

Edizione di lunedì 16 giugno 2014

EDITORIALI

Tanto per parlare ...

di Giovanni Valcarenghi, Sergio Pellegrino

CRISI D'IMPRESA

Per l'Iva in concordato non c'è pace

di Claudio Ceradini, Giuseppe Polito

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Non sono perse le perdite nella trasformazione regressiva

di Ennio Vial, Vita Pozzi

DIRITTO SOCIETARIO

Il contratto di cointeressenza agli utili

di Fabio Landuzzi

CONTENZIOSO

La commissione di massimo scoperto è nulla se il contenuto non è indicato nel contratto di c/c

di Luigi Ferrajoli

EDITORIALI

Tanto per parlare ...

di **Giovanni Valcarenghi, Sergio Pellegrino**

Può il **Ministero delle Economie e delle Finanze** uscire con un **comunicato stampa sabato 14 giugno** per annunciare la **proroga dei versamenti** che scadono il **16 giugno** (riuscendo per inciso a fare peggio dell'anno scorso quando la proroga arrivò il 13 giugno)? E "con che faccia" può il Ministro andare in televisione il giorno successivo facendo una serie di dichiarazioni tutte incentrate su un futuro "radioso" per i contribuenti, affermando tra l'altro che il Governo intende "**semplificare drasticamente il sistema tributario, rendendo più facile la vita del contribuente onesto**"? E com'è che **nessuno si arrabbia**, ma siamo anzi tutti sollevati di avere avuto all'ultimo minuto una proroga che **non-poteva-non-esserci** (visti i consueti ritardi nell'elaborazione degli studi di settore), ma che per qualche momento abbiamo temuto **non-ci-fosse?**

Tutto è possibile in un Paese "straordinario" come il nostro, nel quale il **gattopardismo** è il primo vero sport nazionale.

«*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*» diceva Tancredi nel romanzo di Tomasi di Lampedusa, e il nostro sistema tributario cambia continuamente ... **ma soltanto a parole**.

Facciamo davvero fatica a capire perché **consulenti e contribuenti debbano rimanere sempre con il fiato sospeso di fronte a scadenze**, di versamenti o adempimenti poco importa, per le quali la **proroga è un atto dovuto**, determinato dall'inefficienza della stessa Amministrazione finanziaria, ma nel contempo viene concessa all'ultimo istante utile, quasi come una grazia concessa dal sovrano ai propri sudditi.

Come si può parlare di "*semplificare drasticamente il sistema tributario*", quando non si è in grado, si badi bene, non di fare un decreto per tempo (perché, ricordiamolo, il decreto ancora nessuno l'ha visto, ma "è in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale"), **ma neppure di fare un comunicato stampa con qualche giorno d'anticipo?**

Dispiace davvero che il Governo abbia perso un'altra occasione per **segnare una discontinuità** rispetto al passato, discontinuità che noi continuiamo a **cercare ostinatamente**, ma che vicende come questa, o quella ancora più **grottesca e surreale della Tasi**, ci fanno disperare di riuscire a trovare veramente.

In questo scenario accogliamo (finalmente) la nomina del **nuovo Direttore dell'Agenzia delle Entrate, Rossella Orlandi**, che succede ad Attilio Befera e “supera” di slancio i **due candidati** dei quali si era fino ad ora parlato.

Marco Di Capua, quello maggiormente accreditato, ex ufficiale della Guardia di Finanza, braccio destro di Befera, che avrebbe rappresentato la scelta di continuità; **Francesco Greco**, il magistrato con la maggior esperienza e competenza in materia di reati finanziari, che invece sarebbe stato elemento di rottura rispetto al recente passato.

La **nomina della Orlandi** è arrivata **dopo tre consecutive fumate nere in Consiglio dei ministri**, a testimoniare il fatto che il **contrasto fra Renzi e Padoan** di cui la stampa ha parlato c’è stato tutto.

Con questa scelta, apparentemente, si è preferita una **soluzione di compromesso**, considerato che comunque il nuovo Direttore ha sviluppato la propria carriera all’interno dell’Agenzia (attualmente era direttore delle Entrate in Piemonte, mentre in precedenza è stata numero 2 della Direzione Centrale Accertamento a Roma), ma sembra avere nel contempo il “mandato” ad attuare una nuova fase nel contrasto all’evasione.

