



# **LUISS Law Review**

N. 1/2018

# INDICE

## PARTE PRIMA

### ARTICOLI

<i>La gestione dei rifiuti di imballaggio in Italia. Profili e criticità concorrenziali</i> , di Michele Grillo, Gustavo Olivieri, Stefano Colombo e Silvia Scalzini .....	7
<i>Qualche riflessione sul “solito” tema del capitale sociale nella prospettiva della riduzione</i> , di Giorgio Meo .....	56
<i>Halfway between profit and non-profit: where are we going?</i> , di Raffaele Felicetti .....	69

## PARTE SECONDA

### DOSSIER MONOGRAFICO

#### I NUOVI PRINCIPI CONTABILI OIC

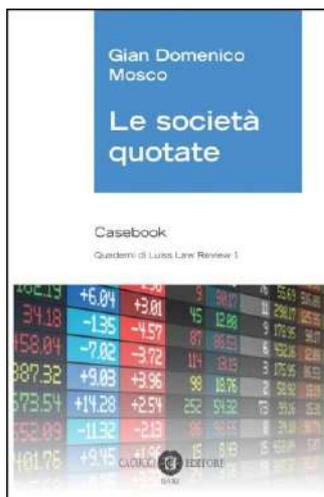
<i>Introduzione</i> , di Livia Salvini .....	99
<i>Profili civilistici dei nuovi principi contabili OIC</i> , di Giorgio Meo .....	106
<i>Il quadro della riforma contabile nei suoi principi generali</i> , di Marco Venuti .....	118
<i>Teoria e regolamentazione della contabilità: una prospettiva di analisi della riforma ex d.lgs. 139/2015 dai temi scelti costo ammortizzato e beni immateriali</i> , di Riccardo Tiscini .....	140
<i>Il nuovo principio di derivazione rafforzato per i soggetti OIC adopter</i> , di Giuseppe Melis ...	159
<i>Il principio di derivazione nella determinazione dell'imposta delle società: profili comparati</i> , di Mario Grandinetti .....	179
<i>La rilevanza fiscale dei nuovi criteri di rilevazione e valutazione di crediti e debiti</i> , di Giuseppe Carucci .....	198
<i>Liquid income taxation system as a way to tax business income based on cash flow statements</i> , di Marco Versiglioni .....	226

## PARTE TERZA

### NOTE A SENTENZA DEGLI STUDENTI

<i>La natura giuridica della Banking Communication a seguito della Sentenza Kotnik: il quadro normativo europeo degli aiuti di stato al settore bancario</i> , di Cecilia Chiesa .....	245
--	-----

AUTORI .....	260
--------------	-----



I Quaderni di Luiss Law Review danno modo alla rivista di pubblicare anche a stampa raccolte di casi, saggi e lavori collettanei di impostazione monografica che siano occasione di analisi e riflessione sui temi giuridici più rilevanti o innovativi relativi all'impresa e al mercato. Sono inaugurati da un Casebook sulle Società quotate realizzato da Gian Domenico Mosco, ordinario di Diritto commerciale nel Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli, dove insegna anche Diritto commerciale progredito, corso dedicato alle società quotate, e dirige LUISS DREAM e Luiss Law Review.

Il volume (Cacucci ed., 2018, pp. 384, € 19,50) è il primo in Italia a mettere a disposizione di studenti, operatori e giuristi del settore una raccolta di casi relativi alle nostre società quotate.

I casi giurisprudenziali e pratici, scelti tra i più importanti degli ultimi anni, riguardano i principali temi della **Corporate Governance** delle società quotate. Sperimentare in prima persona con riguardo a vicende reali quali norme trovano applicazione e in che modo sono applicate è diventato indispensabile per affrontare problemi che hanno soluzioni non facilmente identificabili anche conoscendo contenuti e interpretazioni della regolamentazione.

Lo stesso lettore è quindi chiamato a individuare il corretto ragionamento giuridico e la soluzione del caso, verificando le norme rilevanti e le modalità applicative da seguire. Per facilitarne il compito, ogni caso è preceduto da una scheda che riassume i termini della vicenda, il quadro normativo di riferimento, i punti centrali della controversia (se si tratta di un caso giurisprudenziale), i temi richiamati e le questioni risolte o aperte. Sono inoltre fornite le indicazioni bibliografiche essenziali attraverso le quali è possibile, se si vuole, ampliare la ricerca e i link dei principali materiali da consultare.

## **LUISS Law Review**

LLR - LUISS Law Review

Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

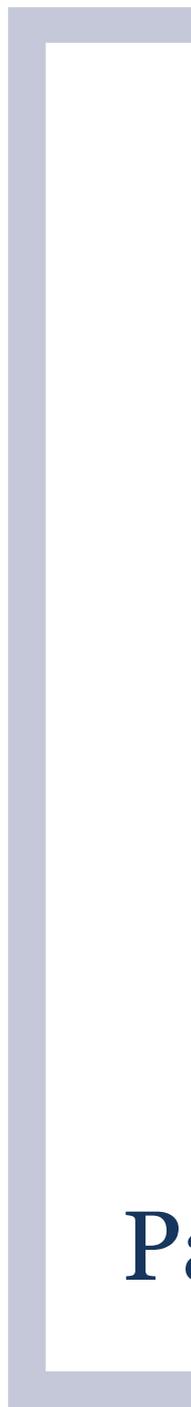
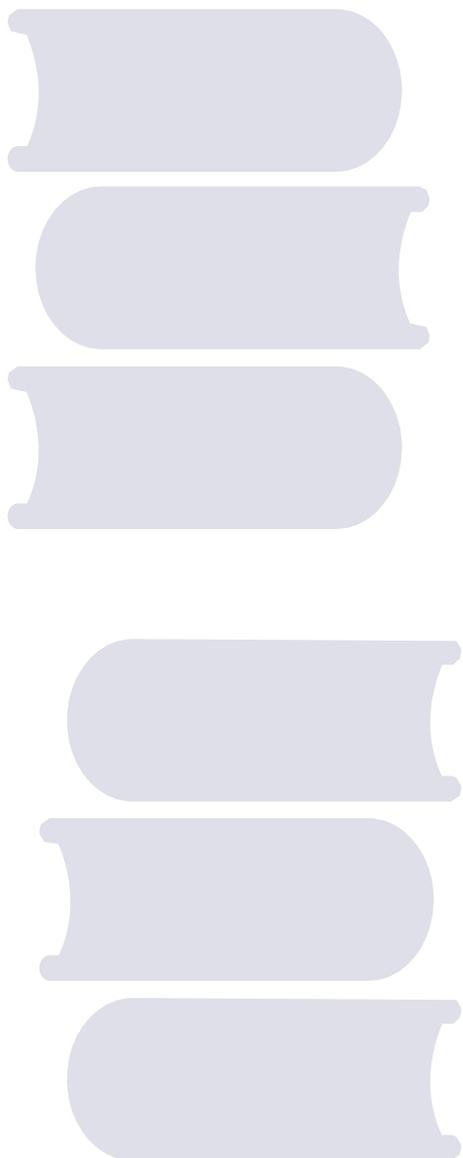
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009



**Parte prima**

# Articoli

*La gestione dei rifiuti di imballaggio in Italia. Profili e criticità concorrenziali \**

di **MICHELE GRILLO, GUSTAVO OLIVIERI, STEFANO COLOMBO, SILVIA SCALZINI**

**SOMMARIO:** **1.** INTRODUZIONE. – **2.** LA CORNICE NORMATIVA DELLA GESTIONE DEGLI IMBALLAGGI E DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO. – **2.1.** PRINCIPI EUROPEI E FONTI MULTI-LIVELLO. – **2.1.1.** LA DIRETTIVA IMBALLAGGI. – **2.2.** IL MODELLO ITALIANO DI GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO. – **3.** TUTELA AMBIENTALE E CRITICITÀ CONCORRENZIALI. – **3.1** PREMessa: IL RAPPORTO TRA CONCORRENZA E TUTELA AMBIENTALE. – **3.2.** I MERCATI RILEVANTI IN MATERIA DI GESTIONE DEGLI IMBALLAGGI E DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO. – **3.3.** GESTIONE DEI RIFIUTI E APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA. – **3.3.1.** LE CRITICHE ALLA SCARSA CONCORRENZIALITÀ DEL MODELLO ITALIANO. – **4.** ANALISI DELLE CRITICITÀ CONCORRENZIALI SOLLEVATE. IL RUOLO DEI SISTEMI AUTONOMI DI GESTIONE, NONCHÉ DEGLI OPERATORI INDIPENDENTI, IN RELAZIONE AL SISTEMA CONSORTILE CONAI/CONSORZI DI FILIERA E L'EFFETTIVA ALTERNATIVITÀ TRA I *COMPLIANCE SCHEMES*, PREVISTI DAL NOSTRO ORDINAMENTO. – **4.1.** SISTEMI AUTONOMI E OPERATORI INDIPENDENTI NELLA GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO: PRESTAZIONE UNIVERSALE DEL SERVIZIO E *CHERRY PICKING* NELL'OTTICA DEL TUA. – **4.2.** IL QUADRO ATTUALE. – **4.3.** ANALISI DELLE CRITICITÀ SOLLEVATE IN TEMA DI PRESENZA DI OSTACOLI NORMATIVI ALLA DIFFUSIONE DI CONSORZI AUTONOMI. – **4.3.1** PREMessa. – **4.3.2.** IL *CHERRY PICKING*. – **4.3.3.** SULLA PRESUNTA NON ESISTENZA DI *CHERRY PICKING* NEL MERCATO DELLA GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO. – **4.3.4.** *CHERRY PICKING* E CONCORRENZA NEL MERCATO DELLA RACCOLTA DEI RIFIUTI SU SUPERFICIE PUBBLICA. – **5.** LA COMMISURAZIONE DEL CAC E L'INCENTIVO ALLA PRODUZIONE DI IMBALLAGGI ECO-COMPATIBILI: SPUNTI E PROSPETTIVE. – **6.** CONCLUSIONI.

**Abstract**

The paper offers an economic and legal analysis of some of the main issues of competition in the packaging waste management system in Italy.

The main goal of the research is to identify possible trade-off between two interests: the full and timely achievement of the environmental targets (recycling and recovering, waste prevention and waste management transparency); and the improvement of competition in the packaging waste management market, taking into consideration the economic and administrative Italian framework.

Recently the Italian model of packaging waste management was criticised for a supposed inadequate competitiveness related to: a) a lack of a real choice among the Conai-Consorti di filiera EPR compliance system and others EPR schemes; b) some management choices of the Conai-Consorti di filiera system concerning the financing

mechanism through the CAC; c) the activity of waste collecting (not only packaging) in public spaces, with possible consequences on the current municipal exclusive-right regime.

The main findings of the Research are the following: 1. the market of waste management packaging presents an high risk of cherry picking, thus requiring a legal framework able to guarantee a universal service; 2. the market of waste collection in public spaces also presents a similar risk of cherry picking; 3. the CAC payment regulated by Conai-Consorti di filiera system is a way of overcoming the cherry picking phenomenon; 4. a CAC determination according to the real environmental impact of packaging can create a competitive incentive for increasing the production of more eco-friendly packaging.

**1. Introduzione.** La ricerca è volta a esaminare, sia dal punto di vista economico che giuridico, alcune criticità concorrenziali rilevate nella gestione di imballaggi e rifiuti di imballaggio in Italia e la individuazione di possibili soluzioni, anche alla luce delle esperienze maturate in altri Stati dell'UE.

La finalità è quella d'identificare i possibili *trade-off* esistenti tra l'interesse al pieno e tempestivo conseguimento degli obiettivi ambientali – di riciclaggio (e recupero), di prevenzione dei rifiuti e di trasparenza nella loro gestione – e l'interesse all'incremento della concorrenza nel settore, tenuto conto della realtà economica e amministrativa del nostro Paese e dei nuovi scenari dell'economia circolare.

