tipo *feedforward*. La capacità di tali algoritmi di auto-migliorarsi, in seguito all'inserimento

¹⁹ <https://www.ibm.com/it-it/topics/neural-networks>

dei dati di addestramento del modello, rende lo strumento particolarmente interessante nell'ottica di rilevazione tempestiva, se non addirittura preventiva, degli indicatori di crisi ²⁰, che ben si prestano ad essere rilevati tramite sistemi automatizzati.

Tuttavia, è doveroso sottolineare che tra i limiti dell'utilizzo su larga scala di questo tipo di strumenti, ci sono:

- 1) la necessaria competenza tecnica, richiesta all'imprenditore o ad un suo delegato, per poter "addestrare" in modo corretto l'algoritmo, nonché per saper interpretare correttamente l'output fornito, oltre che saper identificare eventuali *bug* o malfunzionamenti nel processo;

²⁰ Ai sensi dell'art. 3 c. 4 del CCII, costituiscono indicatori di crisi:

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1 (esposizioni debitorie previste nei confronti di Agenzia delle Entrate, Inps, Inail oppure Agente della Riscossione).

- 2) la necessità di avere a disposizione considerevoli quantitativi di dati da “dare in pasto” al calcolatore, al fine di ottenere una previsione il più possibile accurata.

In effetti, entrambi questi punti possono essere identificati come i principali limiti dell'utilizzo, in senso lato, dell'IA come ausilio nel processo di formazione delle decisioni di impresa per tutti gli attori economici.

Infatti, la circostanza di dover avere a disposizione grandi quantitativi di dati, rende alcune forme di IA maggiormente fruibili da imprese di medio-grandi dimensioni, che possono sviluppare *in house* i propri programmi e che sono sia funzionalmente che tecnicamente più strutturate per poter gestire l'intero processo di addestramento del software, grazie alla presenza di organi e funzioni societarie (tra cui quella IT) che possono partecipare attivamente e fornire il proprio supporto, oltre che le informazioni necessarie a caricare il modello.

Tuttavia, anche nelle aziende di minori dimensioni, è divenuto urgente e necessario dotarsi di una minima e basilare struttura tecnico-infor-

matica per rilevare tempestivamente lo stato di crisi, elaborando le informazioni di cui all'art. 3 commi 3 e 4 CCII, e per assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte ²¹.

Tali realtà possono affidarsi a soluzioni “*prêt à porter*” acquistabili da sviluppatori esterni le quali, sopportando un intrinseco quanto necessario grado di approssimazione, dato dalla minore disponibilità di risorse ed informazioni da parte delle piccole imprese, oltre che dal fatto che lo strumento non può essere *tailor made*, come nel caso delle imprese maggiori, forniscono comunque soluzioni utili ad indirizzare le decisioni dell'imprenditore. L'organo gestorio deve, anche in questo caso, possedere le opportune conoscenze tecniche in modo da saper gestire il processo di adattamento di tali programmi alla propria realtà aziendale e rilevare tempestivamente difetti o problematiche nel funzionamento degli strumenti informatici per poterne soppesare la

²¹ Cfr. S. Mansoldo, ADEGUATEZZA DELLE MISURE E DEGLI ASSETTI (IN FUNZIONE DELLA PREVENZIONE E DELLA TEMPESTIVA RILEVAZIONE DELLA CRISI) AL TEMPO DELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE, Il diritto fallimentare e delle società commerciali 3-4/2023

bontà delle informazioni da essi fornite e, contestualmente, saper stabilire i reciproci limiti di responsabilità, tra utilizzatore e produttore, al verificarsi dei suddetti malfunzionamenti ²².

Resta inteso infatti che, anche ai fini di un ipotetico giudizio circa la responsabilità dell'organo gestorio, nel caso in cui si dovesse pervenire a situazioni di crisi aziendale, non tempestivamente rilevate dagli assetti organizzativi architettati dall'imprenditore, non risulta sufficiente il mero aver fatto ricorso all'ausilio di strumenti di IA per dimostrare che gli assetti fossero adeguati, se le raccomandazioni fornite dai dispositivi informatici sono state assunte acriticamente dall'imprenditore. In dottrina è divenuto ricorrente il tema delle adeguate conoscenze informatiche e di *data science* di cui l'imprenditore è opportuno che sia dotato per gestire e interpretare gli strumenti tecnologici ed è strettamente connesso ai profili di responsabilità, anche civile, che si configurano in capo ad amministratori che non hanno correttamente gestito gli strumenti informatici. Il dovere degli amministratori attiene alla valutazione critica delle indicazioni delle IA in rapporto alle loro caratteristiche, alle loro regole di addestramento e agli *input* utilizzati e comporta a monte la necessità di predisporre assetti adeguati alla

²² F. PACILEO, "Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale, RDS 3/2022, p. 543 e ss.

selezione e alla gestione delle tecnologie impiegate e dei dati sui quali esse lavorano, al monitoraggio del loro funzionamento.

In tal senso, è utile considerare il parametro di attenzione che dovrebbe adottare l'operatore nel controllo sul rischio legato all'impiego dei sistemi di IA, dettato nel regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale, approvato lo scorso 14 giugno. In particolare, l'*obbligo di diligenza* è connesso:

1. alla selezione di un sistema di IA idoneo al compito e alle competenze;
2. alla opportuna messa in funzione del sistema di IA;
3. al monitoraggio delle attività e al mantenimento dell'affidabilità operativa mediante la periodica installazione di tutti gli aggiornamenti disponibili;
4. all'aver notificato al costruttore le possibili irregolarità riscontrate nel corso del funzionamento;
5. all'aver installato tutti gli aggiornamenti disponibili forniti dal produttore del sistema di IA in ordine al *mantenimento dell'affidabilità*²³;

²³ F. PACILEO, "Scelte d'impresa" e doveri degli amministratori nell'impiego dell'intelligenza artificiale, RDS 3/2022, p. 543 e ss.

Il rispetto di questi parametri di *compliance* alle prescrizioni normative ha implicazioni anche in merito alla *Business Judgment Rule*, di cui si tratterà nel successivo capitolo 5, permettendo di dimostrare che decisioni imprenditoriali logicamente connesse a procedure informative e istruttorie, fondate anche su sistemi di IA, possono ritenersi idonee a ricadere nell'alveo dell'istituto.

Diventa quindi di primaria importanza che l'organo amministrativo sia istruito e competente, al fine di poter non solamente interpretare l'output dello strumento di intelligenza artificiale utilizzato per coadiuvare le proprie decisioni, ma sia anche in grado di capirne il funzionamento per individuare possibili distorsioni e bug che possano poi fuorviarlo nelle decisioni da prendere e nei provvedimenti da adottare.

L'impiego dell'IA, a determinate condizioni, può rientrare fra le precauzioni che gli amministratori adottano *ex ante* per dimostrare di essersi dotati degli adeguati assetti organizzativi, ma occorre anche domandarsi cosa accadrebbe nel caso opposto, in cui gli amministratori dovessero mancare di prendere in considerazione sistemi di IA che si sarebbero potuti rivelare determinanti per non assumere una decisione imprenditoriale rivelatasi a posteriori, errata.

Se da un lato oggi non viene meno la *Business Judgment Rule*, né si possono ritenere inadeguati gli assetti societari per il solo fatto che gli amministratori non abbiano preso in considerazione sistemi di IA nei procedimenti informativi adottati da una società, dall'altro occorre

prestare attenzione all'evoluzione normativa che si sta configurando attorno all'argomento e che, data l'esponenziale crescita nell'utilizzo di strumenti di IA nei campi più comuni e disparati, potrebbe approdare a ritenere imprescindibile, per un corretto processo di formazione delle decisioni di impresa, l'ausilio fornito dai dispositivi digitali. In questo contesto, non può escludersi che il mancato utilizzo di tale tecnologia possa essere valutato quale prova per dimostrare il mancato rispetto, da parte degli amministratori, dei canoni di adeguatezza organizzativa e di corretta gestione imprenditoriale, specie riguardo al "dovere di agire informato".

Capitolo IV

4. Gli adeguati assetti nel Codice della crisi

A cura di: Dott.ssa Laura Di Renzone

4.1 Premesse

Il Codice della Crisi fonda il contrasto della crisi d'impresa su tre elementi fondamentali:

1. la tempestività dell'intervento: un intervento tempestivo aumenta la probabilità che il risanamento aziendale sia efficace;
2. l'ottica *forward looking*: le valutazioni sullo stato di salute dell'azienda devono avere carattere prospettico per intercettare l'emergere della crisi;
3. la ciclicità della crisi: la crisi rappresenta un elemento fisiologico nella vita di un'impresa in cui emergono difficoltà economiche e finanziarie da superare e contrastare con idonei strumenti.

Il legislatore si pone l'obiettivo di intercettare lo stato di crisi prima che questo si concretizzi in insolvenza e successivamente assuma un connotato di irreversibilità.

Lo stesso art. 2 del CCII definisce la crisi come uno stato in cui è probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte delle obbligazioni nei successivi dodici

mesi. Quindi, l'implementazione di adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili (di seguito solo adeguati assetti) rappresenta uno strumento fondamentale di *early warning*.

La centralità dell'efficacia dei presidi organizzativi interni è confermata dal fatto che il legislatore ha dotato di immediata efficacia le norme che li favoriscono, posticipando l'entrata in vigore del completo Codice della Crisi. Infatti, sono da subito entrati in vigore gli artt. 375 e 378 del CCII, che hanno modificato rispettivamente l'art. 2086 c.c. con cui viene introdotto l'obbligo di dotarsi di adeguati assetti organizzativi e gli artt. 2476 e 2486 c.c. che descrivono e delineano la responsabilità degli amministratori per la mancata conservazione del patrimonio aziendale.

L'art. 2086 c. 2 c.c. e l'art. 3 CCII pongono a carico dell'imprenditore l'obbligo di vigilare proattivamente sullo "stato di salute" dell'impresa al fine di adottare soluzioni in grado di prevenire e/o sistemare le criticità che possano compromettere la continuità aziendale, dotandosi di adeguati assetti organizzativi.

La ratio dei due articoli non è quella di compromettere la *business judgment rule*: non è, infatti, possibile prescindere dal fatto che la scelta degli assetti organizzativi debba comunque essere libera ed ar-

bitraria, nonostante ai sensi del comma 2 dell'art. 2086 c.c. questi debbano avere caratteristiche e requisiti vincolati all'adeguatezza ed alla natura dell'impresa ed essere capaci di anticipare la crisi ²⁴

4.2 Imprenditore collettivo e imprenditore individuale: adeguati assetti e misure idonee

L'art. 3 CCII co. 1 regola la fattispecie dell'imprenditore individuale e prescrive che lo stesso debba dotarsi di *“misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte”*.

Parimenti all'art. 3 CCII co. 2 viene disciplinata la condotta che avrà il compito di tenere l'imprenditore collettivo: l'articolo prescrive che quest'ultimo abbia l'obbligo di istituire adeguati assetti rinviando a quanto disposto dall'art. 2086 c.c. *“ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative”*.

In considerazione del fatto che l'art. 14 della legge delega 155/2017 si riferisce indistintamente all'imprenditore ed agli organi sociali, è ragionevole ritenere che gli obblighi imposti dai commi 1 e 2 dell'art. 3 CCII

²⁴ Guiotto A. *La nuova allerta nella declinazione degli assetti organizzativi* in Il Fallimento 10/2022 pag. 1185 e ss.

siano i medesimi sia per l'imprenditore individuale che per quello collettivo. Inoltre, il concetto di adeguati assetti si riferisce all'organizzazione interna di un'impresa prescindendo dalla forma societaria scelta. L'unica effettiva differenza consiste nel divario temporale di detti obblighi organizzativi, che per l'imprenditore collettivo decorrono dal 16 marzo 2019 (con l'entrata in vigore dell'art. 375 CCII) e per l'imprenditore individuale decorrono dal 15 luglio 2022 (con l'entrata in vigore dell'art. 3 CCII).

4.3 Le funzioni che definiscono gli adeguati assetti

Il legislatore non fornisce una descrizione degli assetti da istituire. Pertanto, è possibile delinearne il contenuto indirettamente sulla base delle finalità che questi devono perseguire secondo il dettato normativo. Gli obiettivi da perseguire sono sostanzialmente due: l'emersione della crisi e l'assunzione di idonee iniziative per superarla.

Il primo obiettivo è raggiunto quando gli assetti consentono di rilevare squilibri patrimoniali o economico-finanziari e di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale per i successivi 12 mesi.

Il comma 4 dell'art. 3 individua degli specifici segnali funzionali alla rilevazione dello stato di crisi, che consistono in soglie di indebitamento

in specifici ambiti normalmente determinanti per la generalità delle imprese. Dette soglie riguardano debiti verso:

- dipendenti;
- fornitori;
- banche e intermediari finanziari;
- creditori pubblici qualificati (INPS, INAIL, AGENZIA ENTRATE RISCOSSIONE)

Gli adeguati assetti devono essere in grado di rilevare il superamento di dette soglie in ottica previsionale. Del resto, ritenere il contrario, ridurrebbe gli adeguati assetti a meri strumenti rilevatori di soglie di indebitamento, depotenziando la più ampia e generica clausola contenuta nell'art. 2086 c.c.

L'obiettivo di assumere idonee iniziative per superare la crisi è raggiunto quando gli assetti consentono di rilevare le informazioni per redigere la lista particolareggiata (*check-list*) e il *test* per verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento (lett. c) co. 3 art. 3 CCII). Pertanto, è possibile affermare che l'efficienza e l'eshaustività degli adeguati assetti è commisurata alla capacità di questi non solo di ricavare le informazioni per valutare se sia possibile il risanamento ma anche le

modalità/lo strumento con cui detto risanamento può essere raggiunto²⁵.

La suddetta lett. c) è stata introdotta in seguito all'incorporazione dell'istituto della composizione negoziata (che fino all'entrata in vigore del CCII era autonomamente disciplinata dal D.L. 118/2021) e trova origine dalle indicazioni operative contenute nel decreto dirigenziale del 28 settembre 2021.

Il nuovo strumento della composizione negoziata della crisi punta preliminarmente a preservare la continuità aziendale al fine di conservare l'impresa a vantaggio del debitore, dei creditori e degli altri stakeholders, quando le difficoltà attraversate dall'impresa siano ragionevolmente risanabili, secondo criteri che l'imprenditore può verificare autonomamente attraverso il *test* pratico e la *check list* che sono stati messi a disposizione dell'imprenditore sulla piattaforma telematica istituita dalla Camera di Commercio.

Il *test* pratico è volto a verificare se la composizione negoziata della crisi possa ragionevolmente costituire un valido strumento di analisi per lo stato di salute dell'impresa, anche attraverso l'individuazione dei flussi al servizio del debito.

²⁵ Binelli M., *Gli adeguati assetti e la responsabilità degli amministratori in caso di Liquidazione Giudiziale* in *Diritto della crisi* 23 Agosto 2022

La *check list*, che si sostanzia nelle indicazioni pratiche per la redazione del piano di risanamento contenute nel suddetto decreto dirigenziale, costituisce un riferimento fondamentale per la rilevazione della crisi e della successiva gestione della stessa.

Qualora il risanamento con l'utilizzo della composizione negoziata non abbia esito positivo (cfr. art. 23 CCII) il legislatore indirizza l'imprenditore verso lo strumento del concordato semplificato, disciplinato dagli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* CCII, che consiste in una particolare forma di liquidazione concordata dell'azienda e del patrimonio. La scelta del legislatore italiano trova fondamento in quanto chiarito dalla Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. Direttiva *Insolvency*) secondo cui *“le imprese non sane che non hanno prospettive di sopravvivenza dovrebbero essere liquidate il più presto possibile. Se un debitore che versa in difficoltà finanziarie non è sano o non può tornare a esserlo in tempi rapidi, gli sforzi di ristrutturazione potrebbero comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori e di altri portatori di interessi, come anche dell'economia nel suo complesso”* (Cons. 3)²⁶.

²⁶ Vella P. (2021). *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII in il Fallimento* 12/2021 pag. 1489

4.4 La responsabilità dell'amministratore in mancanza di adeguati assetti organizzativi

Considerato che l'amministratore ha il dovere di adottare adeguati assetti al fine di prevenire la crisi attuando tempestivamente gli strumenti codificati dal legislatore, è ragionevole ritenere che il completo inadempimento o l'inesatto adempimento costituiscono potenziali fonti di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Benché l'approccio del legislatore europeo e conseguentemente del CCII abbia carattere volontario e non coattivo, lasciando al solo debitore la possibilità di accedere allo strumento della composizione negoziata della crisi, la sua mancata attivazione non è destinata a rimanere priva di conseguenze.

Infatti, la direttiva *Insolvency* chiarisce (Cons. 71) che gli Stati Membri devono far sì che *“l'autorità giudiziaria o amministrativa, nel valutare se un dirigente debba esser ritenuto colpevole di violazioni del dovere di diligenza, tenga conto delle norme in materia di obblighi dei dirigenti”* di cui all'art. 19²⁷ della direttiva stessa.

²⁷ Art. 19 Direttiva *Insolvency* “Obblighi dei dirigenti qualora sussista una probabilità di insolvenza”: Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e c) la

L'intento del legislatore è pertanto quello di stimolare il debitore ad organizzarsi in modo adeguato al fine di individuare con sollecitudine i segnali di difficoltà e poter attivare diligentemente soluzioni in grado di evitare la degenerazione dello stato di crisi in insolvenza.²⁸

Le modalità con cui l'imprenditore istituisce gli adeguati assetti rientrano nell'ambito della *business judgment rule*, pertanto non è sindacabile nel merito da parte dell'autorità giudiziaria a meno che, sul piano del metodo, le scelte di implementazione dell'imprenditore non siano manifestamente irragionevoli e imprudenti.

Qualora l'amministratore abbia necessità di dimostrare di fronte ad un giudice che non è stato negligente, deve provare di aver istituito degli assetti organizzativi e successivamente la loro adeguatezza, cioè che gli stessi sono in grado di rilevare i segnali della crisi. La prova dell'istituzione non può che fondarsi su prove documentali, cioè sulla procedimentalizzazione ed il monitoraggio per iscritto. Non è ipotizzabile la prova orale in considerazione del tempo che molto spesso intercorre

necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa.

²⁸ Vella P. (2021). *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCI* in *Il Fallimento* 12/2021 pag. 1489

tra i fatti e la valutazione giudiziale e della disgregazione dell'organizzazione che avviene con l'apertura della liquidazione giudiziale.

È verosimile affermare che, qualora sia aperta una liquidazione giudiziale senza che sia stato attivato almeno uno dei numerosi strumenti di regolazione della crisi, tale circostanza costituisca un indizio di inadempimento dell'amministratore. In questo caso, l'amministratore potrà difendersi dimostrando che la crisi ha avuto inizio improvviso e inaspettato.

Affinché l'inadempimento dell'amministratore che non ha implementato adeguati assetti organizzativi abbia rilevanza è necessario che tale comportamento negligente abbia portato alla determinazione di un danno.

Infatti, il curatore che voglia intraprendere un'azione di responsabilità deve dimostrare che la violazione degli obblighi di cui all'art. 2086 c.c. e all'art. 3 CCII hanno determinato un pregiudizio, anche solo per aver perso l'occasione di una risoluzione "conservativa" della crisi, ovvero di avviarsi più celermente alla liquidazione giudiziale.

In altre parole, il curatore è chiamato a calcolare il decremento patrimoniale derivato dal comportamento negligente dell'amministratore, sull'assunto che, se l'impresa fosse stata dotata di adeguati assetti organizzativi, avrebbe potuto prevedere e affrontare la crisi, ovvero

avrebbe richiesto una tempestiva apertura della liquidazione giudiziale su richiesta dello stesso amministratore²⁹.

Qualora il curatore intenda promuovere un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, dovrà non solo dimostrare la sussistenza del danno ma anche quantificarlo.

Uno dei più diffusi metodi esaminati dalla dottrina ed utilizzati dalla giurisprudenza consiste nella variazione temporale del patrimonio netto. Per utilizzare tale metodo è necessario individuare:

- la situazione patrimoniale *a quo*: cioè la situazione del patrimonio della società *in bonis*. Sarà quindi necessario individuare il momento nel quale sono emersi i segnali di crisi, cioè

²⁹ L'amministratore che non provvede alla richiesta di apertura della liquidazione giudiziale qualora ricorrano i presupposti è sanzionato penalmente ai sensi degli artt. 323 lett. d): *"E' punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: [...] d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa"* e 330 CCII: *"Si applicano le pene stabilite nell'articolo 323 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale, i quali:*

a) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo;

b) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge."

il momento in cui nell'azienda in bonis l'omissione o l'adeguatezza degli assetti ha iniziato a generare un pregiudizio, e dunque ad erodere il patrimonio sociale;

- la situazione patrimoniale *ad quem*: cioè il patrimonio negativo registrato dalla curatela al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale;

Dalla differenza tra il patrimonio *a quo* e quello *ad quem* dovranno essere detratti i costi sostenuti o da sostenere di carattere ordinario fino all'apertura della liquidazione giudiziale.

Oltre alle spese ordinarie dovranno essere ricomprese anche i costi che ipoteticamente la società avrebbe dovuto sostenere per l'attivazione di uno degli strumenti di regolazione della crisi.

La difficoltà di quest'ultima stima consiste nell'eterogeneità di costi e tempi che comporta l'attivazione dei diversi strumenti di regolazione della crisi³⁰.

In ultima analisi, si evidenzia che il legislatore è intervenuto sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la quantificazione del danno

³⁰Binelli M. (2022) *Gli adeguati assetti e la responsabilità degli amministratori in caso di Liquidazione Giudiziale* in *Diritto della Crisi*

aggiungendo il comma 3 all'art. 2486 c.c.³¹, con cui ha attribuito valenza legislativa al criterio della differenza dei patrimoni netti. Grazie a detta modifica normativa è stata introdotta nel sistema una presunzione "relativa", sebbene sia data la possibilità di quantificare il danno per un diverso ammontare. È possibile affermare che il legislatore, in deroga ai principi generali, abbia voluto invertire sull'amministratore l'onere della prova, anziché su chi agisce³².

³¹ Art. 2486 co. 3: Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

³² Meoli M (2021). *Presunzione dei "netti patrimoniali" con il dubbio dei processi in corso*. Eutekne.info 30.11.2023

5. La responsabilità degli organi societari

A cura di: Dott. Francesco Baicchi

Affrontiamo ora il tema delle responsabilità dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo a seguito dell'introduzione della normativa specifica che pone a carico degli amministratori l'onere di istituire degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili idonei alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi, assetti che siano anche adeguati rispetto alle dimensioni dell'impresa ed al contesto in cui essa opera. Appare a chi scrive opportuno sottolineare come l'obbligo di istituire adeguati assetti societari potesse ritenersi integrato, già prima della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., nel più generale onere di corretta gestione gravante sull'organo gestorio.

Con l'introduzione del D.Lgs. 14/2019 e con le conseguenti modifiche normative, al tessuto economico italiano viene in qualche modo richiesta un'evoluzione organizzativa, che tende alla "spersonalizzazione" del fenomeno impresa e ad una "oggettivizzazione" dell'attività gestoria.

Nella prospettiva del legislatore, la sussistenza di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati dovrebbe garantire una migliore

gestione dello stato di crisi, con la finalità di una preventiva emersione, una adeguata reazione ed una positiva evoluzione della stessa.

In tema di responsabilità degli organi sociali per violazione dei doveri di cui all'art. 2086 c.c. si sta formando la prima giurisprudenza, che ha evidenziato come l'inerzia degli amministratori rispetto a tale dovere configuri *ex se* una grave irregolarità nella gestione, passibile dei provvedimenti di cui all'art. 2409 del Codice civile.