Alla **dott.ssa Orlandi** il nostro più sincero **in bocca in lupo** per un proficuo lavoro alla Direzione dell’Agenzia. Speriamo tutti possa iniziare una **fase davvero nuova**, nella quale, finalmente, **dalle parole si passi veramente ai fatti**.

CRISI D'IMPRESA

Per l'Iva in concordato non c'è pace

di Claudio Ceradini, Giuseppe Polito

Una ulteriore questione, non del tutto nuova e tuttavia in consolidamento progressivo apre un nuovo fronte nella **gestione del rapporto** con l'Amministrazione Finanziaria nei **piani concordatari**. Si è più volte riferito delle **divergenze interpretative** sulla falcidiabilità del debito per **Iva non corrisposta**, in cui giurisprudenza di legittimità e di merito non hanno ancora trovato sintesi. Il quadro si arricchisce, per così dire, dell'ulteriore aspetto che attiene il corretto inquadramento dei crediti, per la parte corrispondente all'IVA di rivalsa.

La sezione I°, Cassazione Civile, con **sentenza n. 24970 del 2013** è intervenuta nuovamente sul punto, dopo il precedente pronunciamento (vedi **Sentenza n.12064 del 2013**) peraltro assunto con riguardo ad una vicenda innestata sulla disciplina concordataria vigente prima della modifica introdotta con il D.Lgs. n.169 del 2007. Al credito per **rivalsa Iva** spettante al cedente di beni o al prestatore di servizi, va sempre riconosciuto il **privilegio speciale sul bene ceduto** o sul servizio reso – ex **art. 2758 comma 2** – salvo che il patto concordatario non preveda, espressamente, la falcidia del credito medesimo ex **art. 160 comma 2** della Legge Fallimentare.

La Suprema Corte, confermando di fatto la posizione già assunta con la citata sentenza n.12064 del 2013, evidenzia come da un lato all'istituto del **concordato preventivo** non sia applicabile **l'articolo 54 L.F.** in quanto non espressamente richiamato **dall'articolo 168 L.F.** per il quale è il creditore tenuto a far valere il proprio diritto (pegno, ipoteca o privilegio quale che sia), e dall'altro come il privilegio sia una **“qualità del credito riconosciuta dall'ordinamento in ragione della sua causa”** e, quindi, **slegato** dall'esistenza o meno nel compendio patrimoniale del debitore del **bene** sul quale grava il privilegio. Solo l'introduzione della facoltà per il debitore che ricorra al concordato preventivo di **limitare** la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte di credito che troverebbe capienza nell'ipotesi di **liquidazione** del bene gravato, permette il pagamento **limitato** del credito per Iva di rivalsa o il **degrado** dello stesso al chirografo; conseguentemente, pur restando valido il principio appena citato, lo stesso deve essere coordinato con l'innovazione normativa che ha ridisegnato l'articolo 160 L.F. Il patto concordatario dovrebbe quindi prevedere una **proposta** che dia luogo ad una **limitazione** del soddisfacimento dei creditori (anche ovviamente per crediti relativi ad Iva di rivalsa) nelle modalità e con gli adempimenti previsti dall'articolo **160 co. 2 L.F.**, altrimenti **“non può che farsi applicazione della regola generale”**.

L'elemento di novità che questa impostazione introduce non è irrilevante, e crea ulteriori

incertezze in fase di predisposizione del piano. Finora, infatti, la **collocazione** del credito per Iva di rivalsa in **chirografo** è stata nella realtà operativa “normalmente” sdoganata, ed **ammessa** in corso di procedura, anche senza scomodare l'applicazione dell'art. 160, co. 2 L.F. nel caso in cui i beni su cui insisteva il privilegio **non esistessero** o semplicemente **non potessero** essere ragionevolmente **identificati**, in quanto fungibili ed indistintamente acquisiti e immagazzinati.