**2. La cornice normativa della gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio. 2.1. Principi europei e fonti multilivello.** La disciplina in materia di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio si colloca in un quadro più generale che riguarda la politica ambientale dell'Unione Europea e che vede l'interazione di una pluralità di fonti multi-livello. Gli obiettivi di tale disciplina consistono essenzialmente nella tutela della salute umana e dell'ambiente e nello sviluppo di una "economia circolare" al fine di ottimizzare l'uso delle

materie prime e riciclare i materiali di cui sono composti i rifiuti per trarne risorse utili<sup>1</sup>.

Il legislatore europeo ha fissato alcuni principi che fungono da guida per tutti i soggetti coinvolti nella gestione dei rifiuti. Tra questi rivestono particolare importanza il principio del “chi inquina paga” (o “*Polluters Pay Principle*”) ed il principio della responsabilità estesa del produttore (“*Extended Producer Responsibility*”, o “*EPR*”)<sup>2</sup>.

Il primo principio, inizialmente elaborato a livello internazionale<sup>3</sup>, è previsto direttamente dalle fonti primarie del diritto dell’Unione Europea (art. 191, par. 2 TFUE) e richiamato dalla Direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti (“Direttiva Quadro”)<sup>4</sup>. A livello nazionale esso è enunciato dal Testo Unico in materia ambientale (D.L.gs. 3 aprile 2006 n. 152, “TUA”) sia come principio guida<sup>5</sup> che come principio applicato specificamente alla gestione dei rifiuti di imballaggio oggetto del presente lavoro<sup>6</sup>. Il principio consiste nell’allocare i costi delle misure di prevenzione, controllo e riduzione dell’inquinamento a carico di “colui

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 191 TFUE. Si vedano anche Comunicazione della Commissione intitolata “*Tabella di marcia verso un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse*” Com (2011) 571 del 20.9.2011; Comunicazione della Commissione, del 21 dicembre 2005, intitolata: “*Portare avanti l’utilizzo sostenibile delle risorse - Una strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti*” [COM (2005) 666] e da ultimo Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni, intitolata “*L’anello mancante - Piano d’azione dell’Unione europea per l’economia circolare*” COM(2015) 614 final .

<sup>2</sup> Oltre a questi principi, sono altresì da considerare i principi di precauzione, prevenzione, sostenibilità, proporzionalità, responsabilizzazione e cooperazione, i quali sono menzionati anche dall’art. 178 D. Lgs. 152/2006 (Testo Unico Ambientale). Al fine di conseguire gli obiettivi di tutela della salute e dell’ambiente, inoltre, la gestione dei rifiuti deve avvenire nel rispetto dei principi di autosufficienza e prossimità (art. 16 Direttiva Quadro).

<sup>3</sup> Esso è stato per la prima volta menzionato nella Raccomandazione OCSE del 26 maggio 1972, n.128.

<sup>4</sup> Cfr. art. 15 e “considerando” n. 26 della Direttiva Quadro.

<sup>5</sup> Si veda l’art. 178 TUA.

<sup>6</sup> Si veda l’ art. 219, comma 2 TUA.

che inquina”, al fine di incoraggiare un uso razionale delle risorse<sup>7</sup>. Esso prevede, inoltre, a carico degli operatori economici una responsabilità ambientale estesa a tutte le fasi del trattamento dei rifiuti.

Ponendosi in stretta continuità con il *Polluters Pays Principles*, il principio *Extended Producer Responsibility* prevede poi una responsabilità a monte a carico dei produttori, ovvero “qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti”<sup>8</sup>, per la prevenzione e la gestione dei rifiuti derivati dal consumo dei propri prodotti<sup>9</sup>. A tal fine la Direttiva Quadro prevede che gli Stati Membri possano adottare misure legislative e non legislative volte all’applicazione del principio in esame<sup>10</sup>. Tra queste misure sono incluse anche quelle dirette ad incoraggiare una progettazione dei prodotti volta a ridurre il loro impatto ambientale. Nell’esercizio di tale discrezionalità e nel rispetto dell’esigenza di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, gli Stati membri sono altresì tenuti a considerare la fattibilità tecnica, la praticabilità economica nonché gli impatti complessivi sociali, sanitari e ambientali delle suddette misure, valutando, dunque, la propria realtà socio-economica nazionale. Nell’ambito dell’*Action*

---

<sup>7</sup> Cfr. Raccomandazione OCSE del 26 maggio 1972 e successivi sviluppi internazionali.

<sup>8</sup> Così definiti dalla Direttiva Quadro. Cfr. l’ art. 8 della Direttiva.

<sup>9</sup> Cfr. anche la definizione indicata dal documento OECD (2001) *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*, OECD, March, Paris, p.18 “*an environmental policy approach in which a producer’s responsibility, physical and/or financial, for a product is extended to the post-consumer stage of a product’s life cycle*”. Secondo tale documento, i corollari di tale principio sono: 1. l’allocazione della responsabilità sui produttori piuttosto che sulla collettività e 2. offrire incentivi per i produttori al fine di tenere in considerazione le esigenze ambientali nel *design* dei loro prodotti.

<sup>10</sup> Tali misure possono consistere nell’accettazione dei prodotti restituiti e dei rifiuti che restano dopo l’utilizzo di tali prodotti, nonché nella successiva gestione dei rifiuti e la responsabilità finanziaria per tali attività. Una tale responsabilità può, infatti, essere sia finanziaria che organizzativa. Ancora esse possono includere l’obbligo di mettere a disposizione del pubblico informazioni relative alla misura in cui il prodotto è riutilizzabile e riciclabile. Cfr. art. 8 della direttiva Quadro. Si veda anche la Proposta di Direttiva che modifica la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti COM(2015) 595 final.

*Plan* europeo per l'economia circolare è stato, inoltre, proposto di aggiungere nella Direttiva Quadro una specificazione sui requisiti minimi di funzionamento in materia di *EPR*, affinché gli Stati Membri assicurino il rispetto del principio da parte dei propri sistemi di *compliance* e contribuiscano, in particolare, a permettere una maggiore internazionalizzazione da parte dei produttori dei costi del fine vita dei prodotti, tenendo conto della loro riutilizzabilità e riciclabilità . Il principio *EPR* è ribadito dal legislatore italiano<sup>11</sup> e specificamente declinato con riferimento agli imballaggi e ai rifiuti di imballaggio, la cui corretta ed efficace gestione è posta dall'art. 221 TUA sotto la responsabilità sia dei produttori che degli utilizzatori "in proporzione alle quantità di imballaggi immessi sul mercato nazionale" (art. 219 TUA).

**2.1.1 La Direttiva Imballaggi.** La Direttiva che per prima ha trattato in modo comprensivo il tema degli imballaggi e rifiuti di imballaggio è stata la Direttiva 94/62/CE, successivamente modificata ed integrata da diversi atti<sup>12</sup> ("Direttiva Imballaggi"). La Direttiva prevede misure volte a limitare la produzione di rifiuti d'imballaggio, a promuovere il riciclaggio, il riutilizzo e altre forme di recupero di tali rifiuti, nonché a garantire il funzionamento del mercato interno e prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi nonché distorsioni e restrizioni alla concorrenza nella Comunità (art. 1) e si applica a tutti gli imballaggi immessi sul mercato europeo e a tutti i rifiuti d'imballaggio, utilizzati o scartati da industrie, esercizi commerciali, uffici, laboratori, servizi, nuclei domestici e a qualsiasi altro livello, qualunque siano i materiali che li

---

<sup>11</sup> Cfr. art. 178 bis TUA.

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, la Direttiva 2004/12/CE, la Direttiva 2005/20/CE, il Regolamento CE n. 219/2009, la Direttiva 2013/2/UE e, infine, la Direttiva 2015/720/UE. Nell'ambito dell'Action Plan sull'economia circolare è stata, inoltre, proposta una ulteriore modifica della Direttiva Imballaggi (COM(2015) 596 final ).

compongono (art. 2). La Direttiva stabilisce obiettivi di riciclaggio e recupero, obbliga gli Stati membri a introdurre programmi di raccolta per i rifiuti di imballaggio e prevede dei requisiti minimi che tutti gli imballaggi devono soddisfare per venire immessi sul mercato della UE.

Al fine di adeguarsi agli obblighi UE, gli Stati Membri hanno previsto a partire dagli anni '90 una serie di sistemi per la gestione (degli imballaggi e) dei rifiuti d'imballaggio nonché per la prevenzione e la riduzione del loro impatto sull'ambiente. Occorre premettere che le attività legate alla gestione, in particolare, dei rifiuti d'imballaggio si articolano in diverse fasi (raccolta, trasporto, smaltimento, recupero e riciclaggio) che vedono il coinvolgimento e l'interazione di soggetti pubblici e privati. Per soddisfare gli obblighi ambientali europei, sono state previste soluzioni individuali<sup>13</sup> affiancate a soluzioni collettive<sup>14</sup>, variamente calibrate a seconda delle singole scelte degli ordinamenti considerati. Ad esempio, alcuni Stati limitano l'operatività di sistemi collettivi alla raccolta di rifiuti urbani richiedendo soluzioni individuali per la gestione dei rifiuti derivanti da attività commerciali ed industriali (come, ad esempio, la Germania).

**2.2 Il modello italiano di gestione dei rifiuti di imballaggio** . In Italia il recepimento della direttiva è avvenuto nel 1997 con il c.d. Decreto Ronchi<sup>15</sup>. Il modello prescelto per la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio si caratterizza per il ruolo di primo piano svolto dal mondo imprenditoriale, specialmente attraverso la valorizzazione dello strumento consortile. Gli

---

<sup>13</sup> Tali soluzioni sono basate sull'assolvimento dei diversi compiti da parte dei produttori, tramite il ritiro degli imballaggi a seguito di consumo.

<sup>14</sup> I produttori al fine di garantire una gestione più efficace, possono decidere di dividerne i costi.

<sup>15</sup> D.lgs. 5.2.1997, n. 22, il quale è poi confluito nel TUA.

operatori delle rispettive filiere garantiscono secondo il principio della “responsabilità condivisa” che l’impatto ambientale degli imballaggi sia ridotto al minimo per tutto il ciclo di vita (art. 217 TUA).

Il sistema delineato dal legislatore italiano si articola su più livelli, tra loro connessi anche sotto il profilo soggettivo. In estrema sintesi, per quanto riguarda in particolare gli obblighi dei produttori e degli utilizzatori di imballaggi, essi sono “responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale” degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio primari<sup>16</sup>, secondari<sup>17</sup> e terziari<sup>18</sup> “generati dal consumo dei propri prodotti” (art. 221, comma 1, TUA) e “devono conseguire gli obiettivi finali di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio in conformità alla disciplina comunitaria indicati nell’allegato E alla parte quarta del presente decreto” (art. 220, comma 1, TUA). Inoltre, sono tenuti a farsi carico del “corrispettivo per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico” (svolta in privativa dai comuni) e dei costi per le attività di ritiro e di riutilizzo dei rifiuti degli imballaggi usati e di raccolta ed eventuale smaltimento dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, nonché dei costi di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio ritirati o raccolti (art. 221, comma 10, TUA). È espressamente

---

<sup>16</sup> O “imballaggi per la vendita”, ovvero, ai sensi dell’art. 218 TUA, ogni “imballaggio concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, un’unità di vendita per l’utente finale o per il consumatore”.

<sup>17</sup> O “imballaggi multipli”, ovvero ai sensi dell’art. 218 TUA, ogni “imballaggio concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, il raggruppamento di un certo numero di unità di vendita, indipendentemente dal fatto che sia venduto come tale all’utente finale o al consumatore, o che serva soltanto a facilitare il rifornimento degli scaffali nel punto di vendita. Esso può essere rimosso dal prodotto senza alterarne le caratteristiche”.

