

Bancarotta per distrazione anche se fallisce la società incorporante

DIRITTO DELL'ECONOMIA

È condotta distrattiva l'operazione di fusione che danneggia i creditori

Pericolosità da dimostrare attraverso una valutazione da condurre in concreto

Giovanni Negri

Bancarotta possibile anche in caso di fusione, quando il fallimento riguarda una sola delle società trasformate. Può infatti manifestarsi una condotta di distrazione, dal momento che i rapporti giuridici di cui è titolare ciascuna società non si estinguono ma si trasferiscono alla società che deriva dalla fusione. A patto che sia dimostrata

con valutazione ex ante e in concreto la pericolosità dell'operazione di fusione per la società poi fallita. Queste le conclusioni cui approda la Corte di cassazione con la sentenza n. 9398 della Quinta sezione penale, depositata ieri.

La Corte ricorda innanzitutto gli esiti cui è arrivata la giurisprudenza della stessa Cassazione sul piano civilistico dopo la riforma del diritto societario del 2003 e cioè che la fusione, nel prevedere la prosecuzione dei rapporti giuridici, anche di natura processuale, in capo al soggetto unificato, come centro di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, considera l'operazione una vicenda che non ha effetti estintivi ma solo di modificazione, che hanno come conseguenza il cambiamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente distinto dal vecchio.

Fatta questa premessa, la pronuncia di ieri ricorda che, una volta arrivata la sentenza di fallimento, tutti i fatti in pregiudizio delle ragioni dei creditori assumono rilevanza in qualsiasi momento, quando ne hanno messo in pericolo la soddisfazione. Così, la perseguibilità dei reati commessi dall'imprenditore è strettamente dipendente dal fallimento di una delle società in cui si è articolata la vicenda aziendale anche se caratterizzata da un fenomeno di fusione.

«E se ciò è indiscutibile - osserva la Cassazione - quando il fallimento riguarda la società incorporata, alla stessa situazione occorre pervenire ove il fallimento sia pronunciato nei confronti dell'incorporante giacché il fenomeno estintivo, che riguarda l'incorporata, concerne l'ente in sé e non le situazioni giuridiche, attive e passive, che a essa fanno capo, né quelle maturate

in capo al suo amministratore». Si tratta di situazioni che sono state influenzate, e spesso determinate, da operazioni rischiose, come l'assunzione di un rilevante debito fiscale, effettuate a danno dell'incorporante, con la conseguenza che il fallimento dell'incorporante realizza la condizione alla quale è, per legge, subordinata la punibilità del trasgressore.

A questo dato formale, puntualizza poi la Corte, si aggiunge l'esigenza, più sostanziale, di assicurare la punibilità di condotte delittuose anche gravi e di impedire facili elusioni della Legge fallimentare, particolarmente agevole, si mette in evidenza, nei gruppi di società e in quelli caratterizzati da rapporti interpersonali tra i suoi componenti.

In questa prospettiva allora, qualsiasi negozio con passaggio di proprietà e qualunque operazione

societaria può assumere rilevanza di distrazione o dissipazione. E questo anche quando l'operazione avviene per lo scopo preciso di trasferire la disponibilità di beni societari a un altro soggetto giuridico in previsione del fallimento.

Un'impostazione che ha riflessi anche sulla considerazione dell'elemento psicologico del reato, visto che il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è di pericolo concreto a dolo generico, per la cui esistenza non è necessaria né la volontà di provocare il fallimento né la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa e neppure lo scopo di provocare un pregiudizio ai creditori, «essendo sufficiente la consapevole volontà di conferire al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella garanzia delle obbligazioni contratte».

Obblighi del creditore, al giudice nazionale il controllo d'ufficio

CORTE UE

Deve essere valutato il merito creditizio del consumatore

Maria Castellaneta

L'oggetto dell'obbligo precontrattuale del creditore, tenuto alla valutazione del merito creditizio del consumatore, deve essere accertato d'ufficio dal giudice nazionale. Se il creditore, inoltre, non compie i controlli richiesti prima della conclusione del contratto, il giudice deve applicare le sanzioni dissuasive previste senza, però, condizionarle alla prescrizione fissata dall'ordinamento interno che potrebbe vanificare la tutela del consumatore.

Lo ha stabilito la Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 5 marzo nella causa C-679/18 con la quale la Corte ha precisato la portata applicativa degli articoli 8 e 23 della direttiva 2008/48 sui contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/Cee, recepita in Italia con Dlgs 141/2010.