Se da un lato l'omissione risulta perseguibile ai sensi dell'art. 2409 c.c., dall'altro va osservato come la mera inerzia dell'organo gestorio rispetto al dovere di istituzione di adeguati assetti organizzativi non possa configurare di per sé una responsabilità patrimoniale se non si collega ad un evento dannoso, passibile dunque di essere risarcito.

In altri termini, la mancata attuazione di un adeguato assetto societario è circostanza a cui non necessariamente consegue un evento dannoso per il patrimonio sociale, ovvero un pregiudizio diretto ai terzi, tale da essere risarcito.

Tuttavia, detta omissione assumerà un ruolo dirimente nelle ipotesi in cui agli amministratori sia contestata una *mala gestio* generale, a cui è conseguito un deterioramento del patrimonio netto aziendale ovvero uno stato di crisi, tale da non consentire l'integrale pagamento di tutte le obbligazioni assunte, o nella peggiore delle ipotesi, un dissesto societario sfociato in una procedura concorsuale.

Frequentemente, le azioni di responsabilità endoconcorsuali sono instaurate su contestazioni aventi ad oggetto una illecita prosecuzione delle attività di impresa in presenza del verificarsi di una causa legale di scioglimento (tipicamente l'erosione integrale del capitale sociale). Come noto, infatti, a partire dal momento in cui si verifica l'integrale erosione del capitale sociale, grava l'onere per l'organo amministrativo di rilevare una causa legale di scioglimento ed attuare una gestione conservativa del patrimonio aziendale, limitando quanto più possibile l'ipotesi che lo stesso risulti ancora esposto al rischio aziendale per effetto del compimento di nuove operazioni d'impresa.

Con la novella normativa il legislatore vuole in qualche modo anticipare l'onere gravante sugli amministratori, modificandone il contenuto, o comunque accentuandone alcuni aspetti.

La norma tende infatti ad anticipare i doveri di arresto dell'esercizio dell'attività di impresa, individuando quale momento per l'attivazione dell'organo amministrativo il venir meno del presupposto della continuità aziendale (aspetto più propriamente finanziario), mentre in passato l'organo amministrativo si attivava solo in seguito al verificarsi della succitata causa legale di scioglimento di cui all'art. 2447 c.c. o dell'art. 2482-ter c.c. (integrale erosione del capitale sociale, aspetto prettamente patrimoniale).

Trasformare il parametro di riferimento per l'esercizio di un'azione di responsabilità da dissesto societario da un aspetto prettamente patrimoniale (erosione integrale del capitale sociale) ad uno di natura finanziaria (perdita della continuità basata su un problema di *cash flow*) implica ampliare il novero delle possibilità che una società rilevi un indizio di possibile crisi, tale da indurre gli amministratori ad attivarsi senza indugio per adottare la soluzione ritenuta più adeguata al caso di specie per la sua positiva evoluzione.

Risulta infatti facilmente immaginabile che anche un'impresa dotata di una struttura patrimoniale solida possa rilevare, nel corso della propria attività, problematiche di flussi di cassa insufficienti al puntuale adempimento delle scadenze di breve termine.

La verifica costante e continuativa del presupposto della continuità aziendale non può prescindere dalla sussistenza di assetti societari idonei a monitorare le performance aziendali e ad elaborare piani industriali attendibili e adeguati, tenendo conto delle dimensioni dell'impresa e del contesto in cui opera.

Ne deriva che la responsabilità di ogni decremento del patrimonio netto (o peggio ancora, del deficit patrimoniale) che sia determinato dal compimento di operazioni gestorie contrastanti con un'ottica prudentiale di risanamento aziendale, poste in essere successivamente al momento in cui la perdita della continuità aziendale avrebbe dovuto

essere accertata per effetto dell'istituzione e dalla diligente cura di assetti societari adeguati, è potenzialmente ascrivibile agli amministratori.

Particolare attenzione, rispetto alla formulazione della norma, merita quindi di essere posta sul concetto di adeguatezza: detta caratteristica non può assumere termini assoluti, essendo impossibile immaginare modelli ed assetti organizzativi validi universalmente tanto per la Spa quotata che per la modesta società di persone.

Al riguardo si segnala come l'art. 3, co. 3, del D.Lgs. 14/2019 indica che *“al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa”*, gli assetti societari istituiti ai sensi dell'art. 2086 c.c. devono essere in grado di:

- i)* rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, tenuto conto delle specifiche caratteristiche dell'impresa, dell'attività imprenditoriale svolta e del generale contesto di riferimento;
- ii)* verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di crisi cui al medesimo art. 3, co. 4, del D.Lgs. 14/2019;
- iii)* ricavare le informazioni necessarie ad eseguire il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento aziendale, di cui all'art. 13, co. 2, del D.Lgs. 14/2019.

In altri termini il legislatore lascia alla sensibilità dell'organo amministrativo (e di conseguenza, anche all'organo di controllo) l'onere di valutare l'adeguatezza dell'assetto istituito rispetto alle dimensioni dell'impresa, alle caratteristiche del suo mercato di riferimento, alla composizione degli organi sociali, e – più in generale – al contesto in cui la stessa opera.

In questo novellato quadro normativo, la responsabilità degli organi sociali per omessa istituzione di adeguati assetti societari deve inoltre essere coordinata con l'ormai consolidata teoria della *business judgement rule*.

La *business judgement rule* dispone l'insindacabilità degli atti di gestione compiuti dall'organo gestorio purché trovino fondamento in un processo decisionale basato sulla raccolta e sull'analisi di informazioni corrette, puntuali ed in qualche modo oggettive, che assumano carattere di ragionevolezza e razionalità, e che siano accompagnate da verifiche di adeguatezza e dagli altri controlli richiesti agli amministratori dalla natura del proprio incarico.

Come noto, la giurisprudenza ha affermato che non possono essere ascritte responsabilità all'organo societario per il compimento di scelte di gestione non imprudenti, assunte in base ad un percorso decisionale contraddistinto dai requisiti sopra descritti, anche qualora le stesse abbiano poi manifestato effetti nefasti sul patrimonio sociale.

Il principio appena esposto trova applicazione non solo per le decisioni di carattere pratico-attuativo, ma anche alle scelte di carattere organizzativo, quali appunto quelle inerenti all'istituzione di adeguati assetti societari.

Richiamando allora quanto sopra già argomentato, tenuto conto che l'obbligo di istituzione di assetti societari è disposto da una norma di legge, appare centrale la valutazione della loro adeguatezza, ai fini di una tempestiva rilevazione di fondati indizi di crisi, ed allo scopo di una conseguente tempestiva adozione di idonee misure correttive.

Infatti, se da un lato appare evidente come in assenza di una istituzione di assetti organizzativi (o meglio, di una formalizzazione di quelli adottati) sussista una violazione di un dovere degli amministratori, assai più incerta appare la violazione quando gli assetti societari adottati si siano in seguito rilevati inadeguati ai fini della prevenzione dello stato di crisi.

Sotto un profilo pratico, nella prima ipotesi al terzo che intenda agire in responsabilità sarà sufficiente dimostrare la mancata adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, costituendo la stessa una violazione che si presume idonea a viziare la formazione di volontà gestoria, fondata su elementi inadeguati al compimento delle scelte deliberate.

Nel secondo caso, invece, il tema dirimente per l'ascrizione di responsabilità in capo agli organi sociali diventa l'ampiezza del grado di discrezionalità riconosciuto all'organo gestorio in sede di istituzione di assetti organizzativi.

In altri termini, l'organo gestorio che intende esimersi da responsabilità per inadeguatezza degli assetti societari istituiti, appellandosi al principio della *business judgement rule*, dovrà dimostrare che l'analisi di un amministratore prudente e dotato della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico assunto, basata sulle informazioni di cui era a conoscenza lo stesso organo gestorio al momento dell'istituzione e della cura degli assetti societari, non avrebbe rilevato l'inadeguatezza di quelli istituiti.

Un aspetto di rilevante importanza attiene alle azioni-reazioni che devono essere intraprese dagli organi sociali a seguito della rilevazione di circostanze di crisi.

La presenza di assetti organizzativi adeguati dovrebbe indurre l'organo gestorio alla tempestiva adozione di quelle azioni correttive ritenute più opportune e adatte al superamento della tensione finanziaria, ovvero al tempestivo accesso alle misure previste dall'ordinamento per la risoluzione dello stato di crisi.

Una volta accertata la sussistenza di fondati dubbi sulla continuità aziendale, grava infatti sugli amministratori l'onere di attivarsi per l'adozione delle misure correttive ritenute più efficaci al caso di specie,

per l'eventuale accesso a procedure di soluzione negoziale o concordataria dello stato di crisi, e per l'attuazione di una gestione improntata al risanamento ed alla conservazione del patrimonio aziendale.

Ogni azione intrapresa in violazione degli obblighi sopra enucleati, comporta il rischio che l'eventuale esito negativo possa essere addossato *ex post* agli amministratori.

Si comprende, quindi, quanto particolare sia, in considerazione della materia di che trattasi, il rilievo assunto dal dovere di vigilanza posto a carico dell'organo di controllo. Si ricorda che sul collegio sindacale grava il compito di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti societari istituiti dall'organo amministrativo, nonché sul loro concreto funzionamento.

Se la nuova formulazione dell'art. 2086, co. 2, c.c. in qualche modo amplia e puntualizza i doveri posti a carico degli amministratori, in funzione di una prevenzione dello stato di crisi e di una tempestiva emergenza, altrettanto può dirsi dei doveri di vigilanza posti a carico del collegio sindacale.

L'art. 2407 c.c. dispone che i sindaci debbano adempiere ai propri doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico, e che essi sono solidalmente responsabili con gli amministratori

per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato (e nel caso si fossero tempestivamente attivati) in conformità degli obblighi della loro carica.

Il medesimo articolo precisa, inoltre, che all'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le medesime disposizioni di legge previste per l'azione di responsabilità contro gli amministratori.

Risulta allora evidente come i sindaci che ravvisino una inadeguatezza o, peggio ancora, un'inerzia, nell'operato degli amministratori rispetto agli obblighi di cui all'art. 2086, co. 2, c.c., e che omettano di procedere ai sensi degli art. 2406 c.c. e nel caso dell'art. 2409 c.c., potranno essere ritenuti responsabili del danno patito dal patrimonio sociale quale conseguenza delle operazioni compiute dall'organo gestorio secondo i medesimi parametri e criteri sopra elencati.

In ipotesi di successivo dissesto, pertanto, ogni incremento del deficit patrimoniale generato da operazioni societarie *i)* poste in essere successivamente al momento in cui si sarebbe potuto verificare la perdita della continuità aziendale, *ii)* non ispirate al risanamento aziendale, e *iii)* in contrasto con i criteri di prudenziale conservazione del patrimonio sociale, potrà essere addebitato ai membri del collegio sindacale che, venendo meno ai propri doveri, avrebbero dovuto rilevare l'ina-

deguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile istituito dalla società e di conseguenza avrebbero dovuto attivarsi ai sensi di legge.

A parere di chi scrive, un ulteriore aspetto che pare sottovalutato e che invece meriterebbe maggiore approfondimento, è l'eventuale sussistenza di responsabilità in capo agli amministratori nelle ipotesi di danno patrimoniale subito dalla società che non si configuri come un dissesto patrimoniale, ma che possa essere ricondotto ad una gestione condizionata dalla mancata adozione di assetti societari adeguati.

Al riguardo, si pensi ad operazioni in conflitto di interessi, o comunque viziata da interessi degli amministratori, il cui compimento avrebbe potuto essere evitato dall'adozione di adeguati assetti organizzativi.

Quanto all'entità del danno risarcibile, si ritiene che debbano valere tutti i principi già enunciati dalla giurisprudenza formatasi sul tema prima della modifica dell'art. 2086 c.c.: pur istituendo un dovere specifico a carico degli amministratori, la norma – come detto – amplia in qualche modo l'arco temporale di riferimento, anticipando gli obblighi di intervento posti a carico degli amministratori, ma non modifica in alcun modo i requisiti cardine della responsabilità patrimoniale.

Pertanto, non può darsi luogo al risarcimento di un danno patito dalla società, dai soci o dai terzi (decremento del patrimonio sociale), se non nella misura in cui lo stesso è direttamente imputabile ad un'opera

dell'organo gestorio contraria ai doveri allo stesso imposti dalle vigenti disposizioni normative.

Per quanto di pertinenza con il presente argomento, affinché vi sia una responsabilità dell'organo gestorio ascrivibile all'omessa o inadeguata istituzione di assetti societari è necessario che la riduzione del patrimonio sociale sia riconducibile alla suddetta violazione, e l'entità del risarcimento sarà pari al decremento patrimoniale che si sarebbe potuto evitare se gli assetti societari istituiti fossero stati adeguati alle dimensioni dell'impresa, all'attività esercitata ed al generale contesto in cui la stessa opera.

Capitolo VI

6. Rassegna giurisprudenziale in tema di responsabilità in assenza o inadeguatezza degli assetti

A cura di: Giovan Filippo Scalamandrè

6.1 Premessa

La giurisprudenza è ormai concorde nel considerare la mancata o l'inadeguata istituzione degli assetti organizzativi come grave atto di “*mala gestio*” con conseguenze in termini di responsabilità in capo all'organo gestorio e all'organo di controllo. Come verrà successivamente approfondito, la giurisprudenza ha definito che³³:

- la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporta di per sé una responsabilità dell'organo amministrativo;
- la verifica dell'assetto adottato andrà effettuata *ex ante*, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili, a prescindere dagli eventuali risultati negativi che si sono verificati;
- non è responsabile l'amministratore che pone in essere interventi, successivamente inefficaci ad evitare la degenerazione

³³ Fondazione Nazionale dei Commercialisti, “*Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*”, 07.07.2023.

della crisi, qualora, sulla base di una valutazione *ex ante*, non risultino manifestamente irrazionali e ingiustificati.

Sul piano pratico, l'assenza di adeguati assetti comporta per l'amministratore l'impossibilità di giustificare eventuali decisioni successivamente rivelatesi dannose attraverso la *business judgement rule* e, qualora tale grave irregolarità venga denunciata *ex art.* 2409 c.c. dai soci o dal collegio sindacale, si può giungere fino alla revoca dell'amministratore stesso con la nomina da parte del Tribunale di un amministratore giudiziario.

6.2 Restringimento della *business judgement rule*

Secondo la *business judgment rule*, nei casi in cui gli amministratori abbiano assunto una decisione qualificabile come ragionevole/razionale, al verificarsi di risultati negativi, essi saranno affrancati da eventuali responsabilità, poiché titolari di una certa discrezionalità nel decidere sull'opportunità di un progetto. Ciò in quanto la gestione dell'attività di impresa comporta dei rischi, per cui estendere la cognizione del giudice anche al merito della decisione deprimerebbe l'attività di gestione³⁴.

Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non potrà pertanto investire le scelte di gestione, anche

³⁴ Cass. Penale n. 25039/2023.

se presentino profili di rilevante alea economica, ma andrà a concentrarsi sulla diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

Come sottolineato dalla Corte di Cassazione³⁵, con l'introduzione dell'obbligo di istituire idonei assetti organizzativi, l'ambito di verifica del corretto adempimento degli obblighi degli amministratori e dei sindaci si è sempre più ampliato, con riduzione dell'operatività della *business judgement rule*.

Difatti, la mancata adozione di qualsiasi misura organizzativa comporta sempre una responsabilità dell'organo gestorio, mentre, ove una struttura organizzativa sia stata adottata, occorre valutare se la stessa sia idonea o meno allo scopo ed in tal caso trova applicazione nuovamente la *business judgment rule*, con la verifica del rispetto dei criteri della proporzionalità e della ragionevolezza.

La Corte di Cassazione specifica, pertanto, che la *business judgment rule* potrà essere invocata dagli amministratori solo qualora questi dimostrino di aver adottato un assetto organizzativo adeguato rispetto alle decisioni prese.

³⁵ Cass. Civile n. 36365/2021.

6.3 Revoca dell'organo amministrativo con nomina di un Amministratore Giudiziario per gravi irregolarità

A seguito di denuncia ex art. 2409 c.c.³⁶ da parte dei soci o del collegio sindacale, il Tribunale, qualora riscontri una grave irregolarità da parte degli amministratori, può adottare misure immediate giungendo fino alla revoca degli amministratori e dei sindaci con la nomina di un amministratore giudiziario.

Con molteplici decisioni la giurisprudenza ha affermato che proprio l'assenza di un adeguato assetto organizzativo rappresenta una grave irregolarità che deve essere immediatamente emendata attraverso la revoca dell'organo amministrativo e la nomina di un amministratore giudiziario³⁷.

L'amministratore che pertanto non si adopera per costituire un adeguato assetto organizzativo all'interno dell'impresa si espone al rischio di vedersi revocare da parte del Tribunale con la nomina di un amministratore

³⁶ Art. 2409 c.c., *“Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale [...] possono denunciare i fatti al tribunale”, “I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale”.*

³⁷ Tribunale di Milano 18.10.2019; Tribunale di Roma 24.09.2020; Tribunale di Cagliari 19.01.2022; Corte di Appello di Venezia 29.11.2022, Tribunale di Catania 08.02.2023.

giudiziario che ben potrebbe proporre un'azione di responsabilità verso i sindaci e verso l'amministratore revocato.

Capitolo VII

PROFILI AZIENDALI

7. Gli adeguati assetti organizzativi e gli strumenti per monitorare lo stato di crisi

A cura di: Dott. Fabrizio Greco

7.1 Premessa

Il Decreto Legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019, cosiddetto Codice della Crisi di Impresa, definisce lo stato di crisi aziendale come: *“lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*.

Se la crisi viene gestita e corretta rientra tra i fatti ordinari di gestione e, come tale, può essere tempestivamente prevista e sanata; in assenza di correttivi, invece, può degenerare nell’insolvenza, ossia quello stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri accadimenti, sintomatici del fatto che lo stesso non è già più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Esistono una serie di cause scatenanti la crisi d’impresa, che si possono suddividere in esogene ed endogene.

Fra le cause esogene vengono riportate:

- il calo della domanda di mercato;
- il repentino cambiamento tecnologico o informatico, particolarmente frequente negli ultimi anni;
- l'introduzione nel mercato di *competitors* con vantaggi competitivi importanti.

Fra le cause endogene, invece, vengono annoverate quelle:

- strategiche, derivanti da errori del management nella focalizzazione del mercato di riferimento o del prodotto;
- competitive, quindi legate alle difficoltà o incapacità dell'impresa di competere sul mercato, a causa delle politiche di approvvigionamento dei fattori produttivi, della dimensione aziendale, di strategie di marketing poco incisive o di mancanza di innovazione;
- di inefficienza produttiva o organizzativa;
- finanziarie, di solito da imputare ad una struttura finanziaria non coerente con la struttura di business, come per esempio una prevalenza dei debiti a breve termine rispetto ai debiti a medio/lungo termine, al finanziamento degli investimenti con mezzi a breve termine o l'incapacità di gestire correttamente il circolante commerciale come l'incasso dei clienti, la gestione delle scorte, la gestione delle dilazioni di pagamento con fornitori.

Il verificarsi di una o più di queste cause contemporaneamente porta a situazioni di crisi che comunemente tutte le aziende si trovano ad affrontare nel corso del ciclo di vita.

Il Governo Italiano il 15 Giugno del 2022 ha introdotto ulteriori modifiche al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto legislativo n.14 del 12 Gennaio 2019, il CCII), dando attuazione alla Direttiva UE 2019/1023 che riguarda i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione, le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (la "Direttiva sull'Insolvenza"), e che modifica la direttiva UE 2017/1132.

Il nuovo impianto normativo sostituisce la precedente legge fallimentare italiana (Legge Fallimentare, Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942, "LF") a decorrere dal 15 luglio 2022.

Il CCII cambia prospettiva di osservazione rispetto alla legge fallimentare e afferma un approccio che guarda più alla prevenzione e al futuro, poiché si pone come obiettivi quelli di favorire una diagnosi precoce della crisi, di privilegiare la continuità aziendale, di assicurare ai creditori l'ottenimento di un soddisfacimento, seppur parziale, del proprio credito e di correggere le criticità tipiche della tradizione italiana dei fallimenti.

Gli aspetti più innovativi presenti nel nuovo Codice sono sicuramente i seguenti:

- l'introduzione di obblighi volti a rilevare le crisi aziendali e a favorire l'utilizzo di strumenti che sostengano la ristrutturazione in fase iniziale;
- l'adozione di procedure che guardano alla continuità aziendale a dispetto della liquidazione dell'impresa;
- introduzione di specifiche in materia di insolvenza e ristrutturazione di gruppi d' imprese.

L' art. 3 del CCII recita che: "L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

L'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

- a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e ad effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

Costituiscono segnali per la previsione di cui al comma 3:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;”³⁸

Dalla lettura dell'articolo si evince chiaramente l'indirizzo che il legislatore dà, ossia istituire, da parte di tutte le imprese, adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili che variano, ovviamente, in base alla natura e alle dimensioni dell'impresa, con diversi livelli di adempimenti in base ai vari tipi di società.

³⁸ Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, art. 3

Come riportato nei precedenti capitoli, **fin dal 2019**, il Legislatore era intervenuto apportando una rilevante modifica all'articolo 2086 c.c. – inserendo il comma 2 – prevedendo **specifici obblighi per gli imprenditori**: *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

7.2. Il concetto di adeguatezza e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

La Guida Operativa del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili prevede che un assetto organizzativo è adeguato quando³⁹:

- garantisce lo svolgimento delle funzioni aziendali;
- è presente la separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni;

³⁹ Cfr. CNDCEC, Guida operativa: «Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo» (pubblicata a maggio 2015)

- è presente una chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione.

La struttura organizzativa può essere ritenuta adeguata quando:

- è in grado di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali;
- i principali fattori di rischio aziendale sono chiari e identificati e sono costantemente monitorati;
- la dimensioni della società, la natura e lo scopo sociale sono state valutate attentamente;
- c'è la presenza di un organigramma aziendale con precise aree di responsabilità;
- gli amministratori si occupano della gestione e della direzione;
- sia stato redatto il funzionigramma ed esista una chiara documentazione riportante le direttive e le procedure aziendali e ne sia stata data opportuna divulgazione;
- il personale sia dotato di adeguata competenza per svolgere le mansioni affidate.

Sono elementi «presupposto» ritenuti essenziali per l'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili, indicativamente i seguenti:

- regolare tenuta della contabilità sociale (comporta l'effettivo rispetto delle disposizioni normative in materia civilistica e fiscale con riferimento alle modalità e soprattutto ai tempi di relazione delle scritture contabili);

- i fatti di gestione nelle scritture contabili sono correttamente rilevati;
- i processi di pianificazione e gestione e sistemi di controllo dei rischi di impresa sono integrati fra di loro (stretta integrazione tra l'identificazione degli obiettivi di lungo periodo e la definizione del profilo di rischio complessivamente assunto).