<sup>18</sup> O “imballaggio per il trasporto”, ovvero ai sensi dell’art. 218 TUA, ogni “imballaggio concepito in modo da facilitare la manipolazione ed il trasporto di merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione ed i danni connessi al trasporto, esclusi i container per i trasporti stradali, ferroviari marittimi ed aerei”.

escluso che il sistema possa comportare oneri economici per il consumatore (art. 221, comma 11, TUA).

Per soddisfare gli obblighi di ritiro, per raggiungere gli obiettivi generali di recupero e riciclaggio stabiliti a livello comunitario e recepiti nell'allegato E del TUA e per garantire il necessario raccordo con le amministrazioni pubbliche tanto i produttori quanto gli utilizzatori partecipano al Consorzio Nazionale Imballaggi (Conai), salvo che si adotti uno dei sistemi alternativi di gestione.

Ferma la "responsabilità condivisa" sia dei produttori, sia degli utilizzatori per l'adempimento degli obblighi ambientali secondo quanto sopra delineato, ai soli produttori di imballaggi spetta invece di realizzare materialmente l'attività di ritiro dei rifiuti (urbani e assimilati ex artt. 198 TUA) di imballaggio provenienti dalla raccolta differenziata pubblica, l'attività di raccolta dei rifiuti di imballaggio presso superfici private (la quale non è sottoposta a privativa comunale) e l'attività di recupero e di riciclaggio degli imballaggi usati e dei relativi rifiuti (art. 221, comma 3, TUA)<sup>19</sup>.

A tal fine, i produttori possono alternativamente scegliere di aderire ad uno dei consorzi di filiera costituiti per ciascun materiale di imballaggio<sup>20</sup> o adottare uno dei sistemi alternativi di gestione. I c.d. sistemi autonomi consistono nell'organizzazione da parte dei produttori, anche in forma collettiva, della gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull'intero territorio nazionale (sistemi di gestione) o nell'attestazione di aver messo in atto un sistema di restituzione dei

---

<sup>19</sup> Cfr. per maggiori approfondimenti MOSCO, *Gestione degli imballaggi e tutela dell'ambiente*, in *Codice degli imballaggi*, 2013, Month 1, p. 9-34, Venezia, Hyper s.r.l.

<sup>20</sup> A tali consorzi possono partecipare anche i recuperatori ed i riciclatori che non corrispondono alla categoria di produttori. Oltre a tali attività i consorzi di filiera svolgono anche attività di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio e di ritiro, su indicazione del CONAI, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico (art. 221 e art. 223 TUA). Tali consorzi svolgono attività di pubblico interesse, pur non essendo consorzi obbligatori per legge. Sulla natura non obbligatoria di tali consorzi cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 24/09/2015, con le sentenze n. 4475, 4476 e 4477.

propri imballaggi (sistemi cauzionali). Per poter operare i sistemi autonomi sono sottoposti a un articolato procedimento di riconoscimento da parte del Ministero dell'ambiente, che nella fase iniziale di verifica vede coinvolto anche il Conai, tenuto a fornire, in via consultiva e non vincolante, "elementi di valutazione" ai fini della decisione spettante al Ministero.

Di particolare rilevanza per l'intero sistema e per la *compliance* al principio EPR è il ruolo del Conai, consorzio con personalità giuridica di diritto privato e senza fini di lucro, che, oltre alle gestioni consortili, svolge compiti istituzionali volti al raggiungimento degli obiettivi globali di recupero e riciclaggio anche per le imprese che non sono tenute a parteciparvi. Tra le varie attività, infatti, il Conai si occupa del coordinamento tra produttori e utilizzatori e tra attività degli operatori privati con quelle delle pubbliche amministrazioni, della raccolta e pubblicazione dei dati del settore degli imballaggi, anche attraverso l'elaborazione e l'aggiornamento del Programma generale di prevenzione e gestione degli imballaggi.

Nell'ambito delle attività consortili, inoltre, il Conai raccoglie dai propri consorziati il contributo ambientale Conai (CAC), ripartendo tra produttori e utilizzatori il corrispettivo per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico, nonché gli oneri per il riciclaggio e per il recupero dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio di raccolta differenziata, in proporzione alla quantità totale, al peso ed alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul mercato nazionale, al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale<sup>21</sup> (art. 224, comma 3, lett. h), TUA).

---

<sup>21</sup> Il contributo ambientale è determinato sulla base del programma generale per la prevenzione e la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio. Esso è prelevato "in nome e per conto" dei consorzi di filiera e versato poi, in gran parte, a questi sulla base di apposite convenzioni. Cfr. Mosco, *Gestione degli imballaggi e tutela dell'ambiente*, cit.. Sulla natura privatistica del

Il CAC è utilizzato in via prioritaria per il ritiro degli imballaggi conferiti al servizio pubblico ed in via accessoria per la raccolta, il recupero e per il riciclo di rifiuti da imballaggio secondari e terziari.

Con riguardo alla raccolta urbana differenziata il Conai svolge un ruolo rilevante attraverso l'accordo quadro ANCI-CONAI (art. 224, comma 5, TUA), da ultimo rinnovato fino al 31 marzo 2019.

I contenuti dell'accordo quadro, e dei relativi allegati tecnici sottoscritti dai Consorzi di filiera, regolano principalmente le attività di ritiro dei rifiuti di imballaggio da superficie pubblica, determinando altresì l'entità e le modalità di corresponsione ai Comuni dei corrispettivi a copertura dei "maggiori oneri" per la raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico.

In base all'accordo quadro ogni Comune può chiedere a uno o più Consorzi di filiera di sottoscrivere una convenzione attuativa in base alla quale tutti i rifiuti di imballaggi della filiera raccolti dal Comune sono consegnati al Consorzio a fronte del versamento di un corrispettivo "per i maggiori oneri della raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio" (v. il capitolo 5). Ai Comuni è in ogni caso assicurato il diritto di recesso *ad nutum* "esercitabile a partire dal secondo anno di vigenza della convenzione". Successivamente al recesso, è sempre possibile concludere una nuova convenzione attuativa (v. il capitolo 6 – gestione delle convenzioni).

Nella veste di soggetto chiamato attraverso l'accordo quadro ANCI-CONAI a "garantire l'attuazione del principio di corresponsabilità gestionale tra produttori, utilizzatori e pubbliche amministrazioni", e nonostante la natura non obbligatoria, può dirsi che Conai svolga un servizio di interesse economico generale e come tale è tenuto ad assicurare l'accesso a determinate prestazioni

---

CAC si veda, da ultimo, Cons. Stato 4475-4477/2015, *cit.* il quale ha, altresì, ritenuto non obbligatori (Conai e) i consorzi di filiera.

essenziali, di qualità ed a prezzi ragionevoli, garantendo per tali attività un servizio universale<sup>22</sup>.

**3. Tutela ambientale e criticità concorrenziali. 3.1 Premessa: il rapporto tra concorrenza e tutela ambientale.** Nella gestione dei rifiuti gli obiettivi ambientali hanno uno stretto legame con la disciplina della concorrenza<sup>23</sup>, in quanto il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali può consentire di raggiungere una maggiore tutela ambientale e viceversa il perseguimento degli obiettivi ambientali con strumenti efficienti stimola la concorrenza. Il principio EPR, ad esempio, attraverso il meccanismo dell'internalizzazione da parte dei produttori dei costi di riciclo dei propri prodotti, "influisce sulla competitività dei produttori nel mercato della produzione e della vendita di imballaggi"<sup>24</sup>, incentivando la produzione di imballaggi eco-compatibili.

Un tale equilibrio deve, tuttavia, anche tenere in considerazione gli ambiti in cui, a causa di eventuali fallimenti di mercato, la tutela della concorrenza confligga con la tutela ambientale e vi sia, dunque, la necessità di adottare soluzioni che operino in via sussidiaria o alternativa al mercato. Si pone in

---

<sup>22</sup> Cfr. art. 177, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2005 per cui la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse, funzionale alla protezione dell'ambiente e della salute umana. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, inoltre, riconosciuto che la gestione dei rifiuti possa costituire servizio di interesse economico generale. Cfr., sentenza della CGUE del 23 maggio 2000, caso C- 209/98, *Sydhavnens Sten & Grus* in Racc. 2000 I-03743.

<sup>23</sup> Cfr. *DG Competition Paper Concerning Issues on Competition in Waste Management System*, settembre 2005, disponibile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste\\_management.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/waste_management.pdf), (di seguito "DG Competition Paper"), §14.

<sup>24</sup> Cfr. l'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) sui rifiuti solidi urbani IC49, Provvedimento 25823 del 21 gennaio 2016, p. 169 che aggiunge che la minimizzazione dell'onere ambientale (attraverso la produzione di imballaggi più facilmente riciclabili, la cui gestione dopo il consumo risulta meno onerosa) al pari delle altre componenti di costo, "aumenta la capacità competitiva di un'impresa in quanto le consente di praticare prezzi inferiori ai consumatori."

sostanza il problema di come poter utilizzare al meglio la “leva concorrenziale” per soddisfare gli obiettivi ambientali. Prima di approfondire il tema del rapporto tra concorrenza e gestione dei rifiuti appare, tuttavia, necessario descrivere i mercati rilevanti da un punto di vista concorrenziale.

**3.2 I mercati rilevanti in materia di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.** Come premesso, la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio si articola su vari livelli che coinvolgono altrettante attività economiche. La definizione dei mercati rilevanti dal punto di vista antitrust non appare agevole, in quanto essi sono caratterizzati da “rilevanti sovrapposizioni” e dal fatto di avere ad oggetto beni e servizi “cd. di merito sociale” per i quali non è sempre possibile impiegare gli ordinari criteri di sostituibilità, a causa dell’interazione tra le ragioni della concorrenza con quelle della tutela ambientale<sup>25</sup>.

La Direzione Generale Concorrenza della Commissione europea in un *paper* del 2005<sup>26</sup> ha individuato tre principali mercati, seppur declinati secondo le specificità nazionali, ovvero: (a) il mercato dell’organizzazione dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio e dunque di *compliance* al principio EPR; (b) il mercato di raccolta e smistamento; (c) il mercato del recupero e commercializzazione dei materiali secondari ottenuti dal riciclo.

Il primo mercato si pone trasversalmente rispetto agli altri due livelli della filiera. In esso i sistemi o le soluzioni alternative di *compliance* all’EPR offrono i propri servizi ai produttori ed agli utilizzatori, *ex lege* tenuti al rispetto degli obblighi ambientali, che si pongono sul lato della domanda. Dati i diversi requisiti legislativi, la sostituibilità dei prodotti e servizi dal lato della domanda e

---

<sup>25</sup> Così Indagine conoscitiva dell’AGCM riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio, IC26, Provvedimento 18585 del 3 luglio 2008, § 70 ss.

<sup>26</sup> Cfr. *DG Competition Paper, cit.*, § 33 ss.

l'organizzazione di fatto richiesta, è possibile che si distinguano il mercato dell'organizzazione dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio domestici (o comunque di quelli che confluiscono nella raccolta urbana su suolo pubblico, che in Italia è oggetto di privativa comunale) e quello dell'organizzazione dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio derivanti dal circuito commerciale e industriale e, eventualmente, i sotto-segmenti relativi a specifici settori o materiali<sup>27</sup>. Nell'ambito del mercato dell'organizzazione dei sistemi di gestione degli imballaggi si svolgono i rapporti di concorrenza tra i vari sistemi collettivi o individuali di gestione.