Non a caso il privilegio in parola era stato definito autorevolmente dalla stessa Corte di Cassazione come “*privilegio fantasma*”, almeno con riferimento ai beni **immediatamente consumabili** ed alle prestazioni di mero servizio, in quanto l'oggetto del privilegio speciale o non ha alcuna materiale consistenza (nel caso di servizio) ovvero ha ad oggetto un bene che viene immediatamente inserito nel ciclo economico – produttivo dell'impresa e consumato in brevissimo tempo. La diretta conseguenza logica, quindi, è che il **privilegio speciale non sussiste**, perché non vi sono nel patrimonio dell'impresa i beni sul cui ricavato possa il privilegio medesimo trovare soddisfazione, anche parziale, con conseguente ed “automatica” inclusione del credito in chirografo.

Un numero sempre maggiore di Tribunali di merito sta sposando l'impostazione della Suprema Corte. L'effetto immediato è la necessità di strutturare la proposta nell'ambito della **falcidia** prevista dall'art. 160, co. 2, L.F., in tutti i casi in cui **non** sia prevista una **soddisfazione integrale anche del credito per Iva di rivalsa**. La collocazione, anche parziale dello stesso a credito chirografario, non sarebbe ammissibile al di fuori di quel contesto, in cui sia verificata l'esistenza o meno dei beni sui quali insiste il privilegio speciale Iva. Un comportamento diverso, oggi, rischia di produrre un ricorso ed una proposta potenzialmente inammissibili.

In sostanza, il quadro diviene **preoccupante**. L'effetto e la portata della novità giurisprudenziale, indipendentemente dalla consistenza giuridica della impostazione, rischia di **creare non pochi problemi** sia sotto il profilo di duplicazione di adempimenti e costi di procedura, sia sotto il profilo più squisitamente operativo. La prova che si richiede al perito attestatore ex articolo 160 co. 2 in questi casi rischia di diventare “diabolica” se riferita a beni fungibili. E' molto spesso **impossibile** dimostrare che esiste una **correlazione giuridicamente certa** tra il credito di fornitura ed il bene fornito, avendo in considerazione che debbono le singole obbligazioni essere tenute distinte, e quindi le **singole forniture**, che costituiscono contratti separati ed autonomi. Allo stesso modo, anche escludere la correlazione, in via più che ragionevole, è estremamente difficile. Come escludere tassativamente che a magazzino non vi siano ancora delle viti, del tessuto, del legno, fungibili e non “tracciabili” nelle consistenze di magazzino, che riferiscono a forniture ancora non saldate? Ove i beni siano **specifici** ed individuabili (appartamenti, navi, beni mobili dotati di matricola) la questione potrebbe **non porsi**, ma in tutti gli altri casi diviene **spinosa**. Un adeguamento legislativo è perlomeno auspicabile, su questo tema così come su altri, che abbiamo più volte ricordato.

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Non sono perse le perdite nella trasformazione regressiva

di Ennio Vial, Vita Pozzi

E' noto come le perdite generate dalle **società di capitali** siano riportabili agli esercizi successivi con le modalità indicate nell'**art. 84** del Tuir, mentre quelle generate dalle **società di persone** siano imputate ai soci ai sensi dell'**art. 5** del Tuir.

Una **trasformazione progressiva** non genera particolari criticità in quanto le perdite risultano già imputate ai soci per trasparenza secondo le **regole ordinarie**, mentre quelle generate dalla trasformazione in avanti verranno gestite in base al citato art. 84. Più **complessa**, invece, è la fattispecie opposta della **trasformazione regressiva**.

In assenza di puntuali chiarimenti si sarebbero potute sostenere **due tesi alternative**:

1. le perdite sono **automaticamente imputate** per **trasparenza** al momento della trasformazione;
2. le perdite sono irrimediabilmente **perse**. Peraltra, questa era la tesi sostenuta dalla DRE Veneto nella risoluzione del 19.12.1994 n. 44130/s1/l.

Entrambe le soluzioni non paiono appaganti.

In particolare, la prima presterebbe il fianco a facili **giochetti elusivi**, mentre la seconda **contrasta** con il principio di **neutralità fiscale** che deve reggere l'operazione se la società di partenza e quella di arrivo rientrano nell'alveo delle società commerciali.