L'adeguatezza degli assetti si misura dunque sotto tre profili:

- assetto organizzativo: afferisce al sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, al complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità;
- assetto amministrativo: riguarda la dimensione dinamico-funzionale dell'impresa e si compone dei processi e delle procedure che garantiscono il corretto svolgimento dell'attività di impresa. Occorre formalizzare le procedure e i processi utilizzati dalle varie funzioni dell'organizzazione aziendale, rilevandone le responsabilità gestionali, le direttive, nonché gli strumenti.
- assetto contabile: è compreso tra gli assetti amministrativi e riguarda, in particolare, la rilevazione contabile dei fatti di gestione, al fine di garantire l'attività di consuntivazione e anche di programmazione. Il sistema amministrativo – contabile può

definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa attendibile, in conformità ai principi contabili adottati dall'impresa.⁴⁰

È possibile definire delle check list per il monitoraggio di ogni tipo di assetto che l'organo amministrativo o di controllo possono seguire. I tre profili devono essere valutati in base alle dimensioni dell'azienda; per le aziende di piccole dimensioni bastano alcuni adempimenti minimali mentre per aziende di dimensioni medio grandi potrebbe essere opportuno o necessario approfondire maggiormente mediante controlli ulteriori.

Per la verifica di un adeguato assetto organizzativo, a titolo esemplificativo e non esaustivo, bisogna controllare l'organigramma, il funzionigramma, verificare la separazione dei ruoli, le funzioni e le responsabilità, controllare che la visura camerale sia aggiornata, verificare la direzione ed il controllo altrui, verificare il "rischio paese", verificare i rapporti commerciali e finanziari con parti correlate, esaminare i contratti in essere con i dipendenti, i collaboratori e i consulenti, le deleghe e i poteri dei soggetti operanti.

⁴⁰ https://www.revisori.it/wp-content/uploads/2022/11/Il-nuovo-codice-Crisi-di-impresa_limportanza-della-gestione-del-rischio-e-della-compliance_S.Pastorino.pdf

Per quanto riguarda il monitoraggio, invece, di un adeguato assetto amministrativo bisogna, tra le altre cose, formalizzare le procedure di acquisto vendita e controllo, verificare le procedure di controllo di gestione, dei flussi informativi tra le varie funzioni, sedi, unità locali e la condivisione di tali informazioni, elaborare un Business Plan, un Budget di tesoreria, un Piano finanziario, un Budget annuale, attuare un'analisi degli scostamenti tra i consuntivi e i dati dei budget con cadenza almeno trimestrale, monitorare i flussi di cassa avendo a disposizione uno scadenziario clienti / fornitori, valutare la sostenibilità dei debiti almeno nei sei mesi successivi, calcolare l' FCFO (flusso di cassa gestionale operativo) per misurare il DSCR (*Debit Service Coverage Ratio* ovvero il rapporto di copertura del debito), calcolare il NOPAT, ossia il reddito operativo al netto della tasse, fare l'Impairment Test, fare un'analisi dei rischi (*Risk management*).

Infine, per avere un adeguato assetto contabile bisogna verificare costantemente la contabilità, avere software e strumenti informativi adeguati, coordinare i flussi informativi tra contabilità e consulenti esterni, monitorare costantemente i saldi di crediti verso clienti e debiti verso fornitori, erario ed enti previdenziali e assistenziali, monitorare la centrale rischi e usufruire del calcolo degli indicatori della crisi d' impresa. Un' azienda che in base alla sua dimensione e al tipo di società ha degli adeguati assetti organizzativi potrà avere degli indubbi benefici. Oltre

al rispetto della normativa vigente, l'organo amministrativo / decisionale potrà assumere decisioni consapevoli e tempestive. Adeguati assetti organizzativi potranno essere uno strumento di tutela degli interessi degli stakeholders interni ed esterni all'impresa, consentendo di intercettare e gestire differenti situazioni di rischio, diminuendo il rischio di frodi o comportamenti infedeli, consentendo un migliore accesso al credito e soprattutto riducendo il rischio di responsabilità civile degli amministratori in caso di crisi ed insolvenza.

Su questo ultimo punto è doveroso soffermarsi perché il legislatore pone a carico degli amministratori e dell'organo di controllo un'ulteriore responsabilità. Infatti i doveri di adottare adeguati assetti organizzativi finalizzati a prevenire la crisi di impresa e di agire tempestivamente per affrontarla sono responsabilità degli amministratori e anche dell'organo di controllo in quanto, avendo quest'ultimo un dovere di vigilanza sulla condotta degli amministratori (artt. 2403 – 2407 cc), deve stimolare gli amministratori ad attivarsi tempestivamente (pena la responsabilità solidale con gli stessi quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato).⁴¹

⁴¹ <https://www.studio-piazza.com/news/2023/02/la-nuova-normativa-sugli-ade-guati-assetti-organizzativi/>

Per organo di controllo non si intende solo il Collegio Sindacale ma anche il Revisore, infatti l' art. 14 del CCII pone a carico di entrambi i suddetti soggetti *“ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, ... l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato”*. Ritornando, invece, alle responsabilità dell'amministratore, ipotizzando il caso in cui si dovesse aprire una liquidazione giudiziale per un'azienda in crisi, lo stesso che avrà indebitamente proseguito l'attività dopo la perdita del patrimonio o comunque dopo l'avverarsi di una causa di scioglimento, invece di interrompere l'attività di impresa o adottare le misure proposte dal CCII, potrà essere soggetto ad azione di responsabilità da parte del curatore.

Sarà l'amministratore stesso a dover provare di avere adempiuto in modo soddisfacente ai suoi doveri e a fornire le prove idonee per esimerlo da responsabilità, sarà chiamato a provare che gli assetti erano stati istituiti e che essi erano adeguati, idonei e funzionali a rilevare le potenziali crisi.

Uno dei principali strumenti per controllare se l'azienda utilizza adeguati assetti e per intercettare preventivamente la crisi d'impresa è senza dubbio il controllo di gestione.

Capitolo VIII

8. Il Controllo di Gestione: Definizione e Funzioni

A cura di: Dott. Arcangelo Chirico

8.1 Definizione del Controllo di Gestione

La maggior parte delle aziende guida i comportamenti dei propri dipendenti e dei manager mediante la responsabilizzazione su parametri-obiettivo, ossia mediante il controllo di gestione.

Nell'ambito di tale meccanismo operativo, i risultati vengono principalmente definiti da misure quali ricavi, costi, utile, rotazione degli asset e redditività degli impieghi, del capitale o dei mezzi propri. Al fianco di tali obiettivi finanziari possono essere presenti anche target di diversa natura, sempre che siano espressi in termini quantitativi.

In altre parole, possiamo definire il controllo di gestione come *“un insieme di attività (misurazione delle performance interne e responsabilizzazione su parametri-obiettivo, spesso collegata all'attribuzione di incentivi monetari) attraverso cui la direzione aziendale verifica che la gestione si stia svolgendo in modo coordinato e coerente con gli obiettivi formulati in sede di pianificazione, nonché nel rispetto di criteri di*

efficacia, efficienza ed economicità, al fine di consentire il perdurare dell'impresa nel tempo"⁴²

Al fine di stimolare gli operatori a mettere in atto iniziative idonee al raggiungimento delle condizioni di efficacia ed efficienza⁴³ aziendale possono essere utilizzati, oltre al controllo di gestione, anche altri strumenti, meccanismi e forme di controllo sulle singole azioni, sul personale o sulla cultura interna, che nel loro complesso costituiscono il "sistema di controllo manageriale"⁴⁴

I controlli delle azioni comprendono le attività e i meccanismi amministrativi e fisici che assicurano che i dipendenti compiano (o non compiano) azioni ritenute di beneficio (o non di beneficio) per l'organizzazione diretta. Questi controlli assicurano che i dipendenti svolgano al meglio le azioni desiderate, per questo motivo sono considerati la forma di controllo più diretta.

⁴² S. Marasca, L. Marchi, A. Riccaboni - Controllo di gestione, Metodologie e Strumenti, Amministrazione, Finanza e Controllo

⁴³ L'efficacia è misurata dal livello di ottenimento degli obiettivi conseguiti, mettendoli a confronto con gli obiettivi di output predeterminati; mentre l'efficienza è monitorata per mezzo delle relazioni istituibili tra gli input utilizzati, per la realizzazione della gestione, con gli output utilizzati (U. Bocchino- Manuale di controllo di gestione)

⁴⁴ Merchant, Riccaboni - il controllo di gestione

In virtù di restrizioni comportamentali, verifiche preventive svolte mediante l'assegnazione di responsabilità dirette per le azioni svolte e alla assegnazione dei compiti, viene raggiunto l'obiettivo del controllo.

I controlli del personale, invece, si sostanziano nella selezione del personale, nell'adeguata assegnazione interna, nella formazione, nonché nell'accurata definizione degli incarichi, motivando e stimolando i dipendenti nello svolgimento delle loro mansioni⁴⁵. A differenza dei controlli delle azioni, e come per i controlli della cultura interna, i controlli del personale utilizzano strumenti che permettono ai dipendenti di controllarsi reciprocamente.

I controlli della cultura interna tendono a favorire il monitoraggio reciproco esercitato da un gruppo sugli individui che lo compongono.

Le aziende che utilizzano questi tipi di controlli si avvalgono di strumenti come: codici di condotta, premi di gruppo, la politica dei trasferimenti all'interno dell'organizzazione e la formazione.

Le varie forme di controllo (delle azioni, del personale e della cultura interna) possono essere utilizzate separatamente o in modo combinato a seconda dei contesti operativi, delle esigenze aziendali e delle caratteristiche proprie di ogni azienda, definendo la "Strategia di Controllo" che meglio si adatti al contesto organizzativo.

⁴⁵ S. Marasca, L. Marchi, A. Riccaboni- Controllo di gestione, Metodologie e Strumenti, Amministrazione, Finanza e Controllo

I meccanismi (o meglio, i sistemi) di controllo di gestione hanno tre elementi centrali⁴⁶:

1. i *centri di responsabilità finanziaria* che definiscono la ripartizione della responsabilizzazione per i risultati finanziari all'interno dell'azienda;
2. il *processo* all'interno del quale si articolano le fasi attuative, che comprendono in primis la pianificazione e la preparazione del budget, essenziali per definire le performance da conseguire e gli standard necessari per valutare il rendimento;
3. la *struttura tecnica di supporto* che comprende una serie di strumenti di rilevazione e di reporting, principalmente di natura contabile, quali il budget, la contabilità a costi standard, la contabilità analitica, il sistema degli indicatori, che nel loro complesso costituiscono la contabilità direzionale.

8.2 Obiettivi e Vantaggi del Controllo di Gestione

Il controllo di gestione è un complesso di sistemi utili per tutte le aziende e si sostanzia nella misurazione delle performance interne e nella responsabilizzazione su parametri-obiettivo.

⁴⁶ G. Donna e A. Riccaboni- Manuale del controllo di gestione

Primo e fondamentale obiettivo del controllo di gestione, che per questo risulta un valido supporto nei processi decisionali, è indurre comportamenti individuali e organizzativi in linea con il raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Gli ulteriori obiettivi del controllo di gestione sono:

- il monitoraggio continuo dell'attività aziendale;
- la valutazione costante delle prestazioni manageriali;
- il coordinamento orizzontale e verticale delle diverse attività aziendali.

Infine, da un punto di vista prettamente politico, l'obiettivo che meglio si appresta a capire la logica del controllo di gestione è mantenere le attività dell'organizzazione all'interno di uno spazio ritenuto accettabile dai diversi stakeholder.⁴⁷

Per quanto concerne i vantaggi, esistono molte ragioni che spiegano la forte e consolidata presenza dei sistemi di controllo di gestione delle aziende moderne.

La prima risiede nel fatto che il perseguimento degli obiettivi finanziari è essenziale per le aziende con fini di lucro, visto che gli utili e i flussi di cassa ne assicurano la sopravvivenza e remunerano gli investimenti degli azionisti.

⁴⁷ Amigoni, 1995

Tali grandezze, inoltre, sono tra le principali misure che gli osservatori esterni, in primis il mercato finanziario, utilizzano per valutare le performance aziendali.

È naturale, pertanto, che i manager monitorino il proprio successo in termini finanziari e usino le misure di tale natura per indirizzare le azioni dei dipendenti verso il raggiungimento degli obiettivi aziendali. Anche i manager delle organizzazioni non-profit, tuttavia, devono seguire con attenzione la gestione economico-finanziaria, perché i risultati che la definiscono e in particolare i flussi di cassa a essa collegati, costituiscono spesso degli importanti fattori limitanti per le attività di tali unità economiche.

In secondo luogo, le grandezze finanziarie forniscono delle misure di performance sintetiche e, nello stesso tempo, esaurienti, in quanto aggregano in un unico valore gli effetti di una ampia gamma di caratteristiche interne, riducendo così le possibilità di segnali contrastanti che invece possono derivare dai singoli indicatori operativi⁴⁸.

Costituendo una misura di rendimento sintetica ed esauriente, le grandezze finanziarie rappresentano un modo relativamente semplice e

⁴⁸ S. Marasca, L. Marchi, A. Riccaboni- Controllo di gestione, Metodologie e Strumenti, Amministrazione, Finanza e Controllo

poco costoso per i manager di più alto livello per assicurarsi che tutto stia funzionando come sperato⁴⁹.

La loro semplicità è particolarmente preziosa per i vertici di imprese complesse e diversificate. Questi possono stabilire obiettivi societari espressi in termini finanziari, scomporli fra i molteplici centri di responsabilità finanziaria e quindi monitorare solo una (o poche) misure di risultato, come il profitto, la redditività e le loro componenti (ricavi, costi, attività e passività), le quali rappresentano una valida sintesi degli effetti della maggior parte delle azioni che devono essere controllate. Quindi, come conseguente vantaggio, la quantità di informazioni che i vertici aziendali devono rilevare risulta piuttosto ridotta.

8.3 Dimensione Materiale e Immateriale del Controllo di Gestione

In azienda il controllo di gestione è il sistema operativo mediante il quale è possibile verificare il conseguimento degli obiettivi stabiliti in sede di pianificazione operativa.

Attraverso la misurazione di appositi indicatori risulta possibile rilevare lo scostamento tra gli obiettivi pianificati ed i risultati conseguiti.

⁴⁹ S. Marasca, L. Marchi, A. Riccaboni- Controllo di gestione, Metodologie e Strumenti, Amministrazione, Finanza e Controllo

Di tali scostamenti vengono immediatamente informati i relativi organi responsabili, affinché possano decidere ed attuare le opportune azioni correttive.

A tal proposito, appare utile introdurre i concetti di dimensione materiale e immateriale del controllo:

La dimensione materiale risulta composta:

- da una componente statica, ovvero la struttura tecnica di supporto e la mappa delle responsabilità;
- da una componente dinamica, ovvero il processo mediante il quale il controllo diventa operativo.

La denominazione di questa prima dimensione dipende dal fatto che essa si sostanzia in procedure e documenti di natura formale, sintetizzabili in manuali, report interni, ordini di servizio e note interne.

Questi supporti sono cruciali ai fini dell'implementazione di un razionale sistema di guida delle dinamiche interne.

Da soli, però, non risultano sufficienti per comprendere il ruolo che i sistemi di controllo effettivamente esercitano nelle singole situazioni operative.

Anche se definiti in maniera corretta, gli strumenti tecnico-contabili riescono a garantire, eventualmente, la sola produzione del flusso di

informazioni e dati che l'azienda potrebbe utilizzare per monitorare e supportare le proprie attività⁵⁰.

Dall'altro lato, la dimensione immateriale comprende tutti quegli elementi fondamentali del controllo, ma meno visibili e più intrinseci.

Tali elementi si sostanziano:

- nel ruolo assegnato al controllo del top management, ossia la funzione che i vertici organizzativi, nella funzione intimamente loro assegnata, attribuiscono al controllo, che non sempre coincide con quello che viene preposto dagli altri attori aziendali;
- nelle modalità di gestione del controllo, definite in primis dalla determinazione con cui i vertici assegnano tale controllo e dall'intensità con cui i vari responsabili lo applicano.

Dal quadro appena enunciato, si può evincere che il controllo di gestione è un meccanismo utilizzato dagli organismi aziendali per potersi adeguare al quadro istituzionale di riferimento.

In altre parole, le pratiche di controllo utilizzate sono volte a garantire il voluto grado di isomorfismo rispetto all'ambiente di riferimento.

Le due dimensioni tra di loro non sono completamente autonome e indipendenti anzi, a seconda di come le due dimensioni interagiscono

⁵⁰ Merchant, Riccaboni- il controllo di gestione

tra di loro e con i fattori esterni e interni che li riguardano, si può comprendere l'effettivo uso delle informazioni prodotte e di conseguenza il vero ruolo assegnato al controllo di gestione⁵¹.

La dimensione immateriale influisce certamente sul modo in cui si struttura la componente materiale del controllo, che è collegata a sua volta a fattori esterni ed interni all'azienda.

In sostanza questo tipo di dimensione è la *“funzione di variabili sociali, politiche, culturali e istituzionali, le quali influenzano anche la produzione delle informazioni, cioè la dimensione materiale”*⁵².

⁵¹ Gli eventuali svantaggi e vantaggi del controllo dipendono per gran parte dalle interazioni tra le due dimensioni.

⁵² Merchant, Riccaboni- Il controllo di gestione

Capitolo IX

9. Controllo di gestione e monitoraggio dello stato di crisi

A cura di: Dott. Leonardo Vasta

Le previsioni in materia di crisi d'impresa contenute nel D.Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019, sono state oggetto di diverse modifiche prima di entrare in vigore nel mese di luglio 2022.

All'art. 13 al comma 1 del D.Lgs. 14/2019 nella prima stesura del CCII, si trova riferimento a due indicatori per contraddistinguere la crisi - che verranno analizzati nel presente capitolo: *“Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono*

altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24."⁵³

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili aveva determinato, secondo la suddetta previsione, tali indici di allerta: *"il sistema di indici di allerta creato dal CNDCEC risulta essere di tipo gerarchico, ossia l'applicazione degli indici deve avvenire in base ad una sequenza logica indicata. Infatti, il superamento del valore soglia del primo (i) rende ipotizzabile la presenza della crisi. In assenza, invece, di superamento del primo (i), si procede con la verifica del secondo (ii), e nel caso di superamento della relativa soglia può essere ipotizzata la crisi. Infine, nel caso in cui il dato non sia presente, si procede con il gruppo di indici di settore così come previsto dall'art. 13, comma 2.*"⁵⁴

Di seguito si elencano gli indici succitati:

- i. Patrimonio netto negativo
- ii. DSCR per il semestre inferiore a 1
- iii. Superamento congiunto delle soglie per i seguenti cinque indici:

⁵³ Art. 13 - Indicatori della crisi- Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza Decreto Legislativo 12/01/2019 n. 14 Fonte: GU n.38 del 14-2-2019

⁵⁴ Il Controllo di gestione per la previsione della crisi d'impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020 - CNDCEC, Crisi d'impresa: gli indici di allerta, 2019, p. 16

- a. Indice di sostenibilità degli oneri finanziari
- b. Indice di adeguatezza patrimoniale
- c. Indice di ritorno liquido dell'attivo
- d. Indice di liquidità
- e. Indice di indebitamento previdenziale e tributario

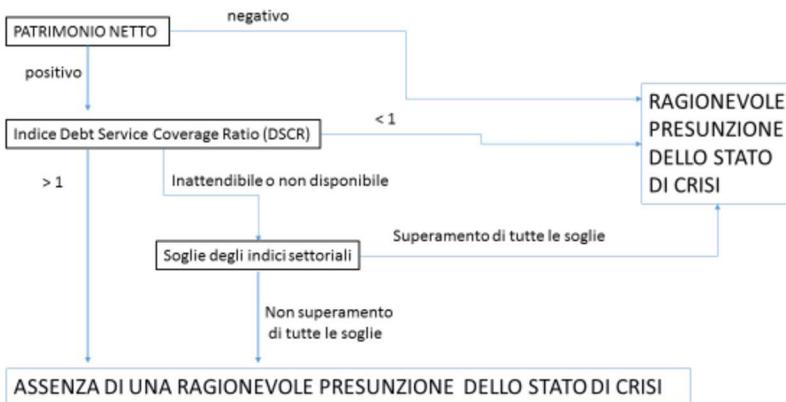


Figura: CNDCEC, Crisi d’impresa: gli indici di allerta, 2019, p. 16

9.1 Il patrimonio netto negativo

Il patrimonio netto è una sezione dello stato patrimoniale ed è dato dalla somma algebrica tra totale attivo e totale passivo.

L’art. 2424 del Codice civile enuncia che il patrimonio netto si trova tra le passività dello Stato Patrimoniale alla lettera A ed è così composto:

- A) Patrimonio netto (art. 2424 Codice civile):
 - I. Capitale.

- II. Riserva da sovrapprezzo delle azioni.
- III. Riserve di rivalutazione.
- IV. Riserva legale.
- V. Riserve statutarie
- VI. Altre riserve, distintamente indicate.
- VII. Riserva per operazioni di copertura dei flussi finanziari attesi.
- VIII. Utili (perdite) portati a nuovo.
- IX. Utile (perdita) dell'esercizio.
- X. Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio.

Totale.⁵⁵

La causa che genera un patrimonio netto negativo è la perdita d'esercizio (anche perdite pregresse che sommate tra loro riducono il valore del patrimonio netto fino a farlo diventare negativo) per questo motivo è sicuramente un indice di allerta ed inoltre va bene per qualsiasi tipo di attività. Il CNDCEC nel documento del 19 ottobre 2019, "Crisi d'Impresa gli Indici di Allerta" recita: *"indipendentemente dalla situazione finanziaria, detta circostanza costituisce quindi un pregiudizio alla continuità aziendale, fintantoché le perdite non siano state ripianate ed il*

⁵⁵ Art. 2424 Codice civile

*capitale sociale riportato almeno al limite legale. Il fatto che il patrimonio netto sia divenuto negativo può essere superato da una ricapitalizzazione”.*⁵⁶

9.2 DSCR (Debt Service Coverage Ratio)

In ordine, il secondo controllo che prevedeva il sistema dell’allerta elaborato dal CNDCEC veniva effettuato attraverso l’indice DSCR valido per ogni impresa. Ci sono due metodi per calcolare tale indice:

*“la prima metodologia definisce che il DSCR ha origine dal budget di tesoreria, predisposto dall’azienda, che illustra le entrate e le uscite di disponibilità liquide riferite ai successivi sei mesi”*⁵⁷, il budget di tesoreria riproduce la previsione delle entrate e delle uscite finanziarie in un periodo di tempo stabilito. Nel primo metodo va considerata al numeratore la somma algebrica delle entrate e delle uscite di liquidità in previsione dei sei mesi successivi, sommate alle giacenze liquide iniziali, senza tener conto delle uscite relative ai rimborsi per i debiti verso i fornitori e gli istituti di credito; al denominatore vanno sommate quelle uscite delle quali non si è tenuto conto nel calcolo del numeratore,

⁵⁶ CNDCEC, Documento del 19 ottobre 2019, Crisi d’Impresa, gli Indici dell’Allerta

⁵⁷ Il controllo di gestione per la previsione della Crisi d’Impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020, Capitolo Terzo

quindi le uscite relative ai rimborsi per i debiti verso i fornitori e gli istituti di credito.

Con il secondo metodo al numeratore vengono indicati i flussi in entrata, sempre nella previsione dei sei mesi successivi (free cash flow from operations, disponibilità iniziali e altre eventuali disponibilità), e al denominatore i debiti previsti nello stesso periodo (imposte, contributi, debiti verso fornitori e debiti finanziari).

Non vi è un metodo migliore dell'altro, ma l'opzione è a discrezione dell'organo di controllo, al quale è rimanda la scelta dell'utilizzo di un metodo piuttosto che dell'altro in base all'affidabilità dei dati forniti, necessari per il calcolo.