Il mercato della raccolta e dello smistamento dei rifiuti di imballaggio è il luogo in cui i vari sistemi collettivi o individuali di gestione ottengono tali servizi da enti pubblici<sup>28</sup>, o da operatori privati<sup>29</sup>. Il mercato della raccolta e quello dello smistamento possono costituire mercati separati, come avviene in Italia dove il mercato della raccolta, sia da superficie pubblica nell'ambito della privativa comunale che da superficie privata nell'ambito delle attività aperte all'iniziativa degli altri operatori economici, compresi i produttori, si distingue dal mercato dell'avvio a riciclo.

All'interno di tale/i mercato/i possono distinguersi i segmenti della raccolta e dello smistamento dei rifiuti da imballaggio domestici (talvolta accomunati ad altri rifiuti da imballaggio che confluiscono comunque nella raccolta urbana) da quello del circuito commerciale e industriale, i quali differiscono per esigenze

---

<sup>27</sup> L'AGCM, ad esempio, nel procedimento A476 - CONAI-GESTIONE RIFIUTI DA IMBALLAGGI IN PLASTICA (Provvedimento n. 25609 del 3 settembre 2015), poi conclusosi con impegni, aveva individuato uno specifico mercato rilevante corrispondente, sul piano merceologico, al mercato dell'organizzazione e finanziamento della gestione dei rifiuti da imballaggio in plastica speciali, e avente dimensione nazionale.

<sup>28</sup> In Italia, in caso di raccolta da superficie pubblica.

<sup>29</sup> In Italia, in caso di raccolta da superficie privata.

logistiche e di volumi, potendo ulteriormente suddividersi a seconda dei materiali raccolti e avviati a riciclo.

Infine, il mercato del recupero e della commercializzazione dei materiali secondari ottenuti dal riciclo coinvolge, da un lato, i riciclatori o altri operatori che svolgono tali servizi e dall'altro i sistemi collettivi, consortili e autonomi, e/o le soluzioni individuali (oltre ad altri soggetti che svolgono attività di raccolta, come, ad esempio, i Comuni nel nostro ordinamento) dall'altro. In genere ogni materiale da recuperare costituisce, con riguardo al recupero/riciclaggio, un mercato autonomo.

Per quanto riguarda la dimensione geografica, secondo il DG Competition Paper, i mercati individuati sub a) e sub b) hanno normalmente dimensione nazionale (o al più regionale, in relazione alle infrastrutture esistenti ed ai costi di trasporto in ciascuno Stato membro). Il/i mercato/i sub c) ha/hanno dimensione nazionale, regionale o anche europea, data l'internazionalizzazione dovuta all'esportazione di (alcuni) rifiuti da parte di paesi non dotati di apposite infrastrutture per il riciclo ed il recupero.

Nell'indagine conoscitiva sul mercato dei rifiuti di imballaggio<sup>30</sup> l'AGCM ha, dal canto suo, proposto una possibile classificazione dei mercati di rilevanza nazionale, distinguendo: (a) il mercato delle attività di raccolta; (b) il mercato delle attività di trattamento e recupero e (c) il mercato delle attività di smaltimento.

Per l'AGCM, inoltre, nel mercato sub (a) si distinguono i segmenti della raccolta di rifiuti urbani ed assimilati, soggetto a privativa comunale ed al cui interno può distinguersi il sotto-segmento delle attività di raccolta differenziata che coinvolgono i rifiuti di imballaggio, da quello della raccolta commerciale e industriale su suolo privato, i quali differiscono sia per profili organizzativi che

---

<sup>30</sup> Si tratta dell'indagine IC26, Provvedimento 18585 del 3 luglio 2008, p. 29 ss.

per entità del flussi di raccolta. Il mercato sub (b) appare riconducibile, da un lato, ad un mercato unitario, dall'altro caratterizzato da peculiari distinzioni a seconda della filiera di riferimento relativa alle materie prime secondarie (produzione dell'acciaio, dell'alluminio, del vetro, delle materie plastiche).

**3.3. Gestione dei rifiuti e applicazione delle regole di concorrenza.** La gestione dei rifiuti può sollevare (e ha sollevato) alcune criticità concorrenziali sia con riferimento alla responsabilità delle imprese per comportamenti anticoncorrenziali nei mercati considerati sia riguardo alla responsabilità degli Stati per incompatibilità delle proprie legislazioni con le norme dei Trattati.

Per quanto riguarda la responsabilità delle imprese, può accadere che gli operatori economici<sup>31</sup> assumano comportamenti, anche opportunistici, tali da comportare violazioni della concorrenza, come abusi di posizione dominante o intese concorrenziali, con potenziali effetti di *spill-over* nei mercati relativi alla produzione di imballaggi (come, ad esempio, la convergenza di prezzi)<sup>32</sup> o effetti di aggregazione della domanda nei mercati di raccolta e smistamento dei rifiuti d'imballaggio. Qui l'intervento *ex post* della disciplina della concorrenza contribuisce al ripristino di un corretto rispetto degli obblighi ambientali.

Alcune criticità sono state, inoltre, sollevate con riferimento al rapporto tra sistemi collettivi di *compliance* EPR e regole di concorrenza, sia per quanto riguarda i rapporti di tali sistemi con gli operatori attivi nei mercati della raccolta e del recupero e smaltimento dei rifiuti<sup>33</sup>, sia per quanto riguarda i rapporti tra

---

<sup>31</sup> In particolare i produttori di imballaggi.

<sup>32</sup> Cfr. *DG Competition Paper*, cit, p. 30.

<sup>33</sup> Sotto questo profilo gli aspetti maggiormente contestati hanno riguardato i rapporti di esclusiva tra i sistemi di gestione EPR con alcuni operatori attivi nella raccolta, cernita e riciclaggio dei rifiuti e l'accesso a determinate infrastrutture per la raccolta ed il riciclaggio. Cfr., ad esempio, la Decisione della Commissione del 17 settembre 2001 2001/837/CE e la sentenza resa dal Tribunale di Primo Grado del 24 maggio 2007, caso T-289/01, *Der Grüne Punkt*-

tali sistemi ed i propri partecipanti (produttori, utilizzatori ed altri soggetti tenuti a soddisfare gli obblighi ambientali). In questo caso il ruolo dell'intervento del diritto della concorrenza è di garantire l'apertura concorrenziale dei relativi mercati, nei limiti in cui ciò non confligga con la tutela ambientale.

Sotto lo specifico profilo dei rapporti tra sistemi collettivi di gestione ed i propri membri e partecipanti, le principali preoccupazioni concorrenziali consistono nel controllo delle condizioni di accesso a tali sistemi, nell'impostazione di corrispettivi adeguati, nella effettiva possibilità di scelta per i produttori di aderire a sistemi alternativi o concorrenti.

Esempi di intervento del diritto della concorrenza in tali ambiti possono essere tratti dalla giurisprudenza europea. È nota, infatti, la vicenda che ha condotto alla condanna dell'impresa titolare della gestione del principale sistema di raccolta e riciclaggio di imballaggi tedesco per abuso di posizione dominante a causa della pretesa di corrispettivi non coincidenti con il servizio reso<sup>34</sup>. L'abuso si basava, in sintesi, sul fatto che il corrispettivo richiesto alle società partecipanti al sistema di titolarità di *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland* (società DSD)<sup>35</sup> non era condizionato all'utilizzo effettivo di tale

---

*Duales System Deutschland GmbH c. Commissione* in *Racc.* 2007 II-01691 riguardante una clausola di esclusiva nei contratti con le imprese competenti per lo smaltimento degli imballaggi, considerata come una barriera all'ingresso di concorrenti di DSD nel relativo mercato; si veda anche la decisione della Commissione del 16 ottobre 2003 n. 2004/208/CE in materia di contratti di smaltimento e di cooperazione stipulati dal sistema austriaco "ARA", confermata dalla sentenza del Tribunale (Seconda Sezione) del 22 marzo 2011, Causa T-419/03, *Altstoff Recycling Austria AG contro Commissione europea*, in *Racc.* 2011 II-00975A. *Cfr.* anche la decisione della Commissione 2001/663 del 15 giugno 2001 sulla compatibilità dei contratti stipulati dalla società francese Eco-Embalage alle regole di concorrenza.

<sup>34</sup> Si tratta della decisione della Commissione CE del 20 aprile 2001, COMP D3/34493-DSD (*Der Grüne Punkt*), confermata dalla decisione del Tribunale di Primo Grado del 24 maggio 2007, caso T-151/01, *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland GmbH c. Commissione* in *Racc.* 2007 II-01607 e, successivamente, dalla sentenza della Corte (grande sezione) del 16 luglio 2009, caso Causa C-385/07 P, in *Racc.* 2009 I-06155.

<sup>35</sup> Sulla base del *Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen* [decreto sulla prevenzione dei rifiuti derivanti da imballaggi (BGBl.1991 I, pag. 1234)] il sistema tedesco

sistema ma era calcolato sulla base del numero di imballaggi con marchio DSD. Poiché l'apposizione di tale marchio era imposto su tutti gli imballaggi venduti in Germania dei produttori e dei distributori aderenti all'omonimo sistema, DSD ostacolava la scelta di taluni produttori di aderire ad altro sistema con esonero o adottare un sistema autonomo per la raccolta di una parte dei propri imballaggi senza essere comunque costretti a versare l'intero importo a DSD. L'effetto risultante dall'impostazione del calcolo del corrispettivo sul contratto di utilizzazione del logo era, infatti, quello di privare di qualsiasi redditività la partecipazione a sistemi alternativi e rendere, così, più difficile l'ingresso nel mercato dei concorrenti del sistema DSD. La decisione della Commissione, poi confermata anche dal Tribunale di Primo Grado e dalla Corte di Giustizia, ha in sostanza garantito l'effettiva possibilità di combinare differenti sistemi per adempiere gli obblighi ambientali, sanzionando la pretesa di DSD di ottenere il pagamento del corrispettivo per la totalità degli imballaggi in circolazione nei casi in cui fossero stati effettivamente dimostrati la raccolta ed il riciclaggio della totalità o di una parte di tali imballaggi mediante altro sistema. Secondo il Tribunale di primo grado, infatti, il fatto che DSD non potesse essere remunerata per una prestazione di cui fosse dimostrata la realizzazione da parte di un altro sistema non avrebbe minacciato la realizzazione del servizio di interesse economico generale. L'intervento del diritto della concorrenza ha,

---

obbligava i produttori e i distributori a riprendere e a riciclare gli imballaggi per la vendita usati al di fuori del servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti, attraverso due tipi di soluzioni: la soluzione autonoma (attuata con la ripresa degli imballaggi direttamente dai consumatori) e la soluzione con esonero (attraverso la partecipazione ad un sistema collettivo che garantisse la raccolta regolare degli imballaggi e che esentasse così produttori e distributori dagli obblighi di raccolta). La società DSD costituiva l'unica società a fornire un servizio di esonero su tutto il territorio nazionale. I rapporti tra la DSD e le imprese partecipanti erano regolati sulla base di un contratto di utilizzazione del logo "*Der Grüne Punkt*", ai sensi del quale le imprese licenziate erano autorizzate, dietro pagamento di un corrispettivo, ad apporre il logo sui propri imballaggi. La società DSD garantiva poi alle imprese partecipanti al proprio sistema la raccolta, la cernita e il riciclaggio degli imballaggi recanti il logo DSD, esonerandole dagli obblighi di raccolta.

dunque, consentito l'apertura concorrenziale del mercato, laddove fosse dimostrabile la effettiva realizzazione degli obblighi ambientali da parte di sistemi misti, tenuto ovviamente conto delle specificità del sistema tedesco.