Al centro della vicenda nazionale, che ha portato al rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, la conclusione di un contratto di credito tra un consumatore e un istituto finanziario che si era rivolto al giudice nazionale per ottenere il pagamento delle rate non corrisposte dal contraente. Quest'ultimo aveva sollevato, dinanzi al Tribunale circoscrizionale di Ostrava (Repubblica ceca), la nullità del contratto sostenendo che il creditore non aveva svolto l'accertamento sul merito creditizio imposto dalla direttiva. Per la Corte di giustizia, il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio l'eventuale violazione delle regole Ue in materia di tutela dei con-

sumatori per garantire una protezione ampia della parte debole del contratto, obiettivo alla base della direttiva 2008/48 che, per evitare il sovraindebitamento del consumatore e per responsabilizzare il creditore, impone la valutazione del merito creditizio, anche con l'utilizzo delle banche dati. Accertata la violazione del controllo da parte del creditore, il giudice nazionale dovrà applicare le sanzioni previste dall'ordinamento interno e imposte dal diritto Ue. Spetta, poi, allo stesso giudice nazionale accertare che la severità delle sanzioni sia adeguata alla gravità delle violazioni e che le sanzioni producano un effetto «realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità». Chiarita l'autonomia dei giudici nazionali, la Corte Ue ha fornito alcune indicazioni per garantire che la sanzione per il creditore sia effettiva: va bene la nullità del contratto e il divieto per il creditore di percepire interessi, ma a condizione che la decadenza dagli interessi non sia mitigata da altri fattori. In questo caso, infatti, la sanzione non avrebbe più il carattere «realmente dissuasivo» necessario per assicurare l'attuazione del diritto Ue. Di conseguenza, non è conforme alla direttiva e al principio di effettività la circostanza che la richiesta di nullità del contratto di credito debba essere avanzata dal consumatore entro un termine di prescrizione triennale. Per la Corte, infatti, le sanzioni di diritto civile predisposte dal legislatore interno non possono essere limitate da condizioni che porterebbero a una tutela non effettiva del consumatore. Che, invece, - osservano gli eurogiudici - è garantita con l'intervento d'ufficio dei giudici nazionali, tenuti alla disapplicazione del diritto interno e all'interpretazione conforme.

Retroattive le norme sul monitoraggio fiscale

CAPITALI ALL'ESTERO

La Ctr Lombardia si schiera per il valore procedimentale del Dl 78

Massimo Romeo

Sono "procedurali" le norme sul monitoraggio fiscale. Continua ad alimentarsi il dibattito giurisprudenziale sul carattere sostanziale o procedurale delle norme dell'ordinamento volte a sanzionare le violazioni commesse dai contribuenti sugli obblighi di monitoraggio fiscale e quelle che prevedono la presunzione legale relativa per gli in-

vestimenti e le attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Giunge ancora all'attenzione dei giudici milanesi (Ctr Lombardia 651/2020, presidente Marini ed estensore Palma) una vicenda in cui una contribuente impugnava un avviso di accertamento con cui l'agenzia delle Entrate riprendeva a tassazione maggiori redditi imponibili (anno d'imposta 2008) in virtù di disponibilità finanziarie allocate su un conto svizzero e non dichiarate dalla contribuente in violazione degli obblighi sul monitoraggio fiscale (articolo 4, comma 1, Dl 167/1990); fra i vari motivi di impugnazione la ricorrente deduceva l'illegittima applicazione retroattiva dell'articolo 12, comma 2-bis, Dl 78/09, trattandosi di norma successiva all'anno d'imposta oggetto d'accertamento. Impostazione accolta dai giudici di primo grado, ma la Ctr mette in evidenza l'errore commesso dal primo giudice laddove ha ritenuto che le possidenze estere siano tassabili in Italia solo a partire dall'entrata in vigore del Dl 78/2009. Ciò in quanto, sin dall'entrata in vigore dell'articolo 4 del Dl 167/90 è stato introdotto per tutti i contribuenti residenti in Italia l'obbligo di dichiarare investimenti all'estero o attività estere di natura finanziaria da cui potessero derivare redditi assoggettabili ad imposizione in Italia. L'articolo 12, comma 2-bis del Dl 78/09, proprio al fine di individuare il proprio perimetro applicativo ha

espresso rinvio agli investimenti e alle attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato in violazione degli obblighi di dichiarazione di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 12, del Dl 167/1990. L'articolo 6 del Dl 167/90 già disponeva una presunzione legale, sia pure limitata a frutti derivanti da attività patrimoniali detenute all'estero; ma è più chiaro, chiosano i giudici, il tale previsione normativa da parte non esonerava il contribuente dal dichiarare i capitali detenuti all'estero e dall'altra non imponeva all'Ufficio di accertarne l'esistenza che doveva essere provata negli ordinari mezzi di prova, senza poter ricorrere alla presunzione che valeva solo per i frutti civili maturati.