9.3 Gli indici di settore

In ordine gerarchico se il patrimonio netto è positivo e l'indice DSCR non è calcolabile o non veritiero (scelta degli organi tenuti alla verifica) dovevano essere calcolati gli indici di settore che a differenza dei primi due trovavano allerta con risultati che variavano a seconda del tipo di attività svolta dall'impresa e per ottenere un risultato di allerta dovevano essere tutti sopra la soglia stabilita.

Di seguito si riporta un elenco degli Indici di settore di cui alla previsione dell'art. 13 c. 2 d.lgs. 14 del 12 gennaio 2019:

1. indice di sostenibilità degli oneri finanziari: dato dal rapporto tra interessi ed altri oneri finanziari e ricavi netti;
2. indice di adeguatezza patrimoniale: dato dal rapporto tra patrimonio netto (senza tener conto di utili deliberati e crediti dei soci non versati) e debiti totali (compresi ratei e risconti);
3. indice di ritorno liquido dell'attivo: dato dal rapporto tra cash flow (differenza dei flussi di cassa entrate/uscite per un intervallo di tempo) e totale attivo;
4. indice di liquidità: dato dal rapporto tra attività correnti compresi ratei e risconti attivi e passività correnti compresi ratei e risconti passivi;
5. indice di indebitamento previdenziale e tributario: dato dal rapporto tra debiti tributari e previdenziali con scadenza entro e oltre l'esercizio ed il totale delle attività.

Il documento del CNDCEC del 19 ottobre 2019, "Crisi d'Impresa gli Indici di Allerta" prevedeva soluzioni diverse per tipologie di imprese particolari:

1. imprese costituite da meno di due anni: per quanto riguarda le imprese neo costituite o costituite entro i due anni vi è solo un indice che va tenuto in considerazione, ed è il patrimonio netto negativo. Non rientrano in questa casistica le imprese che si sono costituite a seguito di scissione o che sono state

- incorporate a seguito di fusione, società conferitarie o che acquistano un ramo d'azienda già esistente;
2. imprese in liquidazione: per questo tipo di imprese (se hanno cessato l'attività) si tiene in considerazione il rapporto tra l'attivo liquidabile ed i debiti. Ha, comunque, rilievo la presenza di insoluti o il valore inferiore ad 1 per l'indice DSCR;
 3. startup innovative: sono imprese giovani che hanno come attività principale o esclusiva lo sviluppo o la produzione o la vendita di prodotti o servizi innovativi ed altamente tecnologici. Per questo tipo di imprese l'indice tiene conto dell'abilità posseduta per la raccolta dei fondi/finanziamenti misurata con il DSCR;
 4. cooperative e consorzi: nella prospettiva semestrale il DSCR ottiene una valutazione considerato il prestito sociale.

Seppur i precedenti metodi valutativi possano risultare utili nel monitoraggio gestionale prospettico delle imprese, soprattutto di quelle in buono stato di salute, motivo per cui abbiamo scelto di esporli in questo capitolo, è stato constatato, anche mediante l'applicazione empirica e statistica degli stessi al tessuto aziendale nazionale, che il loro concreto funzionamento, avrebbe di fatto portato numerose realtà imprenditoriali verso la liquidazione giudiziale, generando, pertanto,

effetti eccessivi e non auspicabili sull'economia, soprattutto in un periodo storico in cui è stata stravolta dagli effetti della pandemia da COVID-19.

Nonostante la prescrizione fosse concettualmente apprezzabile, l'applicabilità effettiva delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi hanno suscitato sin dai primordi varie perplessità in dottrina, tanto da indurre il legislatore, in un primo momento, a posticiparne l'entrata in vigore al 31 dicembre 2023 e, successivamente, all'abrogazione con D.lgs. 83/22, andando verso la nuova misura della composizione negoziata della crisi introdotta dal D.L. 118/2021.

La modifica è andata, pertanto a variare il sistema dell'allerta previsto dal testo iniziale del CCII, eliminando ogni riferimento agli indicatori della crisi predisposti dal CNDCEC e sopra esposti.

Il monitoraggio costante di tali indicatori, unitamente all'analisi di bilancio ed all'implementazione di analisi in ottica *forward looking*, è tuttavia fondamentale per supportare l'impresa e prevenire eventuali situazioni di squilibrio.

Come riporta anche la sentenza del Tribunale di Cagliari n. 188/2021, è, infatti, considerata quale inadeguatezza dell'assetto organizzativo, *“l'assenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi*

aziendali”; così come per l’assetto amministrativo è da ritenersi scorretta la “mancata redazione di un budget di tesoreria; - mancata redazione di strumenti di natura previsionale; - mancata redazione di una situazione finanziaria giornaliera; - assenza di strumenti di reporting; - mancata redazione di un piano industriale”, e come dal punto di vista contabile è in difetto quell’impresa che opera in “assenza di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare; - analisi di bilancio unicamente finalizzata alla redazione della relazione sulla gestione; - mancata redazione del rendiconto finanziario.”

Fondamentale per le modifiche normative apportate dall’art. 2086 del Codice Civile e dal nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza è divenuto quindi il controllo di gestione.

La costante analisi della situazione economica e finanziaria dell’azienda permette, infatti, di esprimere numericamente svariate informazioni relative alla gestione aziendale, anche in specifici periodi o intervalli.

Per poter ottenere le informazioni da analizzare è possibile ricorrere al bilancio riclassificato: riclassificare il bilancio si traduce nel rielaborare le varie poste per mettere in risalto la situazione finanziaria, economica e patrimoniale.

Per quanto riguarda lo stato patrimoniale esso può essere riclassificato utilizzando i due metodi che si distinguono come segue: criterio finanziario e criterio funzionale. Per il criterio finanziario *“le attività o impieghi vengono classificate in relazione alla loro capacità di trasformarsi in liquidità entro l’esercizio, mentre le passività o fonti di finanziamento sono suddivise in base ai loro tempi di estinzione”*⁵⁸; diversamente, *“il criterio funzionale mette in evidenza il capitale investito nelle diverse aree gestionali e lo contrappone alle fonti di finanziamento.”*⁵⁹

È possibile utilizzare due modalità per riclassificare il conto economico: la prima, a valore aggiunto, che *“è il valore che esprime l’incremento di valore generato dalla gestione reddituale al netto dei costi sostenuti per l’acquisizione di materie prime e servizi”*⁶⁰; la seconda, a costo del

⁵⁸ Il Controllo di gestione per la previsione della crisi d’impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020, Capitolo secondo -

Pavarani E., Analisi Finanziaria, McGraw-Hill, 2003.

⁵⁹ Il Controllo di gestione per la previsione della crisi d’impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020, Capitolo secondo

⁶⁰ Il Controllo di gestione per la previsione della crisi d’impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020, Capitolo secondo

venduto, prevede che i costi siano classificati “rispetto ai centri di responsabilità caratterizzanti l’attività operativa”⁶¹.

A titolo solamente esemplificativo, per quanto riguarda l’area economica, entrando più nel dettaglio, può essere opportuno effettuare un’analisi dei costi in via analitica tramite la creazione di centri di costo o di commesse, dando rilievo alla distinzione tra costi diretti ed indiretti, da raffrontarsi con i rispettivi ricavi sì da individuare quelle che sono le aree gestionali più carenti e quelli che sono, invece, i *Key Success Factors* aziendali. Dal punto di vista finanziario è opportuno, invece, monitorare la posizione finanziaria netta della società di periodo in periodo ponendo attenzione alle relative variazioni.

Fondamentale per il mantenimento della salute aziendale è, poi, la creazione dei budget annuali che, raffrontati con i dati di bilancio consuntivi, garantiscano il congruo monitoraggio dell’equilibrio economico e finanziario della gestione. Questi permettono di reindirizzare tempestivamente il *mangement* verso strategie più proficue, riadattando poi il budget dei periodi successivi su misurazioni più realistiche,

⁶¹ Il Controllo di gestione per la previsione della crisi d’impresa, Letizia Vella, Passerino Editore, 2020, Capitolo secondo – Marchi L., Marasca S., Riccaboni A., Controllo di Gestione. Metodologie e strumenti, Arezzo KNOWITA, 2013. P. 465

che andranno a migliorare in precisione con il passare del tempo, acquisendo una sempre maggiore consapevolezza dell'andamento prospettico dell'impresa.

In questa ottica, oltre alle verifiche a breve termine è importante anche la creazione di piani pluriennali, che permettano di ovviare ad una visione miope della gestione e monitorino la continuità aziendale, concetto ormai consolidato a livello civilistico.

Nel caso, però, in cui un'impresa stia percependo il principio di uno squilibrio, anche parziale, in una fase che può essere antecedente ad una crisi vera e propria, è possibile valutare la ragionevole perseguibilità del risanamento aziendale attraverso una *check list* particolareggiata, con le indicazioni operative per la risoluzione delle problematiche aziendali, così come grazie ad un test pratico che permetta di verificare il livello di gravità dello stato di allerta in cui si trova l'impresa. Detti strumenti sono rinvenibili su una piattaforma telematica gestita dalla Camera di Commercio così come disposto dal titolo II, capo I del CCII, sulla Composizione negoziata della crisi d'impresa, all'art.13.

Per quanto riguarda la Check list operativa si fa riferimento a quanto disposto nell'allegato al decreto dirigenziale direttore generale degli affari interni del 28 settembre 2021, richiamato dallo stesso art. 13 CCII, mentre di seguito si mostra un esempio del test pratico.

TEST PRATICO PER LA VERIFICA DELLA RAGIONEVOLE PERSEGUIBILITA' DEL RISANAMENTO

L'entità del debito che deve essere ristrutturato	Euro	Segno
Debito scaduto	600.000,00 €	+
Debito riscadenzato o oggetto di moratorie	80.000,00 €	+
Linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo	30.000,00 €	+
Rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni	72.000,00 €	+
Investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare	100.000,00 €	+
Ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinari) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale	60.000,00 €	-
Nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti	80.000,00 €	-
Stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti	20.000,00 €	-
TOTALE A	722.000,00 €	

I flussi annui al servizio del debito		
Stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime	460.000,00 €	+
investimenti di mantenimento annui a regime	60.000,00 €	-
imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte	60.000,00 €	-
TOTALE B	340.000,00 €	

Grado di difficoltà del risanamento (1)	2,12	
--	-------------	--

(1) Se l'impresa è prospetticamente in equilibrio economico e cioè presenta, a decorrere almeno dal secondo anno, flussi annui di cui a [B], superiori a zero e destinati a replicarsi nel tempo, il grado di difficoltà del risanamento è determinato dal risultato del rapporto tra il debito che deve essere ristrutturato [A] e l'ammontare annuo dei flussi al servizio del debito [B]

Il grado di difficoltà dell'impresa emerso dall'esempio precedente è pari a 2,12.

Il valore fornisce una stima indicativa sul numero degli anni necessari per estinguere la posizione debitoria, del volume dell'esposizioni debitorie che necessitano di ristrutturazione e dell'entità degli eventuali stralci del debito.

Il ministero fornisce le seguenti indicazioni per la lettura del risultato:

- *“un rapporto non superiore all'unità è indice di difficoltà contenute; le difficoltà crescono al crescere del rapporto ma restano contenute fino ad un certo livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi attorno a 2. In tal caso, l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente ad individuare il percorso di risanamento;*
- *quando il rapporto supera un certo livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi attorno a 3, il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare;*
- *superato un ulteriore livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi a 5-6, la presenza di un margine operativo lordo positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda.*

- *se, invece, l'impresa si presenta in disequilibrio economico a regime, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (ad esempio, interventi sui processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese)."*

L'azienda analizzata nell'esempio, come potete vedere, avendo ottenuto un valore approssimativamente vicino al 2, presenta, quindi, una possibilità di risanamento e, pertanto, potrà riuscire a recuperare le temporanee difficoltà senza interventi esterni.

In conclusione, ove non vi è stato un controllo di gestione efficiente o dove comunque non si è in una condizione sicura, per evitare l'aggravio di una situazione instabile, si rende opportuno monitorare l'andamento societario tramite il precedente test e muoversi di conseguenza, anche approcciandosi tempestivamente a procedure concorsuali in caso ne emerga la necessità.

Capitolo X

10. Il controllo di gestione nelle PMI: Il caso F.Ili Pa-squi S.r.l.

A cura di: Dott. Mattia Virto

10.1 La crisi internazionale ed il controllo di gestione

Il controllo di gestione nasce come strumento a supporto del management per controllare la conduzione dell'impresa.

La crisi internazionale causata dalla guerra in Ucraina ed in precedenza l'incertezza generata dalla pandemia, hanno dimostrato alle aziende l'importanza di strutturarsi con un processo di controllo di gestione articolato nella formulazione di obiettivi e programmi di breve periodo, nella verifica sistematica del grado di realizzazione del programma stesso e del raggiungimento dei suoi obiettivi e nell'assunzione di eventuali adeguati provvedimenti correttivi, spesso sono riuscite a non riportare perdite economiche e danni finanziari.

10.2 Il caso della Società F.Ili Pasqui S.r.l

La F.Ili Pasqui S.r.l. è l'espressione più classica e comune della PMI italiana. Azienda a conduzione familiare giunta alla seconda generazione di imprenditori, è una dei leader nel suo settore dal 1970. Fondata nel 1962 a Siena, il core business dell'azienda è la commercializzazione di prodotti e la fornitura di servizi nel settore definito Ho.Re.Ca. (Hotellerie, Restaurant & Cafè), ovvero il settore alberghiero e commerciale, individuando quell'insieme di settori che hanno a che fare con il food, beverage e hospitality.

Per voce del Direttore Commerciale della F.Ili Pasqui S.r.l., Giulio Criscenti, con deleghe oltre che alle vendite anche agli acquisti ed alle varie attività strategiche dell'azienda, "gestire, insieme al gruppo di lavoro ed alla proprietà, gli eventi appena descritti, per cui in un contesto socio-economico nuovo e non semplice, è stato possibile grazie all'implementazione di sistemi di controllo aziendale ben definiti, e ad una organizzazione interna che lasciava molto poco al caso, ma si basava su report, indici e analisi quotidiane, divise per settori aziendali".

Controllare l'andamento aziendale sulla base soltanto del fatturato e dei tempi di incasso sarebbe stato un grave errore. Aver strutturato invece l'azienda di processi che permettessero di conoscere:

- il margine commerciale di ogni prodotto;

- le prospettive del mercato;
- i programmi dei propri clienti;
- il valore del proprio know-how cercando di essere competitivi rispetto ai concorrenti in termini di efficacia (tempi di consegna, rispetto della qualità del prodotto) e di efficienza (risorse impiegate per realizzare prodotti e servizi);
- l'utile nel breve periodo;
- quali investimenti programmare;

ha permesso di prendere decisioni strategiche in tempi brevissimi e con il controllo delle conseguenze in termini economici e finanziari.

“In pratica, anche durante questo lungo periodo di crisi economica, abbiamo evitato di navigare a vista e siamo riusciti a programmare tutte le attività”, aggiunge il Direttore.

In particolare, sono due momenti in cui l'azienda ha dovuto prendere decisioni importanti in tempi molto stretti e nei quali è stato fondamentale il supporto di un collaudato sistema di controllo:

- 2020 l'inizio della pandemia; l'azienda per contrastare gli effetti del COVID-19 in uno dei loro settori primari (la ristorazione) è riuscita ad effettuare uno switch di prodotti, sostituendo detersivi e macchinari per la pulizia tradizionale, con prodotti igienizzanti a base di alcool, dispositivi per la persona quali camici, guanti, DPI, erogatori

di ozono o purificatori di aria. Nel corso della pandemia hanno dovuto adattarsi ad un cambiamento del loro target di clientela abituale, sostituendo ristoranti, hotel e catering con Rsa, ospedali, centri Covid, filiali e centri di smistamento Poste Italiane, catene di supermercati, imprese specializzate nella sanificazione di ambienti. Questo aspetto ha portato la Società, che detiene più di 6.000 clienti attivi nel segmento target, ad avere un blocco degli incassi dei loro crediti verso la maggior parte della loro clientela.

➤ 2022 l'inizio della guerra in Ucraina ed il conseguente aumento dei prezzi; questo secondo shock esogeno ha messo la Società di fronte ad una scelta molto complessa, ovvero quella di aumentare i listini in proporzione agli incrementi ricevuti da parte dei fornitori oppure fare una politica di crescita del fatturato perdendo margine commerciale, ma incrementando il margine di contribuzione.

L'azienda ha optato per la seconda opzione, ed il forecast 2023 conferma che è stata fatta la scelta più corretta.

In entrambe queste fasi di elevata complessità, essere supportati da un sistema di controllo definito ha permesso di operare riuscendo a:

- conoscere i costi reali dei prodotti e dei servizi;
- stabilire in modo consapevole il prezzo del prodotto;
- conoscere la redditività per prodotto e/o cliente;
- conoscere l'incidenza dei costi indiretti;

- tenere sotto controllo i flussi di cassa;
- evitare uno stress finanziario che avrebbe potuto provocare uno squilibrio patrimoniale, fra risorse più prontamente esigibili e debiti a breve periodo.

10.3 La figura del commercialista, l'implementazione del controllo di gestione ed il suo ruolo nella prevenzione della crisi

Come riportato precedentemente, la Società è riuscita a prendere le decisioni corrette, favorendo guadagni ed evitando perdite, grazie al fatto che nel periodo pre-Covid sono stati dedicati tempo e risorse all'implementazione ed allo sviluppo del controllo di gestione.

A partire dal 2018 le competenze sul controllo di gestione sono state acquisite grazie alla figura di un professionista esterno, il quale si è occupato anche della formazione del personale addetto all'inserimento ed alla gestione delle informazioni chiave per il controllo di gestione.

Inoltre, come evidenziato in precedenza, il corretto controllo dei costi ha permesso all'azienda, e sta permettendo, di non procedere con una politica di austerità che si sarebbe ripercossa sulla struttura

aziendale, ma di continuare ad investire sulla crescita futura dell'impresa (investimenti in innovazione tecnologica, organizzazione dei processi, ecc..).

Quindi il suo fondamentale lavoro non si è esaurito soltanto nell'implementazione di un sistema di contabilità analitica, anche se aver contribuito alla definizione dei centri di costo, la definizione delle responsabilità, la determinazione delle modalità di ripartizione dei costi, la creazione di metodi di calcolo è stato considerato dalla *governance* aziendale un importante risultato.

Il professionista, nello specifico un dottore commercialista, ha avuto un ruolo determinante nella fase di pianificazione e scelte strategiche.

Si tratta di un esempio di “commercialista 2.0”, ossia una figura abile nel saper districarsi nelle materie più classiche come aspetti normativi civili e fiscali, anche a livello informatico e gestionale riuscendo ad entrare nei meccanismi aziendali e diventare parte di essi.

10.4 Fluttuazioni economiche-finanziarie e l'importanza della pianificazione

Grazie alle competenze introdotte, l'azienda non ha mai considerato il lavoro di pianificazione come un obbligo e non ha mai dato

allo stesso scarsa importanza. La F.Ili Pasqui S.r.l. considera la fase di pianificazione uno strumento utile al fine di programmare gli obiettivi e stimare in modo attendibile la struttura dei costi e dei ricavi per il periodo successivo.

Nella fase di studio dei costi complessivi dell'esercizio di riferimento, sono state esaminate tutte le voci comprese nel piano dei conti della società, dando a queste ultime una stima e andando poi a individuare il totale della macroclasse di riferimento.

Le stime dei conti di bilancio sono frutto di calcoli basati su molteplici fattori, e mai frutto di semplici sensazioni. Ad esempio, vengono osservati i trend di un determinato costo per vedere le variazioni percentuali che ha subito di esercizio in esercizio, ricavandone una media della sua fluttuazione; viene poi fatta una analisi del momento socio economico e del posizionamento dell'azienda rispetto a quest'ultimo.

La stessa modalità viene usata per stimare i ricavi complessivi di un esercizio, dividendo i ricavi per categorie di prodotto ed all'interno di una categoria per famiglia di prodotto (ad esempio: ricavi della categoria cucina, la famiglia detersivi per lavaggio manuale delle stoviglie), *target*.

Le previsioni che vengono fatte non devono necessariamente essere ottimistiche, ma devono corrispondere a quanto realisticamente

l'azienda prevede in termini di costi e ricavi. In determinate circostanze e scenari economico-finanziari vengono fatte delle ipotesi/valutazioni *worst case*, al fine di preparare il management aziendale a tutte le eventualità.

La predisposizione del budget annuale n+1, viene completata e presentata al CDA entro la chiusura dell'anno in corso, così da avere già uno scenario per l'esercizio successivo. Ogni mese, a partire dai risultati di gennaio n+1, vengono confrontati i dati consuntivi con i valori previsti.

Mensilmente il professionista predispose un conto economico riclassificato, al fine di analizzare l'andamento dei seguenti indicatori:

- Valore aggiunto;
- Ebitda;
- Ebit;
- previsione di utile ante imposte.

Questo controllo mensile permette, se necessario, di intraprendere azioni correttive tempestivamente fino al punto di rivedere, qualora si presentassero scostamenti significativi, la stima del budget stesso.

Il controllo mensile oltre che con il budget, viene effettuato anche con il confronto degli indicatori di performance evidenziati con i valori dello stesso mese degli anni precedenti (dal 2018). Il confronto è

agevolato dal fatto che l'azienda nel corso degli anni si è dotata internamente di un responsabile di sistemi informatici e di strumenti informatici moderni, rendendo la struttura informativa adeguata.

All'interno dell'azienda, tra i componenti della governance aziendale, c'è condivisione sul considerare la definizione degli indicatori, la predisposizione di obiettivi, la misurazione e valutazione dei risultati elementi fondamentali di un processo dinamico di continua ricerca di miglioramento.

Un piccolo miglioramento è stato prodotto di recente sulla qualità dei report. Infatti, è stata modificata la qualità degli output generati dal sistema di controllo di gestione, non solo dal punto di vista della precisione dei dati, ma anche dal punto di vista della presentazione degli stessi. La nuova reportistica, molto intuitiva, consente un'immediata evidenza dei dati e ci permette di effettuare un esame analitico degli indicatori e dell'andamento degli stessi rispetto agli anni precedenti ed ai valori predisposti nel budget.

Sotto questo aspetto, il supporto del professionista esterno ha permesso all'azienda di crescere nella cura della reportistica, nella verifica della validità dei dati contenuti nelle forme di presentazione prima di procedere all'analisi degli stessi con la direzione aziendale.

Ritornando ai contenuti dei report, nel caso in cui si verificano scostamenti significativi l'azienda cerca di avere un atteggiamento proattivo rispetto a questi, non limitandosi a prenderne atto, ma analizzando dettagliatamente le cause ed intraprendendo, in tempi brevi, le necessarie azioni correttive. Azioni correttive si sono rese necessarie in special modo durante la pandemia, poiché l'azienda ha dovuto fronteggiare non solo i cambiamenti, ma principalmente la velocità con cui avvenivano questi cambiamenti.

Ad esempio, nei primi tre mesi della pandemia i guanti monouso erano diventati introvabili e facevano registrare prezzi di acquisto dieci volte superiori al prezzo medio pre-pandemico. Gli ordini programmati dall'azienda venivano però consegnati con sei mesi di ritardo; in questo lasso di tempo, fra l'ordine e la consegna, i prezzi vennero calmierati e rientrarono in una fascia considerata sostenibile portando il mercato a riadeguare il prodotto ad un prezzo più basso. Per l'azienda questo avrebbe voluto dire dover vendere il prodotto sottocosto, oppure uscire sul mercato con un prodotto fuori prezzo. Quindi, per evitare di essere poco appetibili per i propri clienti, la Società decise di procedere nel modo seguente:

- adeguare il prezzo di vendita dei guanti al miglior prezzo del mercato;
- calcolare il valore in euro del margine commerciale perduto;

➤ recuperare il margine commerciale perduto, imputandolo al prezzo di listino di quei prodotti (sanificanti, mascherine e camici) dove l'azienda era riuscita a bruciare la concorrenza riuscendo ad anticipare gli altri player sul mercato, grazie ad un accurato lavoro di ricerca e sviluppo.