Ulteriori criticità sono state, inoltre, sollevate dall'autorità antitrust nazionale con specifico riferimento al ricorso allo strumento consortile, come sistema collettivo per far fronte alle responsabilità ambientali nella gestione dei rifiuti di imballaggio<sup>36</sup>. Un procedimento istruttorio, poi conclusosi con impegni, è stato avviato dall'AGCM<sup>37</sup> nei confronti dei consorzi Conai e Corepla sulla base di una supposta strategia escludente volta a ostacolare l'ingresso del sistema P.A.R.I nel mercato dell'organizzazione dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggi in plastica speciali, mediante la frapposizione di ostacoli al suo riconoscimento e alla sua operatività nel mercato. Gli Impegni presentati sul ruolo di Conai nella procedura amministrativa di riconoscimento dei sistemi autonomi, sulla determinazione del contributo per i rifiuti di imballaggio del sistema autonomo conferiti al servizio pubblico e sugli obblighi di trasparenza e pubblicità al mercato sono stati ritenuti dall'Autorità idonei "a porre rimedio alle [...] preoccupazioni concorrenziali" ed a "evitare, anche pro futuro, il verificarsi di condotte strumentali volte a ostacolare e/o ritardare l'ingresso sul mercato rilevante di nuovi sistemi autonomi di gestione dei rifiuti da imballaggi in plastica speciali"<sup>38</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le questioni relative alla "responsabilità statale" potrebbe accadere che alcune misure statali sottraggano o limitino alcuni sistemi al libero gioco della concorrenza per meglio soddisfare le

---

<sup>36</sup> Sul tema del rapporto tra gestioni consortili e regole di concorrenza cfr. L.RI ARNAUDO E G.M. PIETROPAOLO, *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili di rifiuti in Italia*, in *Mercato Concorrenza Regole* 1/2011, pp. 163-190.

<sup>37</sup> A476 - CONAI-GESTIONE RIFIUTI DA IMBALLAGGI IN PLASTICA, *cit.*

<sup>38</sup> A476 - CONAI-GESTIONE RIFIUTI DA IMBALLAGGI IN PLASTICA, *cit.* § 63 ss.

esigenze di carattere ambientale e sia quindi necessaria una valutazione dell'adeguatezza di tali misure rispetto al sacrificio concorrenziale. A tal fine potrebbero entrare in gioco le norme relative agli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE) o le norme sulle misure statali nei confronti di imprese pubbliche o con diritti speciali o esclusivi<sup>39</sup> (art. 106, TFUE).

In questo contesto assumono particolare rilievo i rapporti tra regolazione dei Servizi di Interesse Economico Generale (c.d. "SIEG"<sup>40</sup>) e le norme di concorrenza (art 106, comma 2, TFUE e art. 8, L. 287/1990). Il delicato equilibrio tra le scelte pubbliche nel definire la missione di interesse generale delle imprese incaricate e l'applicazione delle norme di concorrenza pone a confronto valori la cui tutela è demandata ai singoli ordinamenti statali con i principi e le regole di concorrenza.

Su tale profilo, ad esempio, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la gestione dei rifiuti possa costituire servizio di interesse pubblico generale<sup>41</sup>. Le imprese così caratterizzate sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

Nell'ambito della gestione degli imballaggi e dei rifiuti d'imballaggio una misura limitativa della concorrenza può essere giustificata in situazioni in cui

---

<sup>39</sup> Cfr. ad esempio la sentenza della CGUE del 25 giugno 1998, caso C- 203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e altri contro Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, in Racc. 1998 I-04075.

<sup>40</sup> L'art. 14 TFUE considera il ruolo dei SIEG "di promozione della coesione sociale e territoriale" imponendo all'Unione ed agli Stati Membri di provvedere affinché questi servizi "operino sulla base di principi ed in condizioni che permettono loro di compiere la loro missione". Per un'analisi dei rapporti tra SIEG e diritto della concorrenza v. in dottrina GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>41</sup> Cfr., sentenza della CGUE del 23 maggio 2000, caso C- 209/98, *Sydhavnens Sten & Grus* in Racc. 2000 I-03743.

l'intervento statale sia necessario per consentire l'espletamento del servizio di interesse economico generale in condizioni economicamente accettabili e soddisfare, così, alcune esigenze ambientali<sup>42</sup>. Ciò può accadere, ad esempio, con riferimento alla necessità di garantire un'effettiva copertura territoriale nazionale della gestione dei rifiuti d'imballaggio.

Sotto questo specifico profilo, in riferimento ad altri ambiti, la giurisprudenza europea ha ritenuto sussistente una giustificazione alla mancata applicazione alle norme di concorrenza al fine di consentire alle imprese che svolgono un servizio universale la possibilità di condurre la propria attività in condizioni di equilibrio economico e compensare le attività redditizie con quelle meno redditizie, laddove una eventuale liberalizzazione avrebbe condotto i nuovi operatori a concentrarsi solo sulla parte di attività redditizia, lasciando a tali imprese il compito di occuparsi delle attività onerose con ricadute dei relativi costi sulla collettività (effetti di *cream skimming* o *cherry picking*)<sup>43</sup>.

### **3.3.1. Le critiche alla scarsa concorrenzialità del modello italiano.**

Recentemente il modello italiano di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio è stato sottoposto a critiche da parte delle istituzioni (italiane) a

---

<sup>42</sup> Così, espressamente, *DG Competition*, cit., §54.

<sup>43</sup> *Cfr.* Sentenza della CGUE del 19 maggio 1993, caso C-320/91, *Corbeau*. In tal caso si trattava di valutare se il monopolio della corrispondenza attribuito all'ente postale belga fosse giustificato da finalità di interesse generale anche in ordine a "servizi specifici". *Cfr.* sul tema del rapporto tra SIEG e diritto *antitrust* D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010. *Cfr.* anche sentenza della CGUE del 23 dicembre 2015, caso C-293/14, *Gebhart Hiebler contro Walter Schlagbauer*, non ancora pubblicata, in materia di servizio antincendi svolto dagli spazzacamini del Land Carinzia, dove la Corte ha ritenuto la limitazione territoriale prevista al fine di ripartire gli spazzacamini in modo equilibrato sul territorio nazionale necessaria all'esercizio dei compiti di servizio antincendi in condizioni economicamente redditizie e proporzionata a tale esercizio. Tale limitazione territoriale è stata, infatti, ritenuta idonea a ed assicurare all'intera popolazione un accesso appropriato alle attività di spazzatura dei camini, garantendo, dunque, una protezione adeguata della sanità pubblica. La necessità di compensazione tra settori di attività redditizi e meno redditizi giustifica, quindi, una restrizione della libertà di stabilimento nei settori economicamente redditizi.

causa della rilevata “scarsa concorrenzialità”<sup>44</sup>. Le criticità rilevate si concentrano in particolare sui seguenti profili:

(i) la scarsa concorrenzialità del mercato nazionale dei servizi di *compliance* all'EPR a causa della mancanza di un'effettiva alternatività tra sistemi consortili e sistemi autonomi e cauzionali sia nel segmento di mercato della gestione dei rifiuti di imballaggio (per lo più, ma non esclusivamente, primari) che confluiscono nella raccolta pubblica, sia per il segmento di mercato relativo alla gestione dei rifiuti di imballaggio (in genere, secondari e terziari) provenienti da superficie privata. Per quanto riguarda il primo segmento, la causa risiederebbe nella “significativa dispersione sul territorio nazionale” che rende praticabile solo l'adesione ai sistemi consortili. Nel secondo segmento, invece, la mancata alternatività dipenderebbe da ostacoli normativi per la costituzione di sistemi autonomi dal momento che l'art 221 TUA prevede che (a) solo i produttori degli imballaggi possano costituire sistemi autonomi, (b) il Conai abbia un ruolo preminente nel processo di riconoscimento dei sistemi autonomi e (c) i sistemi autonomi debbano organizzare la gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale;

(ii) le scelte gestionali del sistema consortile per quanto riguarda il meccanismo di finanziamento del sistema tramite il CAC, in quanto non rispondente al principio EPR. Ad essere criticati sono (a) i criteri della sua commisurazione in quanto non adeguatamente differenziata sulla base del costo che l'imballaggio produce sull'avvio a riciclo e (b) i criteri della sua applicazione a tutti i produttori e gli utilizzatori consorziati, nonostante il CAC sia utilizzato in via prioritaria per coprire i costi del ritiro di imballaggi primari che confluiscono nella raccolta differenziata pubblica e solo in via accessoria per la

---

<sup>44</sup> Cfr. in particolare l'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) sui rifiuti solidi urbani IC49, Provvedimento 25823 del 21 gennaio 2016.

raccolta, il recupero e il riciclo di imballaggi secondari e terziari, con rischio di sussidi incrociati tra i produttori delle diverse tipologie di imballaggio;

(iii) la determinazione dell'ambito di operatività dell' *extended producer responsibility* (EPR) in riferimento anche alle attività di raccolta dei rifiuti (non solo di imballaggio) su superficie pubblica, con conseguente eventuale superamento dell'attuale regime di privativa comunale della raccolta differenziata urbana.

I punti (i), (ii, b) e, marginalmente, (iii) saranno oggetto di approfondimento nella sezione successiva, mentre il punto (ii, a) sarà considerato nella sezione 5, al fine di identificare opportunità, contenuto e limiti di eventuali soluzioni migliorative.

**4. Analisi delle criticità concorrenziali sollevate. Il ruolo dei sistemi autonomi di gestione, nonché degli operatori indipendenti, in relazione al sistema consortile Conai/Consorti di filiera e l'effettiva alternatività tra i compliance schemes, previsti dal nostro ordinamento. 4.1. Sistemi autonomi e operatori indipendenti nella gestione dei rifiuti di imballaggio: prestazione universale del servizio e cherry picking nell'ottica del TUA.** Come indicato nella Sezione 2.2., l'attuale assetto della gestione dei rifiuti da imballaggio, così come definito dal TUA agli artt. 221-224, riconosce ai produttori di imballaggi la possibilità di adempiere all'obbligo di gestione dei rifiuti da imballaggio secondo tre modalità differenti: adesione al sistema consortile, organizzazione di sistemi autonomi di gestione, creazione di sistemi cauzionali.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Giova qui ricordare che, ad oggi, non esiste alcun sistema cauzionale attivo in Italia per la gestione dei rifiuti da imballaggio.

Il legislatore ha previsto dunque, in linea teorica, la possibilità che si innesti un meccanismo competitivo nella gestione dei rifiuti da imballaggio, attraverso la presenza del sistema consortile e di (eventualmente) molteplici sistemi autonomi. Al contempo, il legislatore riconosce che la gestione dei rifiuti da imballaggio presenta caratteristiche tali per cui vi è la necessità di una prestazione universale del servizio, ovvero la gestione di tali rifiuti deve avvenire su tutto il territorio nazionale e per tutti i tipi di rifiuti da imballaggio. In più, la prestazione universale del servizio non sarebbe garantita in assenza di un'esplicita previsione legislativa, in quanto il mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio presenta notevoli eterogeneità sia con riferimento alle aree geografiche che alle tipologie di rifiuti. Ne consegue che gli operatori sarebbero incentivati a prediligere la gestione dei rifiuti più remunerativi e nelle aree geografiche in cui il servizio è meno costoso, lasciando scoperte le altre aree e le altre tipologie di rifiuti. Questo fenomeno è noto come *cream skimming*.<sup>46</sup>

Il TUA dunque, interviene per garantire la prestazione universale del servizio in presenza di un rischio di *cream skimming* attraverso due direttrici. In primo luogo, Conai, operando in raccordo con le pubbliche amministrazioni interessate, garantisce la prestazione universale del servizio. Con riferimento ai sistemi autonomi, la prestazione universale del servizio è resa possibile dalla specifica previsione secondo cui i sistemi autonomi devono gestire i “*propri*” rifiuti e “*su tutto il territorio nazionale*” (TUA, art. 221, comma 3, lett. a). In aggiunta a tale previsione, il TUA attribuisce a Conai una funzione di consultazione non vincolante circoscritta alla prima fase del procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi (vedi TUA, art. 221, comma 5)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Il fenomeno del *cream skimming* e le sue implicazioni saranno ampiamente discussi nella sezione 1.4.