In relazione a quest'ultimo aspetto, in particolare, si rileva come il fenomeno della **trasformazione non** sia riconducibile ad una duplice **vicenda estintiva** della società trasformata e costitutiva di una società diversa che si sostituisce alla precedente ma si configura, piuttosto, come una mera vicenda che **lascia immutata** l'**identità** dell'**ente** sociale.

Sul punto si ricordano anche talune sentenze della **Cassazione** (v. Cass. sent. 11 agosto 1977, n. 3707; Cass. sent. 11 luglio 1981, n. 4510; Cass. sent. 14 gennaio 1982, n. 198; Cass. sent. 12 aprile 1984, n. 2369).

In sostanza, sia che una società di persone si trasformi in una società di capitali, sia che si verifichi l'ipotesi inversa, l'operazione comporta soltanto il **mutamento formale** di un'**organizzazione** societaria già esistente e non la creazione di un nuovo ente che succede.

Sul tema è intervenuta la **risoluzione n. 60 del 16 maggio 2005** la quale ha equiparato la fattispecie in esame alle disposizioni relative al regime di trasparenza di cui all'art .115 del Tuir.

Viene, infatti, chiarito che *“per gli effetti fiscali che produce, la trasformazione di una società di capitali in una società di persone può considerarsi equivalente alla situazione che si verifica per effetto dell'esercizio dell'opzione di cui all'art .115 TUIR, da parte di una società di capitali”*.

Ciò significa che, come chiarito dalla circolare n. 49 del 2004 relativa al regime di trasparenza, la società di persone diviene **temporaneamente opaca** fintantoché le perdite non sono state definitivamente compensate.

Si chiarisce infatti che le **perdite** prodotte dalla partecipata prima dell'inizio del periodo di trasparenza **non** possono mai essere attribuite ai **soci**; tuttavia, esse conservano **rilevanza fiscale** in capo alla **società** che le ha **generate** nonostante quest'ultima abbia perso la soggettività passiva Ires.

Il chiarimento discende dal fatto che dal disposto dell'articolo 84 del Tuir si evince un principio di carattere generale secondo cui è **vietata la compensazione intersoggettiva** degli utili e delle perdite, in quanto destinati ad essere imputati ed attribuiti esclusivamente al soggetto che li ha generati. In sostanza, come l'Amministrazione finanziaria ha già avuto modo di ribadire, **non** è consentito **compensare le perdite** generate da determinate **attività con utili eterogenei** generati da **attività diverse**, cioè provenienti da soggetti terzi (cfr. risoluzione del 28 febbraio 2002, n. 62/E).

Il caso era quello di una **fusione liquidatoria** che è stata tacciata di elusione in considerazione del fatto che le ragioni addotte dall'istante non appaiono economicamente valide in quanto la fusione in questione non era tesa a rafforzare le strutture societarie interessate, e a creare organismi più forti e competitivi, ma al **conseguimento di indebiti risparmi** di imposta e alla successiva liquidazione del gruppo stesso.

Quanto detto vale ad escludere la possibilità di percorrere la strada dell'imputazione per trasparenza delle perdite in occasione della trasformazione, ma non la possibilità di riportarsi le perdite in capo alla società di persone trasformata.

Infatti, **non** sussistono motivi di ordine logico sistematico per **negare la conservazione** della **perdita** realizzata dalla società di capitali ante trasformazione, non costituendo un impedimento la circostanza che il nuovo reddito sarà sottoposto ad un diverso regime impositivo.

DIRITTO SOCIETARIO

Il contratto di cointeressenza agli utili

di Fabio Landuzzi

L'ordinamento civilistico contiene all'**art. 2554, Cod. Civ.**, la disciplina di uno strumento contrattuale che, malgrado sia poco utilizzato nella prassi professionale ed aziendale, può talvolta presentare **motivi di interesse** meritevoli di attenzione. Si tratta del **contratto di "cointeressenza"** il quale può assumere essenzialmente **due forme**:

1. Nella forma della cd. **"cointeressenza impropria"** un soggetto viene fatto **partecipare agli utili di un'impresa, senza partecipazione alle perdite** ed in contropartita di un **apporto** all'impresa cointeressante.
2. Nella forma della cd. **"cointeressenza propria"**, invece, un soggetto viene fatto **partecipare sia agli utili che alle perdite** di un'impresa, **senza** che vi sia il corrispettivo di **alcun apporto**.