La pianificazione ha permesso di ottenere anche importanti benefici finanziari nel periodo di crisi internazionale. L'azienda, grazie ad un piano economico finanziario rodato, è riuscita a:

➤ ridurre i tempi medi di riscossione (ai clienti nuovi, circa l'80% del totale chiedevamo il bonifico anticipato); mentre ai clienti con scaduti superiori ai 90/120 giorni la società offriva piani di rientro e/o dilazioni di pagamento anche fino a 12 mesi;

➤ rispettare tutte le scadenze nei confronti di fornitori, dipendenti e Stato;

➤ aumentare la disponibilità finanziaria.

Grazie a strumenti implementati all'interno del perimetro del "controllo di gestione" dal punto di vista finanziario, l'azienda si è permessa di poter finanziare i propri clienti (continuandoli a servire nonostante uno scaduto non movimentato da mesi) ed accompagnarli in una ripresa dell'attività che ha portato benefici ad entrambe le parti.

Nel corso del 2022, in un contesto di forte inflazione dove i fornitori hanno effettuato aumenti rilevanti ai propri listini, il “ribaltare” gli aumenti subiti sui clienti avrebbe potuto comportare il rischio di mettere in seria difficoltà i contratti commerciali che la F.Ili Pasqui S.r.l. aveva stipulato ad inizio anno, e che riguardavano il 60% del fatturato previsto. Di fronte a questo scenario, la direzione commerciale, supportata da tutto il CDA, ha strategicamente deciso di non applicare l’aumento ai propri listini, mantenendo in tal modo i prezzi più appetibili per i propri clienti ed acquisendo molti clienti importanti dei competitor. Questa decisione ha portato una crescita di fatturato del 13% e ha migliorato la parte finanziaria, poiché i clienti nuovi erano tutti affidabili, ma allo stesso tempo ha generato un utile a bilancio 2022 molto basso.

Nel 2023 i fornitori stanno invece riducendo i prezzi dei loro listini e la direzione commerciale ha leggermente incrementato quelli della Società, registrando un aumentato medio del 5%. Con una politica di fidelizzazione importante è stata capace di mantenere i clienti esistenti ed i nuovi dello scorso anno, fattori che stanno veicolando il 2023 ad un fatturato record per la F.Ili Pasqui S.r.l. con una previsione di utile molto positiva.

Questo è stato possibile grazie al sistema di controllo di gestione e ad un adeguato assetto organizzativo realizzato nel corso degli anni. Sistema non statico, ma dinamico, sempre in continuo aggiornamento e che cerca di adeguarsi ai cambiamenti che lo circonda.

10.5 Conclusioni

Da un punto di vista operativo tutto questo deve essere affiancato da un insieme di procedure che prevedano la presenza di risorse professionali in possesso di adeguate competenze e che siano in grado di garantire soprattutto l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi, del sistema di controllo interno e la produzione di informazioni derivanti dal sistema amministrativo-contabile.

Un adeguato sistema amministrativo-contabile rappresenta un'importante fonte informativa da mettere al servizio del management aziendale affinché lo stesso possa individuare le migliori scelte gestionali, finalizzate a garantire la continuità e la salvaguardia del patrimonio aziendale.

L'impiego equilibrato delle risorse a disposizione dell'impresa, anche in un contesto di criticità, agevola il raggiungimento degli obiettivi prefissati, soprattutto se avviene in presenza della puntuale identificazione, gestione e monitoraggio dei principali fattori di rischio aziendale. Il ruolo combinato del sistema di gestione dei rischi e di controllo interno rappresenta elemento della governance aziendale che

non deve essere ricondotta unicamente alle modalità con le quali è applicato l'orientamento strategico, ma anche all'attitudine ad un coordinato controllo dello svolgimento delle attività aziendali, in linea con quanto definito.

L'emergenza derivante prima dalla pandemia da Covid-19, poi dal contesto geopolitico rendono queste tematiche ancor più attuali. La necessità che ogni imprenditore ha di intercettare per tempo le criticità che potrebbero ragionevolmente presentarsi nei prossimi mesi impone l'applicazione dei sopraccitati approcci, opportunamente adattati a questo contesto. Il management aziendale è chiamato dunque ad individuare le migliori soluzioni il più velocemente possibile, sapendo che gli effetti conseguenti ad errate strategie avranno un peso diverso da quello che avrebbero avuto in un contesto di normalità gestionale.

Capitolo XI

PROFILI DI DIRITTO TRIBUTARIO

LA PIANIFICAZIONE FISCALE QUALE *SPECIES* DEL *GENUS* ADEGUATI ASSETTI

11. Adeguati assetti, rischio fiscale e tax governance

A cura di: Dott. Marco Scarfone

11.1 Rischio aziendale e rischio fiscale

Questo paragrafo è riservato all'analisi degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili in un'ottica di gestione del rischio fiscale.

Per inquadrare il tema, anzitutto, è opportuno ricordare come le imprese, durante l'intero ciclo di vita, si trovino ad affrontare diversi rischi aziendali. Questi rappresentano delle situazioni interne all'azienda o esterne alla stessa che, se non analizzati, valutati e gestiti correttamente, possono portare a spiacevoli conseguenze. Per tale motivo la gestione degli stessi è stata presa in considerazione anche dal Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza.

Si parla di rischi interni con riferimento ad eventi direttamente collegati all'azienda, ad esempio un eccessivo indebitamento. Si parla invece di rischi esterni riguardo a cause estranee all'attività imprenditoriale, suscettibili comunque di influire sulla stessa: volendo fare qualche esempio di stretta attualità, rientrano tra i rischi esterni la guerra in Ucraina o il conflitto mediorientale, con la conseguente crisi energetica.

Il rischio aziendale può essere diviso nelle seguenti tipologie:

- il rischio finanziario, relativo ad un eccessivo indebitamento con conseguente difficoltà nel gestire i pagamenti correnti. Riguardo a questo aspetto, peraltro, lo stesso Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza ha sviluppato degli indicatori utili per anticipare ed evitare situazioni di squilibrio finanziario;
- il rischio di compliance, inerente alla mancata conformità a leggi, regolamenti o normative nazionali ed internazionali;
- il rischio strategico, relativo alle decisioni prese dal management aziendale, ma anche da iniziative messe in atto da clienti e fornitori che possono diminuire la quota di mercato dell'impresa;

- il rischio operativo, considerando tale quello direttamente attinente all'errore umano, ad esempio durante la fase produttiva, o nel caso del malfunzionamento di software utilizzati dall'azienda;
- il rischio di mercato, relativo ad esempio alla modifica dei tassi di interesse per cause riconducibili all'andamento dei mercati finanziari.

Indicazioni molto interessanti riguardo i rischi e la loro percezione da parte delle aziende italiane, sono riportate all'interno dell'*Allianz Risk Barometer*⁶².

Di seguito la classifica, in ordine di importanza, dei rischi maggiormente percepiti in Italia:

1. rischi informatici;
2. interruzione delle attività (anche della supply chain);
3. cambiamenti nello scenario macroeconomico (inflazione/deflazione, programmi di austerità, aumento dei beni di consumo primari);
4. crisi energetica (carenza/interruzione della fornitura/fluttuazione dei prezzi);

⁶² Cfr. <https://commercial.allianz.com/news-and-insights/reports/allianz-risk-barometer.html>

5. cambiamenti nello scenario legislativo e regolamentare (sanzioni economiche, protezionismo, disgregazione dell'Eurozona);
6. catastrofi naturali (tempeste, inondazioni, terremoti);
7. cambiamenti climatici (rischi fisici, rischi operativi, rischi finanziari e rischi di reputazione derivanti dal riscaldamento globale);
8. carenza di forza lavoro qualificata;
9. incendi, esplosioni;
10. rischi politici (guerra, terrorismo, rivolte).

Il rischio che andremo ad affrontare in questo elaborato è quello fiscale ed è possibile ricomprenderlo nella categoria n.3 (Cambiamenti dello scenario macroeconomico).

A tal riguardo, l'art. 3 del Decreto n. 128/2015, ne fornisce una prima descrizione utile: *“il rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario”*.

Il rischio fiscale possiamo definirlo come: *“il combinato disposto tra la probabilità di accertamento tributario e l'entità del danno erariale che ne deriva”*.⁶³

⁶³ Cfr. G. MANTEGAZZA, *La gestione del rischio fiscale nel diritto tributario d'impresa: problematiche e prospettive*, 2020.

11.2 Corporate governance e tax governance

Nel precedente paragrafo sono stati riassunti i rischi cui l'azienda è soggetta ed è stata posta l'attenzione, in particolare, sul rischio fiscale. In questo paragrafo verrà trattato il sistema di gestione delle imprese, anche detto corporate governance ed in particolare l'area di tax governance cui si fa riferimento nella gestione del rischio fiscale.

La corporate governance è l'insieme delle regole e delle prassi che determinano la struttura decisionale e organizzativa del governo societario. Quest'ultimo, in particolare, è inteso come il sistema di gestione atto a gestire i possibili interessi divergenti dei soci di maggioranza, di minoranza e degli amministratori, rispetto alle risorse a disposizione dell'azienda.

La tax governance è un'area della corporate governance, nello specifico è relativa alla gestione fiscale dell'impresa, ed è dunque volta a neutralizzare o quantomeno a minimizzare il rischio fiscale sopra descritto.

Ai fini della presente trattazione ci soffermeremo sulla tax governance alla luce dell'entrata in vigore dell'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. n. 14/2019), il quale è stato integrato nell'art. 2086, comma 2, c.c. con la previsione secondo cui *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione*

tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Il contenuto del secondo comma dell'art. 2086 c.c. rappresenta un forte richiamo al dovere di sana gestione a cui sono chiamati gli organi delegati delle società e l'imprenditore in genere. Sono loro che devono curare l'adeguatezza degli assetti. In particolare, al consiglio d'amministrazione spetta il compito di valutare tale adeguatezza, mentre ai sindaci quello di vigilare sulla stessa.

La tax governance della quale discuteremo ampiamente nei successivi paragrafi, è dunque la governance applicata alla variabile fiscale da parte del management aziendale, in linea con le decisioni prese a monte in tema di *tax philosophy*.

11.3 Il modello di gestione del rischio fiscale orientato alla tax compliance

Per analizzare questo aspetto, occorre partire dal concetto di tax compliance. Quest'ultimo è definito dal glossario presente sul sito web Fiscooggi⁶⁴, gestito dall'Agenzia delle Entrate come segue: “Livello di

⁶⁴ Cfr. <https://www.fiscoetasse.com/approfondimenti/14047-il-sistema-di-gestione-del-rischio-fiscale.html>

adesione spontanea del contribuente agli obblighi fiscali, che l'Amministrazione finanziaria ottiene utilizzando opportunamente due leve: da un lato il servizio, l'assistenza e le informazioni che fornisce al singolo, dall'altro il contrasto all'evasione fiscale.”

Quello della tax compliance è un argomento che potremmo sintetizzare come la ricerca costante delle migliori soluzioni, non volte all'elusione fiscale bensì al minor carico fiscale possibile per l'impresa, rimanendo dunque nel pieno rispetto delle disposizioni vigenti⁶⁵.

Quanto sopra è stato effettivamente implementato con il D. Lgs. 128 del 5 agosto 2015, attraverso il quale è stato istituito il regime di cooperative compliance, rivolto alle imprese medio grandi, ossia ai contribuenti dotati di un adeguato sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura fiscale o in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario. Questo regime si pone l'obiettivo di ottimizzare la gestione dei rischi fiscali, eliminando i dubbi sul

⁶⁵ In proposito, si vedano, tra gli altri, G. RAGUCCI, *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Coregulation*, Torino, 2023; ID., *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla Tax Compliance*, Torino, 2018; D. CONTE, *Dal controllo fiscale sul dichiarato al confronto preventivo sull'imponibile*, Milano, 2018; M. PIERRO, *La comunicazione preventiva nei procedimenti tributari di controllo e la tax compliance*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2018, 4, 1 ss.

loro trattamento tributario, fornendo quindi una maggiore certezza sul diritto da applicare, evitando eventuali ricadute anche in termini reputazionali, prima che sorgano conflitti fra Amministrazione finanziaria e contribuente.

Parlando in termini generali della gestione del rischio fiscale, poi, essa è rivolta sia ad ottimizzare la variabile fiscale in ambito nazionale, sia in ambito internazionale, ed è proprio questo il caso che andremo ad affrontare più dettagliatamente in questa trattazione, qualora naturalmente l'impresa decida di aprirsi ai mercati internazionali e di operare all'estero.

Nello specifico, il rischio fiscale si può suddividere in: rischio ordinario o rischio straordinario.

Il rischio fiscale ordinario si può verificare nel contesto di attività caratterizzate da natura ricorsiva (ad esempio processi quali la normale attività di vendita oppure la gestione del personale). L'identificazione di tale rischio si deve svolgere secondo un approccio per processi, ossia attraverso l'analisi di ogni diversa attività, all'interno della quale esso può manifestarsi.

La mappa dei rischi deve, quindi, contenere un'analisi preliminare dei processi e dei relativi sotto-processi operanti presso l'impresa, volta ad identificare le singole attività che li compongono. Dove possibile, inol-

tre, andrebbe associata la rilevanza economica di ogni attività, che rappresenta un criterio importante per facilitare la successiva fase di valutazione dei rischi legati ad ogni processo.

Si parla, invece, di rischio fiscale straordinario quando questo riguarda specifiche transazioni di natura eccezionale, che possono comunque provocare un impatto particolarmente significativo dal punto di vista della fiscalità.

Nell'ottica di adesione al regime di adempimento collaborativo, è auspicabile che queste operazioni siano puntualmente condivise con l'Agenzia delle Entrate. Questa, a tal proposito, ha specificato di ritenere necessaria una rappresentazione corretta dei rischi non routinari e una puntuale individuazione dei criteri specifici per la loro valutazione.

Un *modus operandi* applicato nella gestione delle operazioni straordinarie è quello della valutazione del rischio fiscale basandosi sulla probabilità di accadimento dell'evento dannoso ed il suo relativo impatto sull'impresa. D'altronde il rischio, per definizione fornita ad esempio dall'Enciclopedia Treccani è "L'eventualità di subire un danno connessa a circostanze più o meno prevedibili".

La probabilità viene espressa in termini qualitativi, dal livello "probabile" a quello "improbabile", basandosi sull'esistenza o meno di accadimenti nel passato, sul volume di specifiche transazioni riguardanti

l'attività su cui potrebbe verificarsi il rischio, il numero di persone coinvolte nell'attività o nel processo, la frequenza dei cambiamenti della normativa fiscale sottostante l'evento di rischio etc.

L'impatto del rischio fiscale è valutato attraverso un approccio qualitativo, con diversi livelli che vanno da "basso" ad "alto". La valutazione dell'impatto prende in considerazione oltre chiaramente agli effetti finanziari sull'attività d'impresa, anche gli effetti non finanziari quali ad esempio danni di immagine, sanzioni penali, deterioramento dei rapporti con i clienti etc.

La combinazione delle due valutazioni, espresse in termini di probabilità e di impatto, originano il livello di rischio potenziale, anche detto il rating del rischio.

Valutato così il rischio potenziale, si procede alla determinazione del livello di rischio residuo, cioè quello a cui risulta realmente esposta l'azienda, sulla base della situazione concreta e dei controlli esistenti, posti in essere come presidio del rischio fiscale, che devono essere verificati in termini di adeguatezza e di efficacia.⁶⁶

Con riferimento all'adeguatezza dei controlli, essa si esprime qualitativamente, tramite una scala di valori che va da "inefficiente" ad "efficiente".

⁶⁶ Per maggiori dettagli si consulti l'approfondimenti a cura di STUDIO AC AVVOCATI E COMMERCIALISTI, *Cooperative Compliance*, 2020, Maggioli Editore.

Per quanto concerne l'efficacia, invece, i controlli devono essere verificati nella loro concreta attuazione e nel loro livello di formalizzazione, ad esempio l'esistenza di manuali consultabili dal personale oppure la produzione di documenti sui controlli effettuati.

La valutazione finale del rischio residuo si ottiene dalla combinazione del livello di rischio potenziale e della valutazione sull'efficacia dei controlli interni in essere.

Lo scopo primario del processo di rilevazione del rischio residuo è quello di evidenziare eventuali lacune nel sistema di controlli e facilitare l'individuazione delle aree di miglioramento, sulle quali apportare gli opportuni provvedimenti correttivi.⁶⁷

⁶⁷ Cfr. CAPPARELLI E LANZINO, *Modelli di gestione del rischio e Compliance ex d.lgs. 231/2001*, 2016, Wolters Kluwer.

Capitolo XII

12. La pianificazione fiscale quale elemento per la gestione del rischio fiscale

A cura di: Dott.ssa Gabriella Armano

12.1 La pianificazione Fiscale

Quando si parla di pianificazione fiscale, (o *tax planning* in accezione anglosassone) si intende uno strumento di pianificazione annuale o pluriennale, finalizzato all’ottimizzazione del carico fiscale delle aziende, nel rispetto delle normative fiscali vigenti.

La pianificazione fiscale rientra nel più ampio concetto di pianificazione finanziaria, essendone componente integrante ed essenziale. La strategia fiscale viene ulteriormente inquadrata nell’ottica del concetto, ormai consolidato, di *wealth management*, ossia di quella che potremmo chiamare “pianificazione patrimoniale “. Risulta impensabile infatti, amministrare, utilizzare, ristrutturare e programmare gli asset aziendali nel futuro senza ottimizzare la leva finanziaria e fiscale⁶⁸.

La pianificazione fiscale per le imprese rappresenta, quindi, un’attività di analisi e di ricerca per raggiungere il miglior risultato in termini di

⁶⁸ Cfr. L. BELLUZZO, *Il Wealth Planning*, 2022, Egea.

carico fiscale e deve, pertanto, essere ponderata in base a vari fattori, ben strutturata in modo da poter diventare strumento utile sia per grandi sia per PMI, anche in termini di ottimizzazione dei risultati economici.

Alcuni esempi di strumenti di pianificazione fiscale in ambito nazionale, da utilizzare per migliorare la *performance* aziendale sono:

- il ricorso ai regimi agevolati quali il *Patent Box*;
- il ricorso agli incentivi fiscali relativi agli investimenti in beni strumentali come, ad esempio, il credito d'imposta nel Piano Transizione 4.0;
- il ricorso agli strumenti di *welfare* aziendale.

Altri strumenti di pianificazione fiscale di ambito nazionale saranno esaminati nel paragrafo successivo; è sufficiente qui aver chiarito che l'elaborazione di una efficace pianificazione fiscale avviene per step, più o meno complessi, in relazione alle dimensioni e all'ambito in cui opera l'azienda.

Ampliando l'analisi della pianificazione fiscale all'ambito internazionale, di cui parleremo nel dettaglio nell'ultimo paragrafo, è richiesta un'attenzione particolare sulle misure di *disclosure* e sull'analisi attenta del contesto economico in cui si opera, al fine di evitare di ricadere in una o più fattispecie elusive o abusive .

Viene da sé che la pianificazione fiscale diventa pertanto lo strumento utilizzabile dalle aziende per tentare di arginare una pressione fiscale

elevata; i sistemi di controllo di gestione e di pianificazione economico-finanziaria costituiscono lo strumento per eccellenza su cui il *management* aziendale deve basarsi per valutare *ex ante* la fattibilità della strategia aziendale.

Altro aspetto importante da tenere conto nella pianificazione fiscale riguarda la cosiddetta *tax governance*, di cui si è ampiamente detto nel primo paragrafo, ossia la riduzione del cosiddetto “rischio fiscale”, possibile attraverso l’adozione di adeguate *tax policies* che siano strumentali all’individuazione di una strategia fiscale di alto livello, che conduca alla neutralizzazione del rischio fiscale, sia in ambito nazionale sia internazionale. Il tutto sempre nel pieno rispetto delle normative vigenti.

In definitiva, per massimizzare le opportunità di *business*, è necessaria un’efficace politica aziendale in termini di *tax governance* e un’accurata pianificazione fiscale per evitare quelle zone d’ombra che possono sconfinare in comportamenti elusivi o evasivi.

12.1.1 Pianificazione fiscale aggressiva

Per pianificazione fiscale aggressiva si intende il trasferimento dei profitti da Paesi con un’elevata fiscalità verso Paesi con una minor imposizione fiscale, al fine di ridurre il livello di imposizione sul reddito.

L'esponenziale crescita di ricerca di condizioni economiche più favorevoli in altri Paesi, rispetto a quello di appartenenza, ha lo scopo di migliorare la propria leva finanziaria e aumentare la redditività aziendale, nonché il miglioramento dell'equilibrio patrimoniale.

In tale ambito, possiamo introdurre il concetto di pianificazione fiscale internazionale come strumento che consente alle aziende di svolgere attività economica all'estero minimizzando il carico fiscale complessivo. Nell'effettuare la pianificazione fiscale internazionale, ovviamente, va posta attenzione a quella che potrebbe facilmente tradursi in una pianificazione fiscale aggressiva e incorrere in pratiche di evasione o di elusione fiscale internazionale.

Ma quando il *tax planning* può avere i tratti evasivi ed elusivi? Essenzialmente questo avviene in due casi: quando l'intenzione è quella di violare apertamente disposizioni di legge in ambito fiscale; o anche quando, pur in assenza di una specifica violazione, si aggirano o si utilizzano in modo fraudolento le pertinenti disposizioni fiscali.

Nel concreto, la pianificazione fiscale aggressiva potrebbe dunque non violare apertamente alcuna norma di legge, ma lo sfruttamento di condizioni fiscali favorevoli, mediante lo spostamento dei profitti, comporta comunque un danno agli interessi erariali dello Stato coinvolto. Pertanto, negli ultimi anni uno degli obiettivi dell'OCSE è stato quello di rafforzare la trasparenza fiscale e di armonizzare le politiche fiscali

tra gli Stati, al fine di colmare quel divario di trattamento dato uno sproporzionato trattamento fiscale⁶⁹.

Il progetto *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* ha svolto in tal senso un ruolo importante, analizzando le varie strategie fiscali che le imprese attuano per erodere la base imponibile (*base erosion*) e quindi diminuire la pressione fiscale, mediante il trasferimento dei profitti (*profit shifting*) da paesi ad alta imposizione a paesi a tassazione ridotta.

Il pacchetto BEPS, contenente le 15 misure del piano di azione, viene riassunto nel seguente schema⁷⁰:

I Pilastro	II Pilastro	III Pilastro
Maggiore Coerenza delle regole	Focus sui profili sostanziali	Garantire Trasparenza e certezza del Diritto
Hybrid Mismatch Arrangements	Clausole Antiabuso	Misurare il BEPS
Regolamentazione Controllate Estere	Stabili Organizzazioni	Regole di Disclosure
Transazioni finanziarie Infragruppo	Beni immateriali	Documentazione

⁶⁹ Cfr. L. BELLUZZO, *Il Wealth Planning*, 2022, Egea.

⁷⁰ Cfr. nota breve n. 13 del 2015, Servizio del Bilancio del Senato.