<sup>47</sup> “L'Osservatorio [Nazionale Rifiuti], dopo aver acquisito i necessari elementi di valutazione da parte del Consorzio nazionale imballaggi, si esprime entro novanta giorni dalla richiesta” (TUA,

Inoltre, con riferimento alla gestione dei rifiuti da imballaggio, opera una serie di operatori indipendenti ai quali sia i Comuni che non abbiano aderito all'accordo quadro ANCI-CONAI o che siano receduti da quest'ultimo, sia utilizzatori industriali e commerciali di imballaggi e altri soggetti privati si rivolgono per il ritiro dei rifiuti di imballaggio in loro possesso. Tali operatori – che hanno finalità di lucro – concentrano la loro attività sulle fasi di ritiro, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio da chiunque prodotti. Pertanto, non si configurano come sistemi autonomi ai sensi dell'art. 221 del TUA e non hanno alcun obbligo di prestazione universale del servizio di ritiro dei rifiuti di imballaggio. D'altro canto, i produttori e gli utilizzatori degli imballaggi intercettati dagli operatori indipendenti sono comunque soggetti all'adesione a Conai e al conseguente pagamento del CAC, non essendovi alcuna certezza che gli imballaggi da loro prodotti e utilizzati siano tutti e sempre recuperati dagli operatori indipendenti.

Appare dunque prioritaria nell'ottica del legislatore la garanzia della prestazione universale del servizio, pur nel quadro di una concorrenza possibile nel mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio. La prestazione universale del servizio è garantita dal fatto che se i produttori di imballaggi costituiscono i sistemi autonomi è previsto l'obbligo a carico di questi ultimi di gestire i rifiuti "propri", vale a dire derivanti dagli imballaggi dei produttori aderenti a ciascun sistema autonomo e dunque distinguibili dagli altri rifiuti di imballaggio anche simili, e con copertura dell'intero territorio nazionale. Il circuito "chiuso" di produzione, utilizzazione, recupero/riciclaggio degli imballaggi gestiti dai sistemi autonomi esclude un impatto ambientale di questi ultimi fuori dai sistemi stessi,

---

art. 221, comma 5). Venuto meno l'Osservatorio Nazionale Rifiuti, le suddette funzioni sono oggi svolte dal Ministero dell'ambiente.

che dunque sono esonerati, con i produttori e utilizzatori a essi partecipanti, dall'adesione al Conai e ai Consorzi di filiera nonché dal pagamento del CAC.

**4.2 Il quadro attuale.** La distinzione tra imballaggi primari, secondari e terziari, già discussa nelle pagine precedenti, è importante in relazione al canale in cui gli imballaggi confluiscono una volta divenuti rifiuti. In particolare, gli imballaggi primari confluiscono quasi esclusivamente nel canale della raccolta differenziata, trattandosi di rifiuti urbani. Gli imballaggi secondari e terziari sono principalmente rifiuti speciali, perché provengono dal circuito di raccolta su superficie privata (cosiddetto canale "commercio e industria", C&I). Tuttavia, parte degli imballaggi secondari e terziari confluisce nel canale della raccolta differenziata, anche – ma non soltanto – in ragione della c.d. assimilazione da parte di Comuni, per effetto della quale i rifiuti speciali sono considerati alla stregua dei rifiuti urbani.

Attualmente, Conai e Consorzi di filiera svolgono in particolare un ruolo rilevante nella gestione dei rifiuti da imballaggio che provengono dal circuito della raccolta urbana differenziata, oggetto di privativa comunale. Per tali rifiuti infatti i Consorzi, attraverso l'accordo-quadro ANCI-CONAI, gestiscono il 75% circa del totale dei rifiuti da imballaggio, contro il 25% gestito dagli operatori indipendenti.<sup>48</sup> Per i rifiuti d'imballaggio secondari e terziari prodotti dal settore industriale e commerciale è al contrario presumibile una prevalenza della gestione affidata a soggetti indipendenti. Infatti, con riferimento ai rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito commerciale e industriale, le imprese, prevalentemente utilizzatrici industriali e commerciali di imballaggi, preferiscono rivolgersi per il ritiro dei rifiuti di imballaggio a recuperatori e riciclatori

---

<sup>48</sup> Cfr. *Programma Generale di Prevenzione e di Gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio 2016 - Relazione generale consuntiva 2015* (<http://www.conai.org/download-documenti#1>).

indipendenti, ai quali cedono il relativo materiale. La quota di imballaggi che genera i rifiuti ritirati dagli operatori indipendenti continua a essere assoggettata al CAC. Per essa i produttori non usufruiscono, di fatto, del servizio di raccolta da superficie privata, ritiro e avvio a recupero e riciclaggio reso dal sistema consortile, ma ciò non è determinabile con sicurezza al momento della immissione sul mercato degli specifici imballaggi di questi produttori.

**4.3 Analisi delle criticità sollevate in tema di presenza di ostacoli normativi alla diffusione di consorzi autonomi. 4.3.1 Premessa.** Una delle principali criticità sollevate da AGCM nel corso della sua Indagine Conoscitiva sui Rifiuti Urbani (IC49) riguarda l'esistenza di ostacoli normativi alla diffusione di sistemi autonomi alternativi a Conai. In questa sede, ci concentriamo in particolare sul dettato dell'art. 221, comma 3, lettera a, secondo cui i sistemi autonomi devono organizzare la gestione dei propri rifiuti su *tutto* il territorio nazionale. Secondo AGCM, questa previsione rappresenta un ostacolo spesso insormontabile per la costituzione di sistemi autonomi, in quanto *"l'obbligo della copertura nazionale come requisito per il riconoscimento, costringe i sistemi autonomi a dotarsi di capillari reti di raccolta, anche in zone del territorio nazionale nelle quali essi non immettono alcun imballaggio, e che potrebbero risultare, dunque, antieconomici e sovradimensionati rispetto alle effettive esigenze di raccolta"* (AGCM, n. 623). Al contrario, *"i consorzi di filiera fanno fronte ai loro obblighi di copertura nazionale territoriale intrattenendo rapporti con (potenzialmente tutti) i Comuni per il tramite dell'accordo ANCI-CONAI"* (AGCM, n. 623).

**4.3.2. Il cherry picking.** L'eliminazione dell'obbligo di organizzazione su scala nazionale del recupero dei propri rifiuti in caso di creazione di un sistema autonomo prospettata da AGCM può causare l'emergere del fenomeno del *cherry picking* (o *cream skimming*). In seguito si illustrano gli elementi chiave di questo concetto, elaborato con riferimento al mercato monopolistico, ma con una portata applicativa che può estendersi ad altri mercati, in particolare quelli caratterizzati da obblighi di prestazione universale di servizi.

In estrema sintesi, si può definire come *cherry picking* quella situazione in cui la pressione competitiva di eventuali concorrenti dell'impresa monopolistica non viene esercitata in modo uniforme su tutta la domanda, ma solo su quella parte della domanda più remunerativa (la *crema*, appunto), trascurando invece la parte della domanda meno remunerativa (il *latte scremato*).<sup>49</sup>

La letteratura ha da tempo messo in luce i potenziali effetti negativi derivanti dal verificarsi di fenomeni di *cherry picking* qualora un monopolista regolamentato sia soggetto ad un obbligo di prestazione universale del servizio.<sup>50</sup> Con riferimento alla componente meno remunerativa della domanda, è possibile che la prestazione del servizio da parte del monopolista possa avvenire in condizioni di perdita netta. In questo caso, la fornitura del servizio alla parte meno remunerativa della domanda può essere possibile soltanto attraverso i profitti che l'impresa riesce ad ottenere sulla parte più remunerativa della domanda. Questa pratica prende il nome di "sussidio incrociato", per cui i profitti ottenuti sulla parte più remunerativa della domanda sono sufficienti a

---

<sup>49</sup> Cfr. J.-J. LAFFONT E J. TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

<sup>50</sup> Cfr. B.W.F. DEPOORTER, *Regulation of Natural Monopoly*, in B. BOUCKAERT E G. DE GEEST (EDS.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 1999, pp. 498–532.

coprire le perdite derivanti dalla componente meno remunerativa della domanda.<sup>51</sup>

Nella situazione appena presentata si rende necessaria la protezione dell'impresa incaricata della prestazione universale del servizio dal verificarsi di eventuali fenomeni di *cherry picking*. In questo caso, infatti, l'ingresso di altri concorrenti si concentrerebbe su quelle parti della domanda più redditizie (ad esempio perché il costo di fornitura del servizio è più basso in ragione della localizzazione geografica della domanda). A fronte dell'ingresso dei concorrenti, l'impresa *incumbent* sulla quale gravasse l'obbligo di prestazione universale del servizio si troverebbe pertanto nell'impossibilità di svolgere il proprio compito, in quanto le imprese concorrenti la priverebbero della risorsa necessaria per coprire le perdite derivanti dalla fornitura del servizio sulla parte meno remunerativa della domanda.

In termini più generali, il problema della prestazione universale del servizio in presenza di *cherry picking* può essere espresso nei seguenti termini.<sup>52</sup> Si supponga che un'impresa (l'*incumbent*) offre il medesimo prezzo,  $P$ , per il servizio offerto su tutto il territorio nazionale. Si supponga per semplicità che il territorio nazionale sia scomponibile in due regioni, la regione "urbana" (U) e la regione "rurale" (R). Il costo che l'*incumbent* deve sostenere per offrire il proprio servizio nell'area urbana è pari a  $CU$ , mentre il costo per offrire il servizio nell'area rurale è pari a  $CR$ . Si assuma che  $CR > CU$ .<sup>53</sup> Si assuma inoltre che  $CR > P > CU$  e che i profitti complessivi dell'*incumbent* siano non negativi. Si è

---

<sup>51</sup> La pratica dei sussidi incrociati può essere riscontrata anche in presenza di imprese multi-prodotto. In questo caso, le perdite derivanti dalla vendita del prodotto X sono coperte dai profitti derivanti dalla vendita del prodotto Y.

<sup>52</sup> Cfr. M. ARMSTRONG, *Regulation and inefficient entry*, in Note for the World Bank meeting in Berlin, February, 2000.

<sup>53</sup> In altri termini, la domanda proveniente dalla regione urbana è più remunerativa rispetto a quella proveniente dalla regione rurale.

quindi in presenza di un sussidio incrociato, in quanto il margine positivo sull'area urbana ( $P-CU$ ) viene impiegato per coprire il margine negativo ( $P-CR$ ) sull'area rurale. Si supponga che in questo contesto si prospetti l'ingresso di un nuovo entrante, non soggetto all'obbligo di offerta universale del servizio, il cui costo per offrire il servizio sull'area urbana è pari a  $CUE$ . Tale impresa fornirà il servizio sull'area urbana qualora  $P > CUE$ . Si noti che, sotto il profilo del welfare complessivo, l'entrata della nuova impresa si verifica ed è benefica solo qualora  $P > CU > CUE$ , mentre si verifica ma riduce il welfare complessivo qualora  $P > CUE > CU$ . Appare quindi evidente che in presenza di *cherry picking* vi sono ampi spazi per un ingresso inefficiente da parte di un concorrente dell'impresa *incumbent*. In secondo luogo, è evidente che se l'impresa entra solo nel mercato urbano, diventa impossibile per l'impresa *incumbent* continuare ad operare se non in perdita, venendo meno la possibilità di sussidio incrociato.<sup>54</sup> Il mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio presenta sostanziali analogie con la situazione illustrata poc'anzi.