L'orientamento maggioritario sul tema sembra essere quello opposto alla sentenza in commento (ex multis Ctr Toscana 1600/2016 e Ctr Lombardia 4860/2016, 692-693/2017, 3479/2018) secondo il quale, trattandosi di norme sostanziali, l'applicazione retroattiva va esclusa. Sotto altro profilo va ricordata anche la sentenza 2165/2018 della Ctr Lombardia («Il Sole 24 Ore» del 31 maggio 2018) che ha espresso il principio in base al quale la contestazione di omessa compilazione del quadro RW è titolo autonomo e sganciato dalla presunzione di evasione, con la conseguenza che il termine prescrizione è quinquennale e non quello relativo ai termini per l'accertamento.

Cartolarizzazione crediti con patrimonio destinato

FINANZIAMENTI

Il soggetto finanziato deve dare una garanzia con beni vincolati

Angelo Busani

Una nuova forma di patrimonio destinato alle operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti a favore del soggetto titolare dei crediti oggetto di cartolarizzazione: lo dispone l'articolo 4-bis del decreto legge 162/19, convertito in legge 8/20.

Queste operazioni di cartolarizzazione sono identificate con l'espressione anglosassone "subparticipation" e consistono nell'erogazione di un finanziamento da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli.

Il soggetto finanziato non cede formalmente i crediti alla società di cartolarizzazione e quest'ultima acquisisce le risorse necessarie all'erogazione emettendo titoli (con la cui collocazione si finanzia sul mercato).

Il soggetto inoltre destina le somme provenienti dal rimborso del finanziamento al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi oltre che al pagamento dei costi dell'operazione di cartolarizzazione.

Ebbene, in base all'articolo 4-bis del decreto legge 162/19, il soggetto finanziato, ai fini della costituzione del patrimonio destinato, adotta un'apposita deliberazione contenente l'indicazione:

- dei diritti e dei beni destinati, anche individuabili "in blocco";
- dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata (vale a

dire della società di cartolarizzazione e dei soggetti che sottoscrivono i bond da essa emessi);
- dei diritti attribuiti e delle modalità con le quali è possibile disporre, integrare e sostituire elementi del patrimonio destinato;
- dei limiti e delle circostanze in cui il soggetto finanziato può utilizzare le somme derivanti dal patrimonio destinato.

QUOTIDIANO DEL DIRITTO



BANCAROTTA
L'estorsione scrimina l'imprenditore

Nel reato di bancarotta scatta lo stato di necessità a favore dell'imprenditore vittima di estorsione con metodo mafioso. A differenza dell'usura, che presuppone il sottoporsi al pericolo volontariamente, l'estorsione deve essere considerata dal giudice come causa di giustificazione per gli esborsi non "documentabili". Diverso il caso dei soci amministratori che pagano alcuni creditori consapevoli della loro appartenenza alla mafia per timore di ritorsioni violente, a cui si sono comunque rivolti, mettendo a rischio l'impresa. Per loro non c'è stato di necessità

— **Patrizia Maciocchi**

Il testo integrale dell'articolo su: quotidianodiritto.ilssole24ore.com

Le fabbriche che costruirono l'Italia

Quello di **Giuseppe Lupo** è un viaggio nell'immaginario industriale italiano, attraverso alcuni dei luoghi simbolici dai quali è transitata un'idea di modernità: **Sestimo Torinese, Genova, Arese, Rescaldina, Sesto San Giovanni, Bagnoli, Pozzuoli, Torviscosa, Porto Marghera, Ivrea, Terni, Valdagno.**

Fabbriche ancora in funzione e altre dismesse, autogrill, villaggi operai, aree abbandonate che aiutano a comprendere e recuperare l'identità di una nazione passata in pochi anni dalla civiltà della terra alla civiltà delle macchine e ora nel pieno della globalizzazione.



DAL 15 FEBBRAIO IN EDICOLA CON IL SOLE 24 ORE A € 12,90*

Il Sole 24 ORE

GIUSEPPE LUPO
LE FABBRICHE CHE COSTRUIRONO L'ITALIA

1A ESCLUSIVA

Ordina la tua copia su Primaedicola.it e ritirala, senza costi aggiuntivi né pagamento anticipato, in edicola.

in vendita su Shopping24offerte.ilssole24ore.com/fabbricheitalia

*oltre al prezzo del quotidiano. L'offerta è valida fino al 14 marzo