Ciò che distingue profondamente le due fattispecie è la **partecipazione del cointeressato anche alle eventuali perdite** dell'impresa cointeressante, che **contraddistingue** il caso della **"cointeressenza propria"**, e la **mancanza di un apporto** del cointeressato a beneficio dell'impresa cointeressante, che **caratterizza sempre** il caso della **"cointeressenza impropria"**.

Si tratta di accordi che presentano un **duplice profilo di interesse**: da una parte, si prestano a fungere da modelli di **condivisione delle attività e dei risultati** delle imprese senza tuttavia pregiudicare in alcun modo la rispettiva **autonomia giuridica e contabile** consentendo così di evitare le rigidità che si accompagnano normalmente alla creazione di una nuova entità legale comune; dall'altra parte, presentano anche un **contenuto para-assicurativo** nella misura in cui consentono all'impresa di ridurre, al verificarsi di eventi negativi, l'ammontare delle perdite di gestione a proprio carico, mediante la **compartecipazione di un soggetto terzo** (il **cointeressato**). Una parte della dottrina ha osservato come l'uso di questi contratti si presti ad assimilazioni con gli **strumenti negoziali atipici** di gestione del cd. **"management risk"**.

Dal punto di vista aziendale, questo tipo di accordi è interessante anche per la **flessibilità** che li caratterizza. Ad esempio, l'accordo potrebbe avere carattere di reciprocità come avviene nel caso dei contratti di cd. **"cointeressenza propria" in forma "complessa"**; in essi, entrambe le imprese partecipanti all'accordo **assumono reciprocamente** l'una rispetto all'altra tanto la **veste di cointeressante** quanto quella **di cointeressata**. In questo modo, si realizza una **reciproca compartecipazione** agli utili ed alle perdite delle imprese partecipanti in una chiave di reciproca assistenza e di condivisione dei risultati.

In fase di negoziazione e di stesura del contratto, le parti potranno quindi **delimitare la nozione** di “**attività**”, di “**affare**” e di “**utile**” che costituirà oggetto della reciproca condivisione, nonché gli **strumenti di controllo** spettanti a ciascun partecipante.

Dal **punto di vista contabile**, e riguardo alla classificazione dei componenti economici (costi e/o ricavi) della cointeressenza nel bilancio delle imprese partecipanti, il **Documento OIC 12** – attualmente **in pubblica consultazione** – prevede che gli “utili da associazioni in partecipazione e da cointeressenze” siano **classificati alla voce C.16.d) del Conto economico** relativa ai “Proventi finanziari diversi dai precedenti”. Questa classificazione, in verità, sembra essere **adeguata nell'ipotesi** della presenza **di un apporto di capitale**, e quindi nel caso della “**cointeressenza impropria**”; la stessa invece **non convince** nel caso dei contratti di “**cointeressenza propria**” in cui il riflesso economico dell'operazione **non ha** in verità alcuna intrinseca **natura finanziaria**, bensì strettamente operativa.

CONTENZIOSO

La commissione di massimo scoperto è nulla se il contenuto non è indicato nel contratto di c/c

di Luigi Ferrajoli

Tra gli **oneri** solitamente presenti nei **rapporti di apertura di credito** le banche includono la **commissione di massimo scoperto**, un compenso della cui **dubbia trasparenza** nel conteggio si è pronunciata più volte la giurisprudenza sia di merito che di legittimità.

Questo tema è stato recentemente affrontato dal Tribunale di Marsala, Sez. II, con la **sentenza del 06/05/2014** emessa all'esito di un procedimento avente ad oggetto la **ripetizione** di indebito nei confronti di una Banca, con la quale il cliente aveva stipulato un contratto di conto corrente con apertura di **credito**.