I Pilastro	II Pilastro	III Pilastro
Pratiche Fiscali Dan-nose	Allocazione dei Rischi	Risoluzione Controversie
	Ambiti ad alto rischio Erosione	
Economia Digitale		
Strumento multilaterale		

Alla luce di questo, la Commissione Europea ha successivamente proposto, con riferimento alla *Proposal for a Council Directive to tackle the role of enablers that facilitate tax evasion and aggressive tax planning' in the European Union (Securing the Activity Framework of Enablers - SAFE)*, una serie di iniziative mirate a delineare non solo le politiche strategiche contro l'*aggressive tax planning*, ma anche volte a definire quello che è il ruolo dei "facilitatori", ossia di quei soggetti che hanno il compito di creare in Paesi a fiscalità privilegiata delle strutture particolarmente complesse il cui fine è l'erosione della base imponibile nello Stato *target*.

Le direttive già adottate in tale ambito sono:

- la direttiva Anti-Elusione (ATAD);
- la direttiva (UE) n. 2018/822, che ha modificato la direttiva relativa alla cooperazione amministrativa nel settore dell'imposizione (diretta (DAC6), in tema di comunicazione sui meccanismi transfrontalieri.

Inoltre, un documento a supporto dei professionisti che operano in ambito di consulenza del *tax planning*, pubblicato dal CFE *Tax Advisers Europe*, è rappresentato dalla *discussion paper* “*Professional Judgement in tax planning an ethics quality bar for all tax advisers*” , che offre un vademecum di consulenza etica per tutti i professionisti in ambito UE. Le venticinque pagine del documento pongono come obiettivo primario un alto *standard* di consulenza fiscale che sia di supporto al contrasto degli abusi in ambito tributario; sono suddivise in 4 sezioni:

- 1 Sezione: cambiamento delle pratiche fiscali e delle aspettative etiche nel lungo termine;
- 2 Sezione: i punti fondamentali che influiscono sulla consulenza fiscale di oggi e del futuro;
- 3 Sezione: la qualità della consulenza Etica per il futuro tra professionista e cliente, dove vengono indicate cinque domande che dovrebbero precedere ogni attività consulenziale;
- 4 sezione: conclusioni⁷¹.

⁷¹ Cfr. Discussion Paper- Professional Judgement in Tax Planning-an Ethics Quality Bar for All Tax Advisers.

72. Setting an Ethics Quality Bar for Professional Judgment in Relation to tax planning

Five Key Questions for Tax Advisers to Reflect on When Preparing and Providing Advice:

1. Is there a genuine economic purpose for the tax planning apart from achieving a tax benefit, either now or in the future?
2. Are the arrangements artificial or manipulated in a form-over-substance approach to achieve a tax benefit?
3. Is the tax planning based on interpretations of applicable international and national tax law which are likely to be considered credible by the courts and informed stakeholders?
4. Would the arrangement be implemented if the relevant tax authority had a full overview of every aspect of the planning?
5. Are there any other potential reasons why the tax planning could be perceived by policy-makers and the general public as abusive?

⁷² Cfr. Discussion Paper- Professional Judgement in Tax Planning-an Ethics Quality Bar for All Tax Advisers.

Si ritiene opportuno, infine, menzionare il Programma *Fiscalis 2021-2023*, un programma istituito dal Regolamento (UE) 2021/847 nato con lo scopo di armonizzare la disciplina fiscale in ambito europeo, con un programma di sostentamento per gli Stati Membri con l'obiettivo di contrastare i fenomeni di frode, evasione ed elusione fiscale. Gli obiettivi del Programma per il periodo in oggetto sono:

- sostenere le autorità fiscali e la fiscalità per migliorare il funzionamento del mercato interno;
- promuovere la competitività dell'Unione e la concorrenza leale nell'Unione;
- tutelare gli interessi finanziari ed economici dell'Unione e dei suoi Stati membri, anche dalla frode, dall'evasione e dall'elusione fiscale, nonché migliorare la riscossione delle imposte;
- sostenere lo sviluppo di azioni di politica fiscale e l'attuazione del diritto dell'Unione in materia fiscale;
- promuovere la cooperazione tra le autorità fiscali, compreso lo scambio di informazioni fiscali e lo sviluppo di capacità, come le competenze umane e i sistemi elettronici europei⁷³.

⁷³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Manual Work Program 2021-2023 for the Fiscalis Programme*.

12.2 Pianificazione fiscale e abuso del diritto

Il concetto dell'abuso del diritto si è inserito nel nostro ordinamento fiscale con l'art. 10- bis della legge 212/2000, introdotto D.Lgs. 128/2015 (cd. decreto sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente), emanato in attuazione della legge delega 23/2014, recependo gli insegnamenti dettati, in sede OCSE, dall'Action 6 del BEPS 2013 (*Base Erosion and Profit Shifting*) ed in sede europea dalla Raccomandazione 2012/772/EU, che definisce abuso del diritto *“una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*. Cosa si intende, quindi, per “abuso del diritto” in materia tributaria? È un istituto di origine giurisprudenziale⁷⁴ individuabile in quelle operazioni antieconomiche che vengono poste in essere al fine di ottenere un significativo risparmio di imposta. Questo non significa che dette operazioni configurino un illecito normativo, ma che siano invece operazioni pensate con lo scopo di ottenere vantaggi fiscali e non supportate da un reale obiettivo economico aziendale di base.

Una rivisitazione della nozione dell'abuso del diritto in materia tributaria si è avuta con la sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 della Corte di Cassazione⁷⁵, dove è stato affermato che l'applicazione del principio

⁷⁴ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *L'abuso del Diritto – Approfondimento*, 8 ottobre 2015.

⁷⁵ Cfr. Cass. Sez. Trib, sentenza 1372/2011.

di divieto di operazione abusive deve essere guidato in maniera ponderata e che è sempre necessario demarcare la linea di confine tra quella che è una pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e la libertà di scelta delle forme giuridiche più idonee.

La natura abusiva dell'operazione deve essere, tuttavia, valutata per la presenza non marginale di ragioni extrafiscali, che non necessariamente si traducono in una redditività immediata, ma che possono essere anche di natura meramente organizzativa e/o consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa.

La Suprema Corte, con altra e distinta pronuncia⁷⁶, ha definito l'abuso del diritto come *“un principio generale antielusivo, rinvenibile negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano oltre che nei principi comunitari, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente”*.

⁷⁶ Cfr. Cass. Sez. Trib, sentenza 14493/2022.

La stessa Corte ha, inoltre, evidenziato anche come la scelta del regime di tassazione più favorevole non realizza di per sé un'operazione abusiva. Inoltre, in continuità con i precedenti orientamenti giurisprudenziali, la Corte ha affermato che non è configurabile l'abuso del diritto senza l'onere da parte dell'Amministrazione finanziaria di dimostrare il vantaggio fiscale che sarebbe derivato al contribuente utilizzando schemi contrattuali classici, *«poiché è richiesta la concomitante condizione di inesistenza di ragioni economiche diverse dal semplice risparmio di imposta e l'accertamento della effettiva volontà dei contraenti di conseguire un indebito vantaggio fiscale»*. Alla luce di ciò, pertanto, incombe sull'Amministrazione finanziaria l'onere di spiegare e dimostrare come il complesso delle forme giuridiche impiegate abbia carattere anomalo o inadeguato rispetto all'operazione economica intrapresa, mentre è onere del contribuente provare *«la compresenza di un concomitante contenuto economico dell'operazione, non marginale, diverso dal mero risparmio fiscale, che giustificasse le operazioni in tal modo strutturate»*.

La conferma di quanto sopra ci arriva anche dai documenti di prassi amministrativa⁷⁷, dove viene ulteriormente chiarito il perimetro delle operazioni abusive nel verificarsi di tre condizioni:

⁷⁷ Cfr. Agenzia delle Entrate, Risposta ad interpello n 215/2022.

- rispetto formale delle norme fiscali;
- assenza di sostanza economica;
- conseguimento di un vantaggio fiscale indebito.

L'assenza di uno dei requisiti comporta l'assenza dell'abusività dell'operazione, ma anche in presenza dei requisiti sopra enunciati, le operazioni che sono sostenute da valide ragioni extrafiscali non possono essere considerate abusive. Su questo punto è intervenuto anche un interessante documento del Consiglio Nazionale Del Notariato⁷⁸, il quale ha individuato quelle che possono essere considerate delle "valide ragioni extrafiscali" e specificatamente:

- ottimizzazione della gestione;
- dissidi tra i soci;
- responsabilità tra i soci;
- nuove acquisizioni;
- nuove esposizioni debitorie;
- controllo societario;
- ricambio generazionale;
- subentro nella titolarità delle partecipazioni;
- attività sociale. Ragioni connesse al migliore conseguimento dell'oggetto sociale.

⁷⁸ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, studio nr. 56/2016.

Alla luce di quanto esposto nel presente paragrafo, si comprende come lo strumento di pianificazione fiscale sia uno strumento di miglioramento della *performance finanziaria*, quanto sia necessario per l'azienda e che deve essere "costruito su misura", ponendo attenzione sia al rispetto della normativa fiscale sia all'assetto organizzativo della stessa.

Ma come evitare pertanto di incorrere in un comportamento abusivo nel momento in cui si va a creare una strategia fiscale?

La risposta è che non esistono strumenti di pianificazione fiscale *standard* che escludano a priori l'abusività delle operazioni; è invece necessario, caso per caso, analizzare l'azienda, il contesto economico, il suo assetto organizzativo, la finalità dell'operazioni poste in essere. Sostanzialmente dovrà essere delineata una strategia che permetta di tracciare una giusta linea tra quella che è la libertà di scelta nell'ambito delle operazioni giuridiche e quella che potrebbe diventare una pianificazione fiscale aggressiva, evitando quelle che possono essere definite pianificazioni fiscali astratte che non siano frutto di un'accurata e attenta valutazione degli obiettivi aziendali.

13. La pianificazione fiscale: la prospettiva del diritto interno

.A cura di: Dott. Artur Moch

La pianificazione fiscale è l'insieme di attività e comportamenti posti in essere dal contribuente al fine di ridurre al minimo il carico fiscale, prelevato sui redditi prodotti dall'insieme delle sue fonti. Pertanto, la pianificazione fiscale consiste nel ridurre al minimo la base imponibile o l'aliquota applicabile attraverso decisioni in merito al regime fiscale ordinario, regimi fiscali agevolativi o esonerativi o ancora regimi sostitutivi di quelli ordinari, spalmando il reddito su una pluralità di anni e altri strumenti che vedremo nel proseguo del capitolo.

Per quanto detto finora, per giungere ad una pianificazione fiscale ottimale, non vi è uno schema da seguire, questo perché la pianificazione fiscale è il risultato di numerose decisioni, influenzate da molteplici variabili, che dipendono dalla situazione economica, familiare, patrimoniale, anagrafica del contribuente.

Una volta analizzate tutte le variabili e condizioni, sempre nel rispetto delle normative, si provvede a creare l'adeguata struttura che permetta di avere un esborso fiscale minore.

È importante ribadire, come già ampiamente discusso nei paragrafi precedenti, che la pianificazione fiscale non ha come finalità quella di eludere il fisco, bensì quella di ottimizzare il carico fiscale di un soggetto nel rispetto della legge.

Le opportune valutazioni in tema di pianificazione fiscale sia a livello nazionale che a livello internazionale, oltre che a livello di persone fisiche, devono essere fatte soprattutto a livello societario.

Nel presente paragrafo ci concentreremo sugli strumenti a disposizione dell'imprenditore per ridurre il proprio carico fiscale a livello nazionale, lasciando al prossimo paragrafo la trattazione della più ampia pianificazione fiscale internazionale.

È utile precisare che, più crescono le dimensioni della società o del gruppo societario e tanto maggiore è l'insieme degli strumenti adottabili per abbassare la pressione fiscale, questo perché si amplia il ventaglio dei regimi fiscali e degli istituti da scegliere, optando per quello più vantaggioso.

Tra i vantaggi di un'attenta pianificazione fiscale oltre che il puro risparmio fiscale, vi è quello di migliorare la situazione finanziaria di un soggetto, permettendo talvolta di evitare situazioni di difficoltà finanziaria che possano a lungo termine portare ad uno stato di insolvenza e, quindi, ad una situazione di crisi.

Guardando la pianificazione dal punto di vista degli assetti organizzativi, questa è sia parte degli stessi, in quanto organizzare la struttura

societaria anche in funzione dei risvolti fiscali è fondamentale per la riuscita del business, sia un output degli assetti organizzativi, in quanto, tolta la prima pianificazione fiscale che viene fatta (se viene fatta) alla nascita di qualsiasi realtà, alla base di ogni successiva decisione ci dovranno essere i dati, contabili e non, dell'impresa. Quindi, un soggetto con un'adeguata organizzazione, con una contabilità ordinata e dotato di controllo di gestione adatto alle dimensioni della realtà, avrà le informazioni necessarie per prendere le giuste decisioni in tema di pianificazione fiscale. Le previsioni del nuovo Codice della crisi d'impresa in termini di adeguati assetti, oltre che un onere, come vengono spesso viste, possono perciò risultare un utile alleato anche per una migliore pianificazione fiscale.

Dopo questa iniziale introduzione, in cui abbiamo ripercorso quello che è il fine della pianificazione, proseguiamo andando ad esaminare quelli che sono alcuni "strumenti" che possono essere utilizzati per ridurre il carico fiscale delle imprese italiane. In particolare, affronteremo i seguenti istituti e regimi:

- Holding
 - Participation exemption (PEX)
 - Tassazione agevolata dei dividendi
- Trasparenza fiscale
- Royalty per lo sfruttamento economico dei marchi
- Trattamento di Fine Mandato

- Liquidazione Iva di Gruppo e Consolidato fiscale

13.1 Holding

Tra i principali strumenti utilizzati al fine di ottimizzare il carico fiscale nell'ambito imprenditoriale vi è la costituzione di una società holding che detenga le partecipazioni della società operativa o delle altre società facenti capo ad una persona fisica o a più persone fisiche.

Senza andare ad approfondire i vantaggi e svantaggi di creare un gruppo societario con a capo una holding, ci concentreremo sui risvolti fiscali.

Dal punto di vista fiscale concentrare le quote di altre società in una società controllante può portare benefici in termini di riduzione del carico fiscale. In merito, occorre precisare che i vantaggi fiscali che si possono ottenere, sono validi finché si rimane all'interno nella sfera imprenditoriale, ovvero finché non si vuole trasferire i risultati ottenuti nel patrimonio personale dei soci.

Tra le opportunità offerte dal Legislatore nel caso di costituzione di una holding, vi è:

- la tassazione agevolata sulle plusvalenze derivanti da cessione quote o azioni (PEX);
- la tassazione agevolata sui dividendi.

13.2 La tassazione agevolata sulle plusvalenze derivanti da cessione quote o azioni (PEX)

La *Participation Exemption* è un istituto molto favorevole al contribuente, applicabile nel caso di cessione di quote o azioni di società, qualora vengano rispettati determinati requisiti. L'art. 87 del TUIR, che disciplina l'istituto in questione prevede per i soggetti Ires che: *“non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95 per cento le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell'articolo 86, commi 1, 2 e 3 relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti indicati nell'articolo 5, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparate, e nell'articolo 73, comprese quelle non rappresentate da titoli (..)”*⁷⁹.

Tuttavia, per poter godere di questa agevolazione è necessario rispettare alcuni requisiti:

- a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione;
- b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- c) residenza fiscale o localizzazione dell'impresa o ente partecipato in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis,

79 Cfr. Art. 87 Tuir.

comma 1, o, alternativamente, la dimostrazione, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui allo stesso articolo 47-bis, comma 3, della sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo.

- d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale.

Quanto ai soggetti che possono fruire del regime PEX, questi sono tutti quelli di cui all'art. 5 e 73 del D.P.R. n. 917/1986 (Tuir), e in particolare sono società di capitali (S.p.A.; S.a.p.A.; S.r.l.), società cooperative, società di mutua assicurazione, società in nome collettivo e in accomandita semplice, delle società di armamento e degli enti pubblici e privati diversi dalle società. Per quanto riguarda i soggetti per i quali non è prevista la tassazione ai fini Ires, bensì ai quali si applica l'Irpef, in questo caso l'esenzione è pari al 41,86% della plusvalenza.

In materia di soggetti che possono fruire della PEX, è utile citare la Sentenza della Corte di Cassazione n. 27267 del 25 settembre 2023, secondo la quale i giudici della Corte Suprema hanno confermato i gradi di giudizio di merito che davano ragione ad un soggetto estero, il quale aveva tassato una plusvalenza per la cessione di quote di una società per intero e successivamente ha chiesto a rimborso la parte versata eccedente il 5%. Per quanto detto, si afferma che qualora vengano rispettati tutti i requisiti previsti per la PEX, questa è applicabile anche

dai soggetti esteri, *“purché residente fiscalmente in uno Stato o territorio di cui al DM emanato ai sensi dell’articolo 168-bis del d.P.R. n. n. 917/86), con il quale devono essere individuati gli Stati membri e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia (c.d. “white list”)”*⁸⁰.

La PEX, a nostro avviso, è l’esempio perfetto quando si parla di pianificazione fiscale, infatti porta dei benefici notevoli, tuttavia, per fruirne è necessario pianificare e organizzare la struttura con in anticipo rispetto all’operazione di cessione di quote, in quanto, tra gli altri requisiti da rispettare, ce ne sono due che devono essere presenti con largo anticipo, ovvero il possesso ininterrotto della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell’avvenuta cessione e la classificazione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio in cui sono state iscritte. Come si può vedere, questo significa che se si vuole ottimizzare il carico fiscale, bisogna stare attenti a come si iscrive in bilancio le partecipazioni acquistate, sempre nel rispetto dei principi contabili, e qualora ci si renda conto che la struttura societaria non sia quella più favorevole, in vista di possibili future vendite o anche in vista di possibili sviluppi commerciali

⁸⁰ Cfr. Cass. Sez. Trib., sentenza n. 27267/2023.

con ingresso di nuovi soci o quant'altro, è necessario intervenire con anticipo per riuscire ad evitare carichi fiscali che potrebbero anche portare alla decisione di rinunciare all'operazione stessa in quanto troppo onerosa dal punto di vista fiscale.

13.3 La tassazione agevolata sui dividendi

La costituzione di una società holding, oltre alla possibilità di sfruttare l'istituto della PEX in caso di plusvalenze da cessioni di quote o azioni, qualora si voglia mantenere eventuali utili nella sfera commerciale, permette di concentrare i risultati ottenuti da una o più società operative nella stessa holding, creando così una sorta di cassaforte.

La distribuzione degli utili alla holding, sconta una tassazione dell'1,2%, grazie all'esenzione pari al 95% prevista dall'art. 89 c. 2 del Tuir secondo il quale: *“gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, anche nei casi di cui all'articolo 47, comma 7, dalle società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a), b) e c) non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell'ente ricevente per il 95 per cento del loro ammontare. La stessa esclusione si applica alla remunerazione corrisposta relativamente ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), e alla remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui all'articolo 98 direttamente erogati dal socio o dalle sue parti correlate, anche in sede di accertamento”*.

Il risparmio fiscale ottenuto, una volta distribuiti i dividendi alla holding, permette di poter reinvestire detti utili in altre attività oppure distribuirli ai soci persone fisiche della holding, scontando in questo caso l'aliquota del 26%.

Tuttavia, in merito all'utilizzo dello strumento della holding, bisogna fare attenzione affinché l'unico fine non sia quello di scontare la tassazione di favore sugli utili rispetto alla tassazione in capo al socio persona fisica. A tal proposito è utile citare la risposta ad interpello n. 215/2022, nella quale l'Amministrazione Finanziaria si esprime come di seguito riportato: *“la gestione passiva di asset patrimoniali, infatti, evidenzerebbe la natura prettamente fiscale della riorganizzazione posta in essere. La mancanza di vitalità economica in una o entrambe le società costituite a seguito della riorganizzazione posta in essere rivelerebbe la creazione di meri contenitori, che pertanto risulterebbero funzionali ad un aggiramento dell'articolo 27, comma 1, del d.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600, in considerazione del mero godimento di beni realizzato attraverso tali società, a discapito dell'effettiva attività economica rappresentata nell'istanza”*. Pertanto, è necessario precisare che le holding non devono essere costituite per il solo mero godimento dei beni, ma bensì con lo scopo di reinvestire gli utili e in caso di possesso di quote in diverse società, di una migliore organizzazione del gruppo societario.

Tuttavia, la temporanea distribuzione degli utili senza il reinvestimento degli stessi, a nostro avviso non può da sola essere considerata un'operazione abusiva, in quanto per ritenere un comportamento abusivo è necessario tenere di conto di tutti gli elementi alla base della riorganizzazione societaria e non solo il reinvestimento degli utili distribuiti, inoltre, il reinvestimento degli utili potrebbe avvenire anche dopo anni, e quindi, prima di questo, la holding sarebbe una cassaforte per un futuro investimento.

A ben vedere, ciò che di sovente viene condivisibilmente contestato dall'Agenzia delle Entrate è la distribuzione di utili alla holding e successivo utilizzo di questi per motivi personali e famigliari del socio persona fisica. In una simile fattispecie si configura senza ombra di dubbio una fattispecie di indebito risparmio d'imposta.

13.4 Trasparenza fiscale

Il regime di trasparenza fiscale consiste nel tassare il reddito prodotto da società di capitali direttamente in capo ai soci.

Si tratta di un regime opzionale disciplinato dagli art. 115 e 116 del DPR n. 917/86, secondo il quale il reddito viene tassato non in capo all'ente ma direttamente in capo al socio, a prescindere dalla percezione o meno dello stesso, così come avviene nel caso di società di persone. La durata del regime è di tre esercizi.

Detto regime può essere applicato da società di capitali in cui i soci sono altre società di capitali come previsto dall'art. 115 del Tuir e da società a responsabilità limitata in cui i soci sono tutte persone fisiche come previsto dall'art. 116 del Tuir.

Andando per ordine, nel caso di società di capitali partecipate esclusivamente da altre società di capitali, è necessario anche che ciascun socio possieda una quota di partecipazione compresa tra il 10% e il 50%, inoltre, i soci non devono fruire di riduzioni dell'aliquota Ires e non deve essere stata esercitata l'opzione per il consolidato nazionale o mondiale.

Per quanto riguarda invece la trasparenza fiscale per le società i cui soci sono esclusivamente persone fisiche, gli altri requisiti da rispettare richiedono che i soci non siano in numero superiore a 10 o 20 per le società cooperative e che i ricavi non superino il limite previsto per l'applicazione degli ISA.

Per quanto qui interessa, quando si può dire che il regime di trasparenza fiscale determina vantaggi fiscali?

La convenienza o meno dell'applicazione del regime di trasparenza fiscale deve essere valutata determinando il carico fiscale complessivo di società e soci. Nel regime ordinario, infatti, si ha una doppia tassazione, considerato che il reddito della società viene tassato ai fini Ires con aliquota del 24% e gli utili distribuiti ai soci persone fisiche sono tassati nuovamente con una ritenuta a titolo d'imposta del 26%. Il fine

del regime di trasparenza è proprio quello di eliminare l'effetto della doppia tassazione, tassando il reddito della società direttamente in capo ai soci come avviene nelle società di persone.

L'applicazione del regime di trasparenza fiscale è però conveniente solo in alcuni casi e per fare questa valutazione bisogna prendere in considerazione alcuni elementi dell'impresa nel loro complesso.

La prima questione da considerare è l'utile della società; infatti, nel caso di utili elevati il regime di trasparenza potrebbe non essere conveniente, in quanto l'aliquota Irpef progressiva cresce all'aumentare del reddito e, considerando anche le addizionali locali, il carico tributario potrebbe in alcuni casi risultare più gravoso rispetto al regime ordinario. Inoltre, in caso di utili elevati, i soci potrebbero pensare di reinvestire una parte di questi nell'attività e pertanto sarebbe conveniente tassare il reddito ai fini Ires con aliquota al 24% (sulla quota non distribuita si risparmierebbe il 26% di ritenuta a titolo d'imposta) invece che direttamente in capo ai soci.