Innanzitutto, benché il mercato non possa qualificarsi come monopolio naturale<sup>55</sup>, la natura del servizio offerto è tale da richiedere la sua universalità: la gestione dei rifiuti da imballaggio in tutto il loro ciclo deve avvenire sull'intero territorio nazionale, senza la possibilità di lasciare scoperte le aree meno remunerative (per esempio, in quanto situate in aree geografiche meno

---

<sup>54</sup> E' opportuno notare che in un contesto caratterizzato da economie di scala, il fenomeno del *cherry picking* presenta un'ulteriore complicazione. Infatti, si supponga che la parte più remunerativa della domanda si trasferisca verso il nuovo entrante come conseguenza di *cherry picking* da parte dell'impresa entrante. Anche in assenza di sussidio incrociato (e quindi nel caso in cui l'impresa *incumbent* fosse comunque in grado di operare non in perdita), l'abbandono di una parte della domanda in favore dell'entrante comporta un aumento dei costi unitari per l'impresa *incumbent*, con conseguente innalzamento del prezzo del servizio offerto sulla parte restante della domanda.

<sup>55</sup> AGCM, nell'indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani IC49, Provvedimento 25823 del 21 gennaio 2016, p. 178, utilizza il termine "quasi-monopolistico" riferendolo all'operatività del sistema consortile.

facilmente raggiungibili) o le tipologie di rifiuti meno redditizie (per esempio, perché più difficilmente riciclabili). In secondo luogo, l'attuale ruolo del sistema consortile – perlomeno limitatamente al settore degli imballaggi che confluiscono nella raccolta su suolo pubblico nel quale lo stesso sistema consortile gestisce la maggior parte dei rifiuti da imballaggio – potrebbe nel complesso configurarsi come quello di un *incumbent*, su cui, oltre a un obbligo di servizio universale, grava anche un impedimento, che trae origine dalla legge e dal contenuto della convenzione ANCI-CONAI, a intenti o effetti escludenti degli altri competitori; i Consorzi infatti intervengono solo in via sussidiaria e residuale rispetto agli altri operatori economici, compresi i sistemi autonomi. In questa prospettiva, i nuovi e ulteriori sistemi autonomi, che i produttori di imballaggi possono scegliere in alternativa al sistema consortile, potrebbero configurarsi come potenziali entranti nel mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio. Si consideri dunque il caso in cui non sia prevista, per i sistemi autonomi, la necessità di gestire i *propri* rifiuti da imballaggio e *su tutto il territorio nazionale*. I sistemi autonomi potrebbero far fronte agli obblighi di raggiungimento degli obiettivi di recupero e riciclaggio rispetto alle quantità immesse sull'intero territorio nazionale, occupandosi solamente dei rifiuti “più redditizi”, ancorché derivanti da imballaggi di produttori non aderenti al sistema autonomo (dunque, non *propri*), perché meno onerosi da gestire dal punto di vista geografico o tecnico-economico. Si tratterebbe in tutta evidenza di un fenomeno di *cherry picking*, per il quale le imprese entranti (i sistemi autonomi) si accaparrerebbero la quota di “domanda” più remunerativa, lasciando all'impresa *incumbent* (il sistema consortile) la quota di domanda meno remunerativa.

Tuttavia, è opportuno precisare che l'esistenza del problema del *cherry picking* in un contesto in cui debba essere garantita la prestazione universale

del servizio non presuppone la necessità né del monopolio, né della pratica dei sussidi incrociati. In linea teorica, si potrebbero cioè ipotizzare forme alternative di concorrenza per o nel mercato che facciano venir meno la necessità di una tutela *ex ante* dell'operatore che detiene la quota prevalente del mercato (che nel caso specifico è rappresentato dal sistema consortile).

La necessità di una qualche forma di tutela *ex ante* di uno stesso *incumbent* trae dunque ragione non tanto nella necessità teorica del monopolio come garanzia della prestazione universale del servizio (necessità che non sussiste), quanto dai costi che le soluzioni alternative comportano, costi che a loro volta dipendono dalla tipologia di servizio preso in considerazione.

Si consideri dunque il seguente esempio, in cui si ipotizza, in un contesto in cui la prestazione universale del servizio sia avvertita come una necessità, una soluzione alternativa a quella di un monopolista che abbia bisogno di sussidi incrociati per svolgere il proprio compito non in perdita. In particolare, si supponga che l'autorità pubblica voglia che sia garantita la prestazione universale di un determinato servizio. Mantenendo la notazione introdotta in precedenza, si supponga quindi che l'autorità pubblica voglia che sia servita tanto la domanda in U quanto la domanda in R. A tal fine, l'autorità pubblica emana un bando che consente alle imprese partecipanti di scegliere se offrire il servizio solo in U, solo in R, oppure in entrambi i settori. Il servizio viene assegnato all'impresa che fa l'offerta più alta. Dal momento che solo il settore U è, per assunzione, remunerativo, è lecito attendersi che, alla scadenza del bando, siano state presentate offerte limitatamente al servizio del settore U. A questo punto, per rispondere alla necessità di prestazione universale del servizio e quindi garantire la prestazione del servizio anche in R, l'autorità pubblica emana un nuovo bando, questa volta limitatamente al settore R, in cui viene messo all'asta il servizio della domanda in R a fronte, in questo caso, del

pagamento di un sussidio da parte dell'autorità pubblica. Il servizio viene quindi assegnato all'impresa che domanda il sussidio più basso.

Come evidente in questo esempio, pur in caso di necessità di prestazione universale del servizio, è possibile ricorrere a forme di mercato alternative a quella del monopolio, rimediando in questo modo anche al problema del *cherry picking*. E' altresì evidente che, pur nella validità teorica di questa impostazione, essa risulterebbe problematica se applicata al caso del mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio. Infatti, in una impostazione come quella proposta sopra, è lecito attendersi l'emergere di una moltitudine di operatori, sia relativamente al servizio della domanda più remunerativa sia relativamente al servizio della domanda meno remunerativa, in quanto la maggiore o minore competitività degli operatori risulterebbe almeno in parte legata alla prossimità geografica con i mercati in questione (passando infatti dalla rappresentazione schematica del modello ad una rappresentazione più realistica, è evidente che esistono diversi mercati U e diversi mercati R). Ne emergerebbe quindi la necessità di una contrattazione da parte delle autorità locali responsabili della raccolta dei rifiuti con una moltitudine di operatori, con un conseguente innalzamento dei costi di transazione in senso lato e dei costi di rinegoziazione. Relativamente ai primi, si consideri a tal proposito il seguente esempio. Si immaginino  $n$  mercati, ciascuno composto da un settore U (più remunerativo) e da un settore R (meno remunerativo). Al termine del tempo 0, possono emergere fino ad  $n$  operatori interessati al settore U, potenzialmente uno per ciascun mercato. Al tempo 1 possono emergere ancora altri  $n$  operatori interessati a servire il settore R, in cambio di un sussidio. E' possibile dunque l'esistenza fino ad un numero pari a  $2n$  di operatori differenti, con i quali l'autorità pubblica (in questo caso rappresentata dai comuni raggruppati in ANCI) dovrebbe interfacciarsi. Se si riconosce l'importanza dell'esistenza di un

accordo quadro che regoli le relazioni tra i soggetti che devono adempiere all'obbligo di gestione dei propri rifiuti e le autorità locali a cui è demandato il compito di provvedere alla raccolta (compito a sua volta svolto mediante affidamento di incarico), appare evidente come il moltiplicarsi del numero degli interlocutori renderebbe più difficile (e più oneroso) la definizione di tale schema. Ad esempio, come da tempo identificato dalla teoria dei costi di transazione, una delle principali fonti di costi di transazione è rappresentata dall'incertezza circa le caratteristiche degli interlocutori:<sup>56</sup> maggiore è l'incertezza circa le caratteristiche dell'interlocutore, maggiori sono i costi di transazione, in quanto la controparte dovrà mettere in atto misure volte a ridurre l'incertezza. In questo senso, CONAI rappresenta lo strumento necessario per ridurre il grado di incertezza delle autorità locali, in quanto raggruppando tutti i produttori e utilizzatori di imballaggi, consente alle autorità locali di avere una sola controparte invece che molteplici interlocutori. Con riferimento ai costi di rinegoziazione, si noti che il meccanismo d'asta, per sua natura, apre una vasta gamma di problematiche, perlopiù concernenti la gestione del contratto dell'impresa vincitrice. Ad esempio, il contratto deve precisare i compiti dell'impresa vincitrice, ma la naturale incompletezza del contratto (derivante dall'impossibilità di prevedere tutte le possibili eventualità successive alla stipula del contratto) apre la strada a comportamenti opportunistici da parte dell'impresa vincitrice. A questo si aggiunge il *trade-off* relativo alla durata del contratto: contratti di breve durata permettono di adeguare di volta in volta le condizioni contrattuali al mutato contesto, mentre contratti di lunga durata possono favorire gli investimenti da parte dell'impresa vincitrice dell'appalto. Al contrario, l'attribuzione al sistema consortile di compiti di prestazione universale

---

<sup>56</sup> Cfr. O. WILLIAMSON, *The economics of organization: the transaction cost approach*, in *American Journal of Sociology*, 1981, pp. 548-577.

del servizio in assenza di meccanismi d'asta per l'assegnazione di tale compito, consente di evitare i problemi evidenziati sopra.

Una proposta alternativa, che potrebbe inserirsi nell'ottica di una ricerca di una soluzione di second-best laddove il raggiungimento del first-best (a seguito di una completa liberalizzazione del mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio) non pare conseguibile in presenza di una necessità di prestazione universale del servizio, può seguire le linee di quanto proposto nella Direttiva 97/67/Ce del 15 dicembre 1997 con riferimento al mercato postale (per dettagli, si veda Arrigo, 2008).<sup>57</sup> La Direttiva in questione nasce primariamente dalla volontà di garantire nei paesi dell'Unione, allora piuttosto disomogenei con riferimento alla qualità del servizio postale, la graduale convergenza delle prestazioni realizzate e soprattutto la garanzia del servizio universale (inteso come prestazione del servizio postale a chiunque sul territorio, in modo continuativo e senza discriminazione). La Direttiva riteneva che per garantire la copertura universale, fosse necessario imporre tale obbligo in capo ad uno o più operatori nazionali. Tuttavia, proprio in virtù di tale obbligo di copertura universale, l'operatore si sarebbe trovato nelle condizioni di dover prestare il servizio in zone non remunerative (adottando quindi un comportamento che non si sarebbe adottato spontaneamente in condizioni di libero mercato). La Direttiva pertanto proponeva due soluzioni per coprire l'onere di cui sopra (cosiddetto "onere non equo"), che l'operatore deve sopportare per far fronte al suo obbligo di servizio universale. La prima soluzione prospettata consisteva nel definire una "riserva legale", cioè un insieme di aree geografiche e/o servizi sottratti alla libera concorrenza, in favore dell'operatore incaricato della prestazione universale del servizio. All'interno di questa riserva, l'esistenza di

---

<sup>57</sup> Cfr. U. ARRIGO, *La liberalizzazione europea del mercato postale e le prospettive per l'Italia*, in *Mercato Concorrenza Regole* 3/2008, pp. 469-511.

segmenti sufficientemente remunerativi avrebbe consentito all'operatore di far fronte alle perdite derivanti dal servizio sui segmenti non remunerativi. La seconda alternativa non prevedeva la creazione di una riserva legale in favore dell'operatore universale, ma piuttosto l'attivazione di un fondo per il servizio universale, basato su un prelievo obbligatorio sugli operatori non soggetti all'obbligo di prestazione universale, e destinato a compensare l'"onere non equo" a carico del prestatore del servizio universale. Come si vede, applicando queste due opzioni al mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio, si otterrebbe la coesistenza di un operatore incaricato di garantire la prestazione universale del servizio (Conai) e di una serie di operatori non soggetti a tale obbligo (e, pertanto, incentivati ad attuare comportamenti di *cherry picking*). E' interessante notare a tal proposito che l'attuale situazione nel mercato dei rifiuti da imballaggio presenta alcune analogie con la seconda soluzione identificata sopra. Già si è detto che, pur se principalmente con riferimento al mercato degli imballaggi raccolti su suolo privato, sono attivi una serie di operatori indipendenti, che tuttavia, operando con modalità diverse dai sistemi autonomi ai sensi dell'articolo 221 del TUA, non consentono ai produttori e agli utilizzatori degli imballaggi da essi intercettati di essere liberati dall'obbligo del pagamento del CAC. Di fatto, quello che si verifica è dunque un fenomeno di *cherry picking* da parte di questi operatori, mentre il pagamento del CAC svolge un ruolo simile a quello del fondo per il servizio universale, con la differenza che in questo caso il pagamento è effettuato dai produttori e dagli utilizzatori di imballaggi e non dagli operatori concorrenti all'operatore incaricato della prestazione universale del servizio.