L'azione era tesa a far accettare e dichiarare la **nullità parziale** del contratto in relazione all'applicazione di tassi di interesse in misura **ultralegale**, alla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, all'applicazione della commissione di **massimo scoperto** e di altre spese e competenze **non previste** dal contratto di cui non erano, tra l'altro, specificati i criteri di **calcolo**. L'attore richiedeva pertanto, la ripetizione delle somme indebitamente versate.

Il giudice torna ad applicare anche nel caso di specie quanto **costantemente** ritenuto dalla Suprema Corte e dai giudici di merito in tema di **prescrizione** dell'azione, il cui termine decennale comincia a decorrere dalla chiusura del rapporto stesso ovvero in presenza di versamenti aventi carattere solutorio dalla data di questi (cfr. sul punto Cass. 26 febbraio 2014, n. 4518; Cass. 15 gennaio 2013, n. 798; Cass. S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418); **onere** della prova, anche ai fini del conteggio delle somme, che incombe sull'attore (cfr Cass. 13 novembre 2003, n. 17146; Trib. di Roma 26 febbraio 2013; Trib. di Brindisi 13 gennaio 2014); illegittimità della capitalizzazione **infrannuale** degli interessi (cfr. Cass. 16 marzo 1999, n. 2374; Cass. 30 marzo 1999 n. 3096; Cass. 11 novembre 1999, n. 12507); validità delle **modifiche** unilaterali delle clausole anatocistiche (Trib. di Novara 1° ottobre 2002).

Quanto all'**eccezione**, sollevata dall'attore, di nullità della commissione di massimo scoperto applicata dalla banca, per il Giudice deve ritenersi **fondato** sotto il profilo della violazione dell'art. 1346 Cod.Civ. per **mancata** determinazione del suo oggetto.

Il costo denominato commissione di massimo scoperto può essere **variamente concepito** dalla banca andando a costituire, a seconda dei casi, remunerazione di un affidamento in quanto

talmente, eventualmente al netto dell'utilizzo (c.d. **commissione di mancato utilizzo**), ovvero remunerazione aggiuntiva sulla parte del fido utilizzata per un certo arco temporale o anche per un solo giorno (c.d. **commissione di massimo scoperto intrafido**), nonché essere praticata per i soli scoperti in senso tecnico, vale a dire gli utilizzi superiori all'affidamento o gli **sconfinamenti** su conti non affidati (cfr. sul punto Cass. 18 gennaio 2006, n. 870 e Cass. 6 agosto 2002 n. 11722);

Nel caso sottoposto all'attenzione del Giudice siciliano la banca non aveva specificato nulla nel contratto quanto ai criteri di **concreta applicazione** della commissione di massimo scoperto, denominata in contratto "commissione di conto", limitandosi ad indicare un **valore percentuale** nella lettera contratto di apertura del conto corrente. Pertanto, una clausola siffatta, del tutto **indeterminata** e non determinabile, deve intendersi affetta da radicale **nullità**, rilevabile anche d'ufficio (Tribunale di Monza, 12 dicembre 2006; Tribunale di Milano, 4 luglio 2002);

Tale invalidità, prosegue a rilevare il Giudice, derivante direttamente dall'art. 1346 Cod.Civ., **non** può dirsi **sanata** per effetto della descrizione del meccanismo di applicazione della commissione ricavabile dallo scalare **dell'estratto conto**, essendo quest'ultimo un documento tecnico inidoneo ad integrare il requisito di forma di cui all'art. 117 TUB.

Inoltre, la commissione di massimo scoperto era stata **applicata** sul massimo utilizzo del fido nel trimestre, **indipendentemente** dalla sua durata, così da essere parificabile ad un interesse aggiuntivo a quello convenzionale già pattuito per l'apertura di credito, e dunque **privò** di idonea **causa** giustificativa (cfr. Cass. 6 agosto 2002, n. 11772 e Cass. 18 gennaio 2006 n. 870).

In esito al giudizio il Tribunale di Marsala **condanna** la Banca alla restituzione degli importi indebitamente versati, riducendo tuttavia la pretesa iniziale richiesta dall'attore in quanto la c.t.u. ha rilevato una serie di **versamenti** effettuati in conto aventi natura solutoria per i quali, alla data di instaurazione del giudizio, era già decorso il termine di **prescrizione**.