Insieme all'utile è necessario anche verificare la presenza di riprese fiscali in aumento, in quanto, qualora presenti in maniera importante, comportando l'incremento della base imponibile, riducono la convenienza del regime di trasparenza.

Oltre al reddito complessivo della società, un'altra variabile da tenere in considerazione è il numero dei soci, nel senso che più sono i soci e

più il reddito totale della società viene ripartito su più persone, riducendo così le singole basi imponibili Irpef.

Come si evince da quanto scritto nel presente paragrafo, il regime di trasparenza è tanto più favorevole quanto il reddito imponibile è inferiore e quando non si intende trattenere utili all'interno della società, quindi si può affermare che, solitamente, questo regime è vantaggioso per le società di piccole dimensioni, per le quali non è possibile percorrere altre strade vantaggiose ai fini fiscali in quanto troppo onerose.

13.5 Royalty per lo sfruttamento economico dei marchi

Oltre ai regimi di cui abbiamo parlato nei paragrafi precedenti, è utile rammentare in questa sede che il Legislatore prevede la possibilità di pagare royalties per lo sfruttamento economico di marchi.

In tema di pianificazione fiscale, si può distinguere due diverse possibilità, la prima che riguarda lo sfruttamento economico di marchi registrati personalmente e la seconda lo sfruttamento economico dei marchi all'interno dei gruppi multinazionali. Nel presente intervento, tratteremo solo lo sfruttamento di marchi registrati personalmente in quanto ci concentriamo sull'ambito nazionale, ma consigliamo a chi legge di approfondire anche la seconda casistica in quanto merita interesse.

Entrando nel dettaglio dello sfruttamento economico dei marchi, è necessario precisare che il marchio deve essere registrato al momento della creazione, infatti, nel caso di sfruttamento economico di marchi registrati successivamente all'utilizzo, in caso di verifica da parte dell'Amministrazione Finanziaria, si andrebbe incontro a pesanti sanzioni.

L'altro errore che bisogna evitare è quello di dedurre come costo della società royalties per marchi che in realtà non sono correlati ai ricavi della società stessa. Questo avviene quando il marchio per cui vengono pagate royalties non porta valore aggiunto all'attività e quindi che i ricavi della società sarebbero gli stessi a prescindere dal marchio.

Infine, altro aspetto da tenere in considerazione è la valorizzazione economica del marchio. Infatti, nel caso di cessione o incasso di royalties, è necessario dimostrare il valore del marchio stesso e l'adeguatezza delle royalties. Il miglior modo per dimostrare il valore è una perizia di valutazione da parte di un esperto, tuttavia, è bene tenere a mente che nemmeno questa potrebbe essere sufficiente per evitare qualsiasi rischio in caso di accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria.

Per quanto riguarda la tassazione delle royalties, ricevute da privati per lo sfruttamento economico del marchio concesso in uso a terzi, con l'introduzione del Tuir si è creato un vuoto normativo che rende complesso dare un inquadramento certo dal punto di vista fiscale.

Infatti, l'art. 49, comma 3 lett. b) del DPR n. 597/1973 disponeva l'inclusione tra i redditi di lavoro autonomo dei *“redditi derivanti dalla utilizzazione economica di marchi di fabbrica e di commercio e dalla utilizzazione economica di opere dell'ingegno, invenzioni industriali e simili, quando non sono conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice”*. Con l'introduzione del Tuir, l'attuale art. 53, comma 2, lett. b) prevede che sono redditi di lavoro autonomo: *“i redditi derivanti dalla utilizzazione economica, da parte dell'autore o inventore, di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di processi, formule o informazioni relativi ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico, se non sono conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali”*.

Come si può ben vedere, il Tuir non cita lo sfruttamento economico dei marchi tra i redditi di lavoro autonomo, creando un vuoto normativo in quanto i redditi derivanti dallo sfruttamento economico dei marchi, da parte di privati, non rientra in nessun altro tipo di reddito e questo ha creato diverse correnti di pensiero.

Una parte della dottrina, alla quale ci sembra di poter aderire, ritiene che non essendo più presente nel predetto art. 53 del Tuir il riferimento ai marchi, eventuali redditi derivanti dallo sfruttamento di questi, da parte di privati, debba essere ricompreso nei redditi diversi. Trattasi sempre di un'interpretazione, in quanto, tali redditi sono di difficile

collocazione anche all'interno dei redditi diversi. Tuttavia, a nostro avviso questi possono essere ricompresi all'interno della lettera I, di cui al comma 1 dell'art. 67, che comprende tra i redditi diversi *“i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere”*. In particolare, secondo noi, potrebbero essere ricompresi tra gli *“obblighi di fare, non fare o permettere”*, trattandosi della concessione di un'autorizzazione all'utilizzo di un bene immateriale cui il privato è proprietario.

Un'altra parte della dottrina ritiene invece che, in conseguenza del vuoto normativo e in considerazione del fatto che la relazione ministeriale al Tuir prevede che *“ai redditi derivanti dall'utilizzazione economica di marchi di fabbrica e di commercio non si può riconoscere né natura di redditi di lavoro autonomo, né quella di redditi diversi (...)”*, i redditi derivanti dallo sfruttamento economico del marchio, se non legati ad un'attività d'impresa, non possano essere considerati imponibili.

Si rileva tuttavia che nella prassi operativa spesso, nonostante l'art. art. 53, comma 2, lett. b) non riporti esplicitamente i marchi, si tende a far rientrare tale fattispecie reddituale tra i redditi da lavoro autonomo ex art. 53, comma 2, lett. b) del Tuir e quindi soggetti a tassazione secondo le regole dell'art. 54, comma 8, beneficiando, dunque, di una deduzione dell'imponibile del 25% o del 40% in base all'età del percettore.

Come già anticipato, tuttavia, a nostro avviso è preferibile trattare tali redditi come redditi diversi e, seguendo questa impostazione, è possibile ipotizzare una pianificazione fiscale nei termini seguenti.

Trattando tali redditi come redditi diversi, ai fini di una pianificazione fiscale, questi possono portare un vantaggio se il titolare concede in utilizzo il marchio ad una società di capitali di cui è socio; infatti, essendo le royalties deducibili dal reddito d'impresa, queste permettono di ridurre l'utile annuo, riducendo così l'Ires e l'Irap dovuto. Il risparmio fiscale sarà tanto maggiore quanto minore è l'aliquota Irpef che sconta il titolare del marchio.

Infine, merita attenzione la questione legata ai contributi Inps, nel senso che il reddito derivante dallo sfruttamento economico del marchio non dovrebbe rilevare ai fini dei contributi previdenziali, in quanto il titolare non si obbliga a compiere nessuna prestazione d'opera o di servizio, né nessuna attività e quindi egli non potrebbe essere fatto rientrare dall'Inps nel novero dei lavoratori autonomi occasionali.

L'esclusione di tale reddito dal computo della base imponibile per il versamento dei contributi pensionistici permette un minor esborso finanziario, ma essendo i contributi pensionistici deducibili dal reddito personale, l'assenza di questi comporta, oltre ad un minor montante contributivo del soggetto, un'imposta superiore proprio per la man-

canza dei contributi deducibili. Quanto detto è valido a meno che l'incasso di royalties non si aggiunga ad altri redditi che raggiungono il limite massimo per il versamento dei contributi.

Per le ragioni appena accennate, si ritiene in termini conclusivi che lo sfruttamento economico dei marchi presenti alcuni elementi di interesse nella prospettiva della pianificazione fiscale, pur con le necessarie cautele che derivano dalla già evidenziata lacuna normativa in merito al corretto inquadramento fiscale della fattispecie reddituale in questione.

13.6 Trattamento di Fine Mandato (c.d. TFM)

Il Legislatore prevede, inoltre, la possibilità di attribuire anche agli amministratori un trattamento da corrispondere alla fine del mandato, così come accade per i dipendenti con il trattamento di fine rapporto. Tale trattamento permette agli amministratori di ricevere un compenso differito nel tempo che verrà tassato solo al momento della percezione effettiva. Allo stesso tempo però la società che accantona il TFM, se rispettato il requisito della data certa, può dedurre il costo per competenza, permettendo di ridurre così l'imponibile fiscale.

La deduzione per competenza dell'accantonamento del TFM, come anticipato, è possibile solamente se il TFM è previsto dallo statuto oppure

attribuito con verbale dell'assemblea dei soci. Quanto detto si può ritenere sufficiente per attribuire un TFM agli amministratori, tuttavia, come confermato dalla Sentenza della Corte di Cassazione n. 19445/2023⁸¹ è necessario rispettare il requisito della data certa anteriore all'inizio del rapporto del documento che determina l'importo del TFM stesso per poterlo dedurre per competenza, altrimenti tale costo potrà essere dedotto solamente al momento dell'effettiva corresponsione all'amministratore, secondo il principio di cassa, proprio come avviene per il compenso amministratori, si veda anche la Risoluzione 124/E del 2017.

Nel caso in cui lo statuto preveda il TFM e in assenza di determina dei soci, per poter dedurre il TFM per competenza è necessario che nello statuto sia presente anche l'importo o i parametri che permettano la determinazione dell'importo in modo certo e preciso.

Per attribuire la data certa vi sono varie alternative, tra cui: l'autentica notarile delle firme dei soci sul verbale di delibera, la registrazione

81 Per ormai consolidata giurisprudenza, l'art. 105, comma 4, opera un rinvio "pieno" all'art. 17, comma 1, lett. c) cit., cioè un rinvio non limitato all'identificazione della categoria del rapporto sottostante cui si riferisce l'indennità, ma esteso alle condizioni richieste dalla stessa disposizione, nel senso che ai fini della deducibilità dei relativi accantonamenti il diritto all'indennità deve risultare da atto di data certa anteriore all'inizio del rapporto (Cass. 19 agosto 2020, n. 17367; Cass. 20 luglio 2018, n. 19368).

della delibera presso l'ufficio del registro e l'invio tramite pec del verbale da parte della società all'amministratore e successiva accettazione dello stesso sempre tramite pec.

Circa l'importo del trattamento di fine rapporto, non ci sono particolari precisazioni, infatti con la Sentenza Cassazione n. 24848 del 6 novembre 2020 è stato precisato che il TFM non deve essere assimilato al TFR e quindi non deve corrispondere al compenso annuale diviso 13,5, tuttavia, è comunque necessario che questo sia consono ai risultati della società.

Quanto alla tassazione del TFM, ai sensi dell'art. 17 c. 1 lett. C) del Tuir, se presente l'atto di data certa anteriore all'inizio del rapporto e se di importo inferiore a 1.000.000 euro, questo viene assoggettato a tassazione separata, applicando l'aliquota media dell'ultimo biennio o se più favorevole l'aliquota dell'anno di tassazione, per la quota eccedente euro 1.000.000 viene applicata la tassazione Irpef ordinaria. In caso di assenza di data certa, si applica all'intero importo la tassazione Irpef ordinaria.

Per quanto finora detto, anche il TFM rientra in quelle disposizioni che permettono di trarre un vantaggio fiscale, grazie ad una deduzione immediata del TFM in capo alla società e un rimando della tassazione in capo all'amministratore al momento dell'effettiva percezione della stessa, oltre ad un'eventuale riduzione dell'aliquota a seguito di una

diminuzione del reddito dell'amministratore nei due anni precedenti la percezione o nell'anno di percezione stesso.

13.7 Liquidazione Iva di Gruppo e Consolidato fiscale

Concludiamo questa rassegna di alcuni dei possibili strumenti da utilizzare in fase di pianificazione fiscale nell'ambito dei gruppi societari, citando brevemente due istituti che in realtà non permettono una vera riduzione del carico fiscale, ma attraverso questi è comunque possibile ottimizzare alcuni aspetti relativi alla gestione finanziaria delle società. Si tratta, più precisamente, della liquidazione iva di gruppo e del regime del consolidato fiscale nazionale.

Partendo dall'istituto della liquidazione Iva di gruppo previsto dall'art. 73, c. 3, D.P.R. 633/1972 che *"ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità, per i gruppi di impresa in possesso di determinati requisiti, di procedere alla liquidazione dell'Iva al netto delle eccedenze detraibili da società controllanti e controllate. Il D.M. 13.12.1979 ha dato attuazione a tale precetto, disciplinando la c.d. "liquidazione Iva di gruppo" che consente a una società c.d. capogruppo di effettuare globalmente il versamento dell'imposta eventualmente dovuta, tenendo conto di tutte le posizioni creditorie e debitorie maturate all'interno del perimetro di Gruppo. L'adozione di tale regime consente di ottenere vantaggi essenzialmente di natura finanziaria, garantiti dalla possibilità di ottenere un rimborso dei crediti Iva immediato vantati da una o più società*

*del Gruppo, mediante compensazione periodica infrannuale con l'eventuale Iva a debito di altra o altre società del Gruppo medesimo*⁸². Bisogna fare attenzione a non confondere l'istituto della Liquidazione di Gruppo, dal Gruppo Iva, in quanto quest'ultimo comporta la creazione in un soggetto Iva (gruppo) dotato di propria partita Iva.

Passando al consolidato fiscale nazionale, questo è un regime di tassazione opzionale, previsto dagli articoli da 117 a 129 del Tuir. Detto regime può essere applicato da gruppi societari e permette alle società che vi partecipano, pur senza procedere alla redazione del bilancio consolidato, di determinare l'Ires come una società unica e quindi andando a sommare le singole basi imponibili in una unica sulla quale verrà applicata l'aliquota Ires del 24%.

Tale determinazione della base imponibile Ires permette di compensare posizioni a credito e a debito delle singole società del gruppo, di utilizzare le perdite conseguite dalle varie unità durante il periodo di opzione del consolidato fiscale, a riduzione degli utili delle altre società del gruppo e gli utili distribuiti infragruppo sono esclusi da tassazione. Per quanto detto, come avviene nel caso della Liquidazione Iva di Gruppo, anche in questo caso i benefici finanziari che possono nascere

⁸² Cfr. RATIO, *Liquidazione Iva di Gruppo*, in Soluzioni per la gestione d'impresa n. 4/2018 – 14536.

dall'applicazione di tale regime possono essere di notevole importanza; pertanto, l'opportunità di accedere al regime mediante l'apposita opzione deve essere valutata anche in vista del conseguimento di tali effetti virtuosi.

13.8 Considerazioni conclusive sulle opportunità di ottimizzazione fiscale offerte dall'ordinamento nazionale

Nel presente paragrafo abbiamo affrontato alcuni tra i più noti elementi a livello nazionale di pianificazione fiscale che possono essere utilizzati al fine di ottimizzare il proprio carico fiscale. Si ribadisce, tuttavia, che non si tratta di una raccolta esaustiva, in quanto, la pianificazione fiscale è un insieme di decisioni da prendere sulla base delle singole situazioni, con un approccio che potremmo definire, in termini prettamente sartoriali, *taylor made*.

Nel proseguo del capitolo verrà approfondito ulteriormente il tema della pianificazione fiscale nell'ambito degli adeguati assetti, spostando l'analisi dal contesto nazionale al contesto sovranazionale.

Capitolo XIV

14. La pianificazione fiscale nel contesto sovranazionale

A cura di: Dott. Alberto Landi

Nei paragrafi che precedono si è introdotto ed approfondito il tema della pianificazione fiscale nella prospettiva del diritto interno. Tema trattato nel più ampio alveo degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili con particolare riguardo all'ambito nazionale, introducendo marginalmente anche un inquadramento di carattere sovranazionale. Si è sostanzialmente accennato al concetto di pianificazione fiscale come una sorta di *species del genus* adeguati assetti. Non si dimentichi che il concetto di rischio fiscale, e pertanto il concetto di pianificazione fiscale, è quanto mai attuale, giacché la Legge n. 111 del 9 agosto 2023⁸³ lo pone quale pilastro del nuovo rapporto Contribuente-Fisco, sull'assunto di base che la gestione ed il controllo dei rischi fiscali consenta, per il tramite di un preventivo e costante dialogo con l'Amministrazione finanziaria, di dare certezza alle imprese e di conseguire risultati per l'Erario.

⁸³ La Legge n. 111 del 9 agosto 2023 ha delegato il Governo ad adottare, entro due anni, uno o più decreti legislativi finalizzati alla revisione del sistema tributario.

Lungi dalle finalità di questo elaborato entrare nel merito della Delega Fiscale, ma si è ritenuto opportuno citarla al fine di dare concreta concretezza dell'esistenza e dell'importanza del concetto di pianificazione e di rischio fiscale. La pianificazione fiscale, come a più riprese riportato, è elemento di precipua importanza e deve essere implementata, in tutta la sua ampiezza, dalle imprese e dai loro management, indipendentemente dalla dimensione delle imprese stesse.

Come già osservato in precedenza, nel momento in cui allo scenario nazionale si sostituisce quello internazionale il numero delle variabili a disposizione della pianificazione fiscale cresce in modo esponenziale, di tal che i criteri gestionali identificabili sono tendenziali, piuttosto che precisamente definiti⁸⁴. Ciò comporta inevitabilmente la crescita del relativo rischio fiscale. D'altra parte, è notorio che l'evasione fiscale sottrae ingenti risorse alle casse erariali, distorcendo la concorrenza nei mercati e modificando la pressione fiscale tra i contribuenti che operano in un contesto economico globalizzato. In un'economia transnazionale, la variabile fiscale costituisce un parametro fondamentale nella complessiva valutazione degli investimenti aziendali da parte degli operatori. I gruppi di imprese multinazionali, indipendentemente

⁸⁴ Cfr. G. TREMONTI, *La Fiscalità industriale*, Il Mulino, 1988.

dalle dimensioni, non possono non valutare oculatamente, nell'insieme delle variabili economiche, anche il correlato onere fiscale relativo alle proprie scelte di internazionalizzazione.

Nelle intenzioni del legislatore e nelle attività di controllo poste in essere dall'Amministrazione finanziaria, l'attenzione verso le pratiche illecite nell'ambito della fiscalità internazionale è venuta crescendo nel tempo, in linea con uno scenario economico globalizzato. In un simile contesto, però, i fenomeni di evasione o elusione fiscale internazionale sono ancora ben presenti e, per quanto qui interessa, si sottolinea che i processi di internazionalizzazione delle imprese devono essere implementati con particolare attenzione da parte di operatori e professionisti, al fine di evitare contestazioni da parte degli enti preposti alle verifiche fiscali.

14.1 I fenomeni di evasione e di elusione fiscale internazionale

A titolo puramente esemplificativo, alcuni dei principali fenomeni di evasione-elusione fiscale internazionale si possono realizzare attraverso⁸⁵:

- (i) La localizzazione fittizia della residenza fiscale.

⁸⁵ Cfr. C. SACCHETTO, *Esterovestizione societaria*, Giappichelli Editore, 2013.

La residenza fiscale della persona fisica o giuridica viene all'uopo posizionata in un paese con una più vantaggiosa pressione fiscale rispetto a quella italiana. È il caso della cosiddetta esterovestizione societaria, al cui approfondimento è dedicato il presente paragrafo.

- (ii) Le pratiche di *profit shifting*, ossia il trasferimento indebito di materia imponibile verso Paesi caratterizzati da un basso livello di imposizione.

Possono rientrare in questa categoria:

1. I rapporti economici con paradisi fiscali (con particolare riferimento ai *costi black list*).

Per effetto dell'art. 1 co. 84 della L. 29.12.2022 n. 197 (legge di bilancio 2023), il quale ha introdotto i commi da 9-bis a 9-quinquies all'art. 110 del TUIR, i costi derivanti da operazioni con soggetti "non cooperativi" ai fini fiscali:

- che non eccedono il valore normale sono deducibili *tout court* (senza, cioè, la necessità di dimostrare l'effettivo interesse economico dell'operazione);
- i costi che eccedono il valore normale sono deducibili, per l'eccedenza, a fronte della dimostrazione dell'effettivo interesse economico.

Viene altresì reintrodotta l'obbligo di indicazione separata dei costi nella dichiarazione dei redditi, indipendentemente dal fatto che essi risultino inferiori o superiori al valore normale.

2. Spostamento artificioso di materia imponibile.

I componenti di ricavo o costo possono essere artatamente gestiti per il tramite di rapporti infragruppo. Siamo nel novero dei prezzi di trasferimento o, per meglio dire, del *transfer pricing*.

La relativa normativa nazionale è contenuta nell'art. 110 co. 7 del TUIR, finalizzata ad evitare l'artificiosa costruzione di prezzi di cessione/acquisto di servizi e beni tra imprese appartenenti allo stesso gruppo, al fine di realizzare una articolata pianificazione fiscale di carattere internazionale per il tramite di spostamento di materia imponibile laddove il carico fiscale è più leggero. I rapporti di natura commerciale e non tra più entità dello stesso gruppo dovranno avvenire al cosiddetto valore di mercato o di libera concorrenza. In particolare, l'art. 110, comma 7 del TUIR precisa che “[i] componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili (...)”.

- (iii) L'abuso di convenzioni contro le doppie imposizioni (o *treaty shopping*).

La principale forma di abuso contro le doppie imposizioni è rappresentata, come già introdotto nelle pagine precedenti, dal *treaty shopping*.

Si tratta sostanzialmente dell'inserimento (artificioso) di uno o più soggetti tra il Paese di origine del reddito e quello in cui risiede il destinatario finale dello stesso. Inutile dire che l'interposto è soggetto ad una più bassa imposizione fiscale. Da qui il nome di *treaty shopping*, in quanto tale forma di evasione fiscale internazionale si sostanzia nello scegliere le convenzioni bilaterali più vantaggiose, indirizzando il reddito in Paesi con un più basso carico fiscale. Un tipico esempio in questo senso è rappresentato dall'interposizione di una *conduit company* nel caso di retrocessione di *royalty* corrisposte dalla società ALFA (residente nel paese B) alla casa madre BETA (residente nel paese A). qualora entrambi gli stati (A e B) abbiano stipulato convenzioni vantaggiose (ossia con aliquote più basse di ritenuta alla fonte) con un terzo paese C, viene costituita una *conduit company* (GAMMA) residente nel paese C a sua volta controllata dalla società BETA, controllante di ALFA. Così facendo, a ben vedere, i flussi reddituali generati da ALFA giungono alla società madre BETA passando per GAMMA e godendo di un doppio regime convenzionale di favore. Il tutto viene sinteticamente riportato nel seguente schema.

Schema A – esempio di *treaty shopping*⁸⁶

Flusso *royalty* - ad esempio ritenuta in uscita del 15%

ALFA  BETA

ALFA corrisponde *royalty* alla casa madre applicando una ritenuta alla fonte pari al 15% in virtù del trattato tra il Paese di ALFA e quello di BETA. Per ridurre l'aliquota in uscita si ricorre al *treaty shopping*.

Flusso *royalty*

es. ritenuta in uscita 0%

Flusso *royalty*

s. ritenuta in uscita 5%

ALFA  GAMMA  BETA

Le *royalty* transitano tramite il “tubo” GAMMA, o per meglio dire tramite la società *conduit* GAMMA, al fine di applicare una più favorevole ritenuta alla fonte.

(iv) Occultamento di stabili organizzazioni.

Tale fattispecie evasiva si viene a configurare allorquando un soggetto non residente possiede una sede fissa d'affari “occulta” in Italia, oppure quando un soggetto residente in Italia “occulta” l'esistenza di una stabile organizzazione all'estero. Lo scopo, in entrambe le fattispecie, è quello di evitare che il reddito prodotto dalla stabile organizzazione

⁸⁶ Cfr. C. SACCHETTO, *Esterovestizione societaria*, Giappichelli Editore, 2013.

venga assoggettato a tassazione in Italia sulla base del principio di tassazione su base mondiale. In tal senso, il compito del Fisco italiano sarà quello di provare e di raccogliere gli elementi probatori comprovanti il centro di imputazione fiscale del soggetto sulla base di quanto pattuito dall'art. 162 del D.P.R. 917/1986, ossia che si configuri la stabile organizzazione come una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita, in tutto o in parte, l'attività in Italia⁸⁷.

Si può, pertanto, rilevare che la stabile organizzazione rappresenta un centro di imputazione di situazioni giuridiche, ma non un soggetto autonomo residente. A ben vedere, è proprio questa la differenza con il fenomeno dell'esterovestizione, in quanto in quest'ultima fattispecie il soggetto giuridico autonomo risulta formalmente residente in un Paese, ma artatamente viene fatto risultare residente altrove.

- (v) L'ubicazione di società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata (cosiddette *Controlled Foreign Companies*).

La disciplina delle *Controlled Foreign Companies* di cui all'[art. 167](#) del TUIR, così come riscritta dall'[art. 4](#) del D.Lgs. 29.11.2018 n. 142 con decorrenza dal periodo di imposta successivo a quello in corso al

⁸⁷ Per completezza espositiva si segnala che, in aggiunta ai suddetti requisiti, l'Amministrazione finanziaria ritiene necessario che la struttura italiana sia dotata di autonomia funzionale rispetto alla casa madre (C.M. 30.4.77 n. 7/1496).

31.12.2018, prevede, anche in assenza di effettiva distribuzione, l'imputazione diretta dei redditi prodotti da imprese, società o enti a regime fiscale privilegiato in capo ai soggetti residenti che detengono partecipazioni di controllo in tali imprese, società o enti. Trattasi sostanzialmente di una norma anti-paradiso fiscale. Detta altrimenti, al soggetto italiano che controlla una società residente in un Paese a fiscalità privilegiata sono imputati per trasparenza i redditi conseguiti dalla stessa società controllata, a meno che il soggetto controllante non dimostri l'effettiva operatività della società controllata per il tramite dello svolgimento di un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali, ecc. La norma, detto in estrema sintesi, vuol essere un valido strumento per contrastare i comportamenti volti ad evadere le imposte localizzando ingenti redditi all'estero.

Quanto sopra esposto serve per chiarire come il fenomeno della cosiddetta esterovestizione societaria, che sarà oggetto di apprendimento nel proseguo del presente lavoro, rappresenti solamente una delle varie e molteplici forme di evasione-elusione fiscale internazionale.

14.2 La nozione di “esterovestizione societaria”

A questo punto dell'elaborato il lettore avrà ben chiaro, come a più riprese riportato, che in un'economia globalizzata come quella odierna

il tema dell'esterovestizione ha assunto un'importanza sempre maggiore nella strategia di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva internazionale.

Con il termine esterovestizione si intende la localizzazione fittizia della residenza di una società all'estero, in un Paese il cui carico fiscale risulta essere vantaggioso rispetto a quello nazionale. Con tale termine si indica, in sintesi, la dissociazione tra residenza formale e residenza sostanziale messa a terra da una società al fine di beneficiare di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello del Paese di effettiva residenza. Detto altrimenti, trattasi del fenomeno per cui una società colloca in un Paese la residenza fiscale, pur portando avanti nel territorio di un altro Paese la propria principale attività ovvero l'effettiva gestione della stessa.

L'esterovestizione costituisce un espediente molto appetibile giacché consente di sfuggire al principio della *worldwide taxation* e, sicché, di essere assoggettati ad un livello più basso di tassazione⁸⁸.

È quindi agevole comprendere come il fenomeno di esterovestizione sia strettamente correlato al concetto di residenza.

Al fine di contrastare tali pratiche di esterovestizione il nostro ordinamento prevede norme che consentono di rilevare la residenza ai fini

⁸⁸ Cfr. CENTRO STUDI DEOTTO LOVECCHIO & PARTNERS, *Onere della prova in tema di esterovestizione alla luce della recente giurisprudenza*, 2023.

fiscali dei soggetti passivi d'imposta in virtù di elementi che individuano il radicamento del soggetto sul territorio dello Stato o meno. Per quel che rileva ai fini del presente elaborato, l'art. 73, comma 3, D.P.R. n.917/1986 dispone che ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Risulta del tutto evidente come la residenza delle persone giuridiche sia strettamente correlata al fenomeno qui in commento dell'esterovestizione⁸⁹. In questo senso si può ragionevolmente affermare che il presupposto territoriale per l'assoggettamento ad imposizione fiscale nel nostro Paese del reddito eventualmente conseguito da una società formalmente residente all'estero, è la giusta e corretta individuazione della residenza fiscale del soggetto passivo d'imposta.

Una volta definito il concetto di esterovestizione ed identificato il relativo contesto normativo, devono essere individuate le modalità per riconoscerne i tratti peculiari. In prima istanza, è opportuno identificare puntualmente quale sia la residenza fiscale del soggetto passivo per

⁸⁹ Cfr. M. BARBAGLI, giornata di studio organizzata dall'Associazione Nazionale Tributaristi, Alessandria, 21 ottobre 2011, sul tema *"La verifica e l'accertamento tributario nel contesto internazionale"*.

poi procedere alla verifica dell'eventuale dissociazione tra residenza fiscale sostanziale e residenza fiscale formale. Più specificatamente, per collegare fiscalmente le persone giuridiche al territorio nazionale, l'art. 73, comma 3, D.P.R n. 917/1986 prevede tre criteri di seguito riportati:

- 1) la sede legale;
- 2) la sede dell'amministrazione;
- 3) l'oggetto sociale.

È d'uopo segnalare che i suddetti presupposti sono tra di loro alternativi: è dunque sufficiente che si realizzi anche uno solo degli elementi sopra riportati affinché l'ente sia considerato fiscalmente residente in Italia⁹⁰.

1) La sede legale

In termini generali con sede legale si intende la sede sociale indicata nell'atto costitutivo. Per ritrovare una formale definizione, è opportuno rifarsi alle numerose definizioni di "sede societaria" presenti nel Codice civile. In particolar modo si guardi:

- l'art. 16, c. 1 del Codice civile, per il quale l'atto costitutivo deve contenere lo statuto, la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede;

⁹⁰ Il concetto di alternatività dei criteri è stato ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità. Si veda, cfr. Cass. Sez. trib., 26 febbraio 2007, n. 4303.

- l'art. 46 c.c., per il quale *«quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima»*;
- l'art. 2196 c.c., per il quale l'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve, entro trenta giorni dall'inizio dell'attività, presentare all'ufficio del Registro del Imprese una richiesta di iscrizione nella cui circoscrizione stabilisce la sede, indicando – tra le altre cose – la sede dell'impresa.

Trattasi, pertanto, di un requisito formale in base al quale la sede legale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o statuto della società.

Per completezza espositiva è da rilevare che il D.P.R 917/1986 non fornisce alcuna definizione di sede societaria.

2) La sede dell'amministrazione

Il criterio di individuazione della residenza fiscale riconducibile alla sede dell'amministrazione della società riveste grande importanza. In questo senso, bisognerà tenere conto della situazione sostanziale ed effettiva dell'impresa sotto il profilo gestionale della stessa. Gli operatori sovente localizzano la sede legale all'estero allorquando gli impulsi

decisionali, le strategie aziendali, la direzione ed il coordinamento avvengono nel territorio dello Stato Italia. Tale condotta è sostanzialmente finalizzata al conseguimento di una pianificazione fiscale aggressiva.

La sede dell'amministrazione di una società si definisce come il luogo dove vengono assunte le decisioni di maggiore importanza sotto il profilo strategico e decisionale. Decisioni, quest'ultime, che investono *tout court* l'impresa. Trattasi, in altre parole, del luogo nel quale vengono definiti gli indirizzi strategici fondamentali dell'azienda e dal quale vengono diramate le principali direttive⁹¹.

In senso conforme anche la giurisprudenza di legittimità⁹², che sul punto specifica che per "sede effettiva" si intende il luogo dove si svolgono concretamente le attività di amministrazione, di direzione dell'ente e si convocano le assemblee «*e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente*». In altra sentenza⁹³,

⁹¹ Cfr. C. SACCHETTO, *Esterovestizione societaria*, Giappichelli Editore, 2013.

⁹² Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 3604/1984.

⁹³ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 3028/1972

inoltre, viene sottolineato come la sede effettiva di una persona giuridica non sia meramente il luogo dove si trovano i suoi beni, i suoi stabilimenti e la sua attività produttiva, ma dove si svolgono l'attività amministrativa e direzionale, ovvero dove risiedono il suo legale rappresentante, i suoi amministratori e dove vengono convocate le assemblee societarie.

Trattasi di una definizione di carattere sostanziale, che identifica la sede dell'amministrazione nel luogo dove vengono prese tutte le decisioni chiave di natura gestionale. Trattasi, altresì, di elemento prevalente, in caso di situazioni ambigue, rispetto alla definizione di tipo formale, la quale indica come sede dell'amministrazione il luogo dove è convocata l'assemblea dei soci.

Alla luce di quanto sopra riportato è d'obbligo distinguere il luogo in cui le decisioni vengono prese ed il luogo in cui vengono approvate. Per luogo in cui vengono assunte le decisioni, il cui carattere è dirimente ai fini del criterio della definizione del luogo in cui è identificata la sede dell'amministrazione, si intende il luogo in cui vengono prese in considerazione le possibili opzioni e sono assunte le decisioni definitive⁹⁴.

⁹⁴ Cfr. M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., pag. 108.

Si può ritenere che per individuare il luogo in cui la società è effettivamente amministrata sia necessario compiere un'indagine specifica e molto approfondita, finalizzata precipuamente alla determinazione e identificazione dei soggetti in grado di prendere le cosiddette *key decisions*, vale a dire le più importanti scelte strategiche dell'impresa.

Si riportano di seguito i possibili criteri da utilizzare per individuare la sede dell'amministrazione della società⁹⁵.

CRITERIO N. 1 – (i) Il luogo dal quale provengono gli impulsi decisionali relativi all'attività gestionale ed operativa della società, (ii) il luogo dove viene svolta l'attività direttiva ed amministrativa, (iii) dove si trova il *top management* della società.

Criterio di natura sostanziale.

CRITERIO N. 2 - Il luogo in cui si riunisce l'organo gestorio della società.

Criterio di natura sostanziale/formale.

CRITERIO N. 3 – Il luogo di residenza degli amministratori e se quelli esteri rappresentano la maggioranza dell'organo gestorio.

Criterio di natura sostanziale/formale.

CRITERIO N. 4 – Il luogo in cui l'impresa ha contratti attivi (contratti bancari, utenze ecc.)

Criterio di natura sostanziale.

⁹⁵ Cfr. C. SACCHETTO, *Esterovestizione societaria*, Giappichelli Editore, 2013.

CRITERIO N. 5 – La presenza all'estero di una struttura adeguatamente organizzata per l'esercizio dell'attività di impresa in termini di forza lavoro, attrezzatura e struttura⁹⁶.

Criterio di natura sostanziale.

Ebbene, la sede dell'amministrazione è da identificarsi come la sede nella quale viene determinato il destino dell'intera attività imprenditoriale, e non di una sola parte di essa⁹⁷.

L'impostazione sopra riportata è confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità che tende ad attribuire rilievo preminente al luogo in cui vengono prese le decisioni essenziali per la vita della società⁹⁸, prevendo una netta prevalenza degli elementi di natura sostanziale su quelli di natura formale.

3) L'oggetto sociale

L'oggetto sociale ha due tipi di requisiti: uno formale, per il quale il suddetto oggetto viene identificato nell'attività essenziale che corrisponde ai bisogni primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto; ed uno sostanziale, per il quale l'oggetto sociale viene individuato

⁹⁶ Si veda in tal senso anche la C.M. 51/E/2010 in ordine al concetto di struttura artificiosa.

⁹⁷ Cfr. MELIS G., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, cit., p.211.

⁹⁸ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 2869/2013 ed anche sentenza n. 136/1958.

nell'attività d'impresa concretamente esercitata dalla società/ente giuridico⁹⁹.

Si può affermare, dunque, che l'oggetto principale dell'impresa è l'attività concretamente esercitata dalla stessa al fine di conseguire il proprio scopo sociale. Qualora tale attività venga esercitata in parte in Italia ed in parte all'estero, l'ente preposto alle verifiche fiscali dovrà verificare la prevalenza dell'attività esercitata in Italia rispetto a quella esercitata all'estero.

Ad ogni buon conto, l'oggetto dell'indagine dovrà andare ad individuare su quale territorio l'impresa ha localizzato il proprio *core business*.

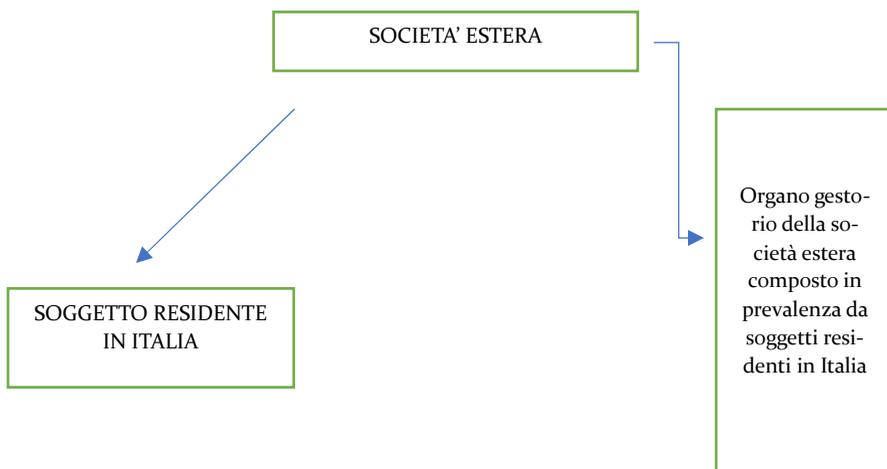
14.3 Esterovestizione e presunzioni legali relative

L'art. 73, comma 3, del D.P.R 917/1986, come in precedenza appurato, prevede i criteri sostanziali e formali per ritenere fiscalmente residente in Italia una società formalmente costituita all'estero ma sostanzialmente residente nel Bel Paese. Ma v'è di più. Infatti, dal luglio 2006, con il Decreto Visco-Bersani (Decreto-legge 223/2006, convertito in Legge 248/2006), nel testo dell'articolo 73 del TUIR sono stati intro-

⁹⁹ Cfr. CENTRO STUDI DEOTTO LOVECCHIO & PARTNERS, *Onere della prova in tema di esterovestizione alla luce della recente giurisprudenza*, 2023.

Seconda presunzione legale relativa:

Controllo ex art. 2359, co. 1, c.c.



Soggetti di cui agli all'art. 73,
comma 1, lett. a e b, del TUIR

14.4 Esterovestizione: fattispecie abusiva o elusiva?

Il tema dell'esterovestizione è stato più volte affrontato nel corso degli ultimi anni in particolar modo dalla Suprema Corte, all'interno della quale si sono formati due orientamenti:

i) per il primo, l'esterovestizione rientrerebbe nel fenomeno dell'abuso del diritto e, dunque, spetterebbe all'Agenzia delle Entrate dimostrare l'artificiosa localizzazione della società all'estero, finalizzata esclusivamente ad ottenere un vantaggio fiscale indebito¹⁰⁰;

ii) per il secondo, invece, l'individuazione della residenza ai fini Ires va effettuata sulla base delle disposizioni del citato art. 73 del TUIR, trattandosi di una fattispecie riconducibile all'evasione e non nell'abuso del diritto¹⁰¹.

L'adesione all'uno o all'altro orientamento non è di poco conto, in quanto determina delle conseguenze ai fini della ripartizione dell'onere della prova e delle garanzie riconosciute al contribuente in sede di controllo e accertamento, nonché nell'eventuale successiva fase contenziosa. Nel solco della tesi che ravvisa nell'esterovestizione una fattispecie riconducibile all'abuso del diritto, si richiama una recente sentenza di merito¹⁰², la quale, nell'accogliere l'appello del contribuente, ha ritenuto non adeguatamente provata l'esterovestizione della società accertata, formalmente localizzata in Danimarca e avente

¹⁰⁰ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 2869/2013 ed anche sentenza n. 3323/2018 richiamate anche nelle sentenze 7454/2022, 8297/2022 e 5075/2023.

¹⁰¹ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 11709/2022, 1710/2022, 23150/2022, 23225/2022, 1753/2023 e 7495/2023.

¹⁰² Cfr. Corte di Giustizia di II grado della Liguria n. 56 del 25 gennaio 2023.

ad oggetto il noleggio a terzi di aeromobili. La società, secondo i giudici, *«era pienamente attiva ed operativa, come risulta dal relativo contratto di affitto, dalle bollette delle utenze, dagli estratti conto bancari, dalle assemblee sociali ivi svolte e dalla corrispondenza e documentazione sociale ivi ricevuta e conservata, dall'assenza di rapporti con banche italiane»*. I giudici di seconde cure in tale pronuncia confermano il principio per cui il nuovo articolo 7, comma 5-bis, del D.Lgs. 546/1992 sia applicabile anche ai giudizi in corso al 16 settembre 2022, come quello in esame, e impiegano la norma come criterio guida nella valutazione delle prove versate in giudizio. Ovviamente, in presenza delle presunzioni legali di esterovestizione di cui all'art. 73, commi 5-bis e ss. del TUIR, sarà onere del contribuente provare l'effettiva localizzazione all'estero, sicché la nuova regola di distribuzione dell'onere probatorio non sarà decisiva. Dunque, posto che, secondo questa impostazione, l'esterovestizione richiede una prova rigorosa, risultante sia da una costruzione societaria di puro artificio all'estero, sia dall'esistenza in Italia della sede effettiva, la Corte di Giustizia di II grado richiama una nota sentenza della Corte di Giustizia Europea¹⁰³ secondo cui, in tema di libertà di stabilimento, *«la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non*

¹⁰³ Cfr. Corte di Giustizia dell'U.E., 12 settembre 2006, causa C-196/04.

costituisce per se stessa un abuso di tale libertà; tuttavia, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato». In definitiva, deve ritenersi che quel che rileva, ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà v'è stato o meno, se, cioè, l'operazione sia meramente artificiosa, consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica.

I concetti sopra richiamati sono stati ribaditi ed ampliati anche in un'altra nota sentenza della Suprema Corte¹⁰⁴ che ha affermato: «... occorre, per un verso, che esso [il meccanismo di esteroinvestizione] abbia come risultato l'ottenimento di un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito dalle norme e, dall'altro, che da un insieme di elementi oggettivi risulti che lo scopo essenziale dell'operazione si limiti all'ottenimento di tale vantaggio fiscale». Sarebbe necessario, pertanto, in base a questo indirizzo, accertare che lo scopo essenziale di un'operazione sia quello di ottenere un vantaggio

¹⁰⁴ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 33234 del 21 dicembre 2018.

fiscale, risultato che non può però ravvisarsi nella creazione (o nel trasferimento) della sede in un altro Stato membro; ciò perché, quando il contribuente può scegliere tra due operazioni, non è obbligato a preferire quella che implica il pagamento di maggiori imposte, ma, al contrario, ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli consenta di ridurre la sua contribuzione fiscale. Secondo questo orientamento, dunque, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa soltanto se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato. Ne consegue che una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività.

È da rilevare, tuttavia, che alcune sentenze della stessa Suprema Corte¹⁰⁵ conducono a diverse conclusioni. Ed invero, la Suprema Corte, dopo avere dato conto dell'esistenza dei due orientamenti contrapposti sopra richiamati, aderisce alla tradizionale qualificazione dell'esteroinvestizione come fattispecie evasiva nei confronti di un soggetto localizzato. A livello interno, il principio del legittimo risparmio d'imposta è consacrato dall'art. 10-bis, comma 4, della L. n. 212/2000, e pertanto

¹⁰⁵ Cfr. Cass. Sez. trib., sentenza n. 34723 del 25 novembre 2022.

ritiene irrilevante, qualora sussista nel territorio dello Stato uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 73 del TUIR, l'indagine sull'eventuale finalità elusiva perseguita dal contribuente. Nello specifico, i giudici di Piazza Cavour hanno risolto un caso di esterovestizione di una società di diritto sloveno, con sede effettiva della propria attività in Italia, sancendo che la contestazione dell'esterovestizione debba passare attraverso un articolato esame dei tre criteri di collegamento previsti dall'articolo 73, comma 3, del TUIR (ossia, come in precedenza illustrato, la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto sociale). La Corte di Cassazione, rigettando il ricorso presentato dalla società, ha dunque chiarito che, in materia di imposte sui redditi delle società, l'applicazione dei concorrenti criteri di collegamento di cui all'articolo 73, comma 3, del TUIR è compatibile con la contestazione, da parte della Amministrazione finanziaria, di un'evasione fiscale, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, finalizzata a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe. L'esterovestizione, si afferma, non è da considerarsi necessariamente un fenomeno abusivo, ma deve essere inquadrata sulla base di una valutazione in concreto dei tre criteri, alternativi tra di loro, previsti dalla normativa interna. In altri termini, l'accertamento dell'esterovestizione societaria prescinde dalla sussistenza di eventuali forme di abuso del diritto.

Ai fini della configurazione di evasione, dunque, non è indispensabile l'indagine sulla sussistenza (o insussistenza) di ragioni essenziali di risparmio fiscale, quanto accertare ove l'ente abbia la sede in base ai parametri indicati dall'art. 73 del TUIR.

14.5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni esposte nel presente capitolo, non v'è dubbio che la pianificazione fiscale (sia nazionale che sovranazionale) assuma un ruolo preminente nella disciplina degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili di cui all'art. 2086 c.c., di tal che l'approntamento di una pianificazione fiscale, in particolare allorché di stampo internazionale, deve avvenire nella piena conoscenza del contesto normativo in cui si opera ed in particolare nel pieno rispetto della normativa vigente. Ciò a ben vedere per evitare di portare avanti condotte illecite rientranti *tout court* nell'alveo della pianificazione fiscale aggressiva, sia perché si è cercato di aggirare artatamente una norma con il solo fine di conseguire un risparmio fiscale (indebito) oppure, nella fattispecie evasiva, quando comporta la violazione di una norma fiscale.

Si è viepiù detto che nell'attuale contesto economico globalizzato la pianificazione fiscale, ivi compresa quella internazionale, costituisce

una sorta di *species del genus* adeguati assetti. Questo perché la gestione ed il controllo del rischio fiscale, generato anche dai fenomeni di esterovestizione, ha contribuito a dare al diritto tributario un ruolo sempre più importante in materia di *governance* societaria.

È del tutto evidente che la variabile fiscale, se oculatamente gestita, può contribuire alla crescita dell'impresa e comunque, vista in ottica diametralmente opposta, alla diminuzione delle crisi aziendali dovute al non regolare versamento dei tributi. Fattispecie quest'ultima assai frequente.

Sicché, non v'è dubbio alcuno che la variabile fiscale costituisce una *species del genus* adeguati assetti e, dunque, l'implementazione di sistemi volti a rendere le imprese ed i loro *management compliant* al disposto dell'art. 2086 c.c. deve tenere conto anche della variabile fiscale. Questo anche, ed in particolare, per evitare condotte elusive o abusive.

Da qui il ruolo preminente della pianificazione e del rischio fiscale.