Questa situazione trova ragione nel fatto che il CAC è applicato in una particolare fase del ciclo commerciale dell'imballaggio, vale a dire al momento della sua c.d. "prima cessione" dall'ultimo produttore al primo degli utilizzatori.

Questo meccanismo di imposizione “a monte” del CAC impedisce ai produttori che immettono gli imballaggi nel territorio nazionale di sapere *ex ante* se tali imballaggi diventeranno rifiuti intercettati nel flusso della raccolta pubblica (dove il sistema consortile ha un ruolo prevalente rispetto agli operatori indipendenti) ovvero in quello della raccolta commercio e industria e se, in quest’ultimo caso, i Comuni non procedono alla c.d. assimilazione (circuito nel quale sono gli operatori indipendenti a gestire la maggiore quota di rifiuti), permanendo pertanto le ragioni di tutela ambientale connesse alla prestazione universale del servizio.

D’altro canto, l’attuale assetto non appare soltanto coerente con la volontà del legislatore di garantire la prestazione universale del servizio, ma il pagamento del CAC si giustifica anche come corrispettivo dell’“onere non equo” sostenuto da Conai (e non invece dagli operatori indipendenti). Pertanto, non appare giustificabile nemmeno la richiesta di AGCM di introdurre “*l’esenzione dal pagamento del CAC dai produttori che non usufruiscono di un effettivo servizio di gestione dei rifiuti da imballaggio, ovvero della raccolta e del riciclo degli stessi*” (AGCM, par. 635). Tale previsione infatti imporrebbe a Conai di adempiere all’obbligo di prestazione universale di servizio in assenza tanto di una riserva legale quanto di un risarcimento per “l’onere non equo”. D’altro canto, se i produttori di imballaggi scelgono di far fronte all’obbligo di gestione dei propri rifiuti costituendo un sistema autonomo, la prestazione universale del servizio è prevista direttamente dal dettato dell’art. 221, comma 3, lett. a, del TUA, che obbliga i sistemi autonomi a gestire i rifiuti degli imballaggi dei produttori a essi aderenti e a coprire l’intero territorio nazionale. Come già ricordato (vedi sezione 1.2), appare prioritario nell’ottica del TUA garantire la prestazione universale del servizio, in un mercato, quale quello della gestione

dei rifiuti da imballaggio, che risulterebbe altrimenti soggetto a fenomeni di *cherry picking*.

**4.3.3 Sulla presunta non esistenza di cherry picking nel mercato della gestione dei rifiuti di imballaggio.** E' significativo osservare che AGCM si mostra consapevole del rischio di *cherry picking* per il mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio, quando afferma (vedi AGCM, nota 393): *“uno degli argomenti utilizzati a sostegno dell’obbligo di copertura del territorio nazionale a carico dei sistemi autonomi è che tale previsione sarebbe finalizzata ad evitare fenomeni di cherry picking da parte di tali sistemi, che potrebbero selezionare le frazioni di rifiuti e le aree territoriali più remunerative, lasciando scoperte le aree nelle quali l’attività di raccolta e avvio a riciclo è meno redditizia”*. Come conseguenza della sottrazione dei rifiuti più remunerativi da parte dei sistemi autonomi, Conai (a cui resterebbe il compito di garantire la copertura universale del servizio), sarebbe costretto ad incrementare il contributo ambientale richiesto ai produttori di imballaggi rimasti all’interno del sistema consortile (si veda ancora AGCM, nota 393). Ciò posto, AGCM (nota 393) argomenta tuttavia che il problema di mancata copertura di tutto il mercato come conseguenza del *cherry picking* non emerge nel mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio, in quanto *“i sistemi autonomi”<sup>58</sup> di fatto vengono costituiti per la gestione dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale C&I (commercio ed industria), nel quale ad oggi non viene riconosciuto alcun problema di fallimento di mercato che obblighi ad imporre sui soggetti che vi operano (o intenderebbero farlo) degli oneri di servizio pubblico, quali la copertura dell’intero territorio nazionale”*. Già si è detto infatti che l’attività di avvio a riciclo organizzata dal sistema

---

<sup>58</sup> Si noti che l’espressione “sistemi autonomi” qui impiegata da AGCM va intesa nel senso di “operatori indipendenti”, e non come sistemi autonomi ai sensi dell’art. 221 del TUA.

consortile con riferimento ai rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito commerciale e industriale è residuale, in quanto è prevalente il ruolo svolto dagli operatori indipendenti. Giova altresì ricordare che, non configurandosi tali operatori come sistemi autonomi ai sensi dell'art. 221, comma 3, del TUA (con relativo obbligo di copertura dell'intero territorio nazionale), i produttori di imballaggi sono comunque tenuti ad aderire a Conai e conseguentemente pagare il contributo ambientale.

L'argomentazione di AGCM si basa dunque sul seguente ragionamento. Relativamente al settore dei rifiuti di imballaggio provenienti dal circuito commerciale ed industriale, il fenomeno del *cherry picking* è presumibilmente, nei fatti, già in atto, in quanto gli operatori indipendenti, non soggetti ai vincoli imposti dall'art. 221 del TUA per la costituzione dei sistemi autonomi, si rivolgono a quelle categorie di rifiuti maggiormente redditizie per tipologia e/o collocazione geografica. Dal canto suo, Conai offre il proprio servizio di gestione dei rifiuti per la rimanente parte di rifiuti da imballaggio (quella meno redditizia). AGCM afferma che non si riscontrano "nel canale C&I" particolari problemi di fallimento di mercato (che potrebbero manifestarsi, ad esempio, sotto forma di impossibilità da parte di Conai di far fronte al proprio impegno di prestazione universale del servizio di gestione dei rifiuti da imballaggio relativi al canale C&I se non in condizioni di perdita).

Questo tipo di ragionamento presenta tuttavia tre ordini di problemi. In primo luogo, la copertura di tutto il mercato dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale commerciale ed industriale è dovuta *proprio* all'esistenza di Conai, che si fa carico di quella componente meno remunerativa della domanda di cui non si fanno carico gli operatori indipendenti. Dunque l'esistenza di Conai esclude *ab origine* la possibilità che il mercato resti scoperto (usando la metafora delle "ciliegie", esclude il fatto che alcune ciliegie non vengano

mangiate). In questo senso, la contemporanea presenza di *cherry picking* e prestazione universale del servizio non evidenzia affatto la scarsa pericolosità del *cherry picking* nel mercato in oggetto, quanto piuttosto l'importanza del compito svolto da Conai per impedire che, in presenza di *cherry picking*, parti della domanda risultino non soddisfatte. Tuttavia, il ruolo di Conai quale "prestatore" di ultima istanza si fonda sul fatto che i produttori di imballaggi che generano i rifiuti acquisiti dagli operatori indipendenti sono obbligati comunque ad aderire a Conai e a versare il CAC. D'altro canto, in caso di costituzione di sistemi autonomi ai sensi dell'art. 221 del TUA, la prestazione universale del servizio è prevista *ex lege* da parte di questi sistemi autonomi.

In secondo luogo, i due mercati, quello dei rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito pubblico e quello dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale commerciale ed industriale, vengono trattati distintamente, da cui l'argomentazione, implicita in AGCM, nota 393, che può essere così sintetizzata: dal momento che il fenomeno del *cherry picking* non ha prodotto la mancata copertura di parte della domanda nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale commerciale ed industriale, ci si può attendere, *per analogia*, che un analogo fenomeno di *cherry picking* che si verificasse nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito della raccolta su suolo pubblico egualmente non produrrebbe come risultato che alcune parti della domanda risultino insoddisfatte. Tuttavia, dal punto di vista di Conai, i due mercati non possono essere considerati in modo distinto: la contemporanea esistenza di *cherry picking* nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito C&I e di copertura completa del mercato non implica che lo stesso debba avvenire anche nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale della raccolta su suolo pubblico. Al contrario, se il *cherry picking* si verificasse anche nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale

della raccolta differenziata, si potrebbe avere un'incompleta copertura del mercato in *entrambi* i settori. Infatti, ribaltando il ragionamento proposto da AGCM, si potrebbe similmente argomentare che la mancata evidenza di segmenti della domanda insoddisfatti nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal canale C&I *nonostante* il *cherry picking* in questo settore dipende proprio dall'assenza di *cherry picking* nel settore dei rifiuti da imballaggio provenienti dal circuito della raccolta su suolo pubblico.

Si consideri a tal proposito il seguente esempio. L'impresa *incumbent* opera, con obbligo di prestazione universale del servizio, nei settori 1 e 2, ciascuno caratterizzato da un segmento di domanda altamente remunerativa (che, seguendo la notazione introdotta in precedenza, definiamo segmento U), fonte di profitti positivi, e da un segmento di domanda scarsamente remunerativo (segmento R), fonte di profitti negativi (perdite). In ciascun settore l'impresa *incumbent* ottiene profitti pari a 70 dal segmento U e perdite pari a 30 dal segmento R. Si supponga che un'impresa entrante si inserisca nel settore 2. Non essendo soggetta ad obblighi di prestazione universale del servizio, l'impresa entrante servirà solamente il segmento U (fenomeno del *cherry picking*), lasciando all'impresa *incumbent* il solo segmento R. Si noti che in questo caso l'impresa *incumbent* è comunque in grado di far fronte ai propri obblighi di prestazione universale del servizio, in quanto *l'assenza di cherry picking nel settore 1* consente all'impresa *incumbent* di ottenere profitti complessivamente positivi (pari a 10). Al contrario, qualora fosse possibile per un'impresa entrante praticare *cherry picking* anche nel settore 1, l'impresa *incumbent* andrebbe incontro a perdite nette (pari a 60). Ne consegue che è possibile osservare congiuntamente la presenza di *cherry picking* e completa copertura del mercato in un settore *proprio* in virtù del fatto che non vi è *cherry picking* in un altro settore.

Il terzo punto debole dell'argomentazione di AGCM è il seguente. Le principali fonti di reddito per il sistema Conai sono, da un lato, il contributo ambientale pagato dai produttori e utilizzatori aderenti al consorzio, e, dall'altro, i ricavi derivanti dalla vendita dei materiali da riciclo da parte dei Consorzi di filiera. La prima fonte è in generale prevalente rispetto alla seconda, anche se, specificamente ad alcune filiere, la seconda fonte può essere prevalente rispetto al contributo ambientale. Nel momento in cui gli operatori indipendenti ricevono i rifiuti da imballaggi provenienti dal settore C&I, Conai, relativamente a questo settore, viene privato della seconda fonte di reddito. Tuttavia, la prima fonte di reddito, ovvero il contributo ambientale, *rimane immutata*, dal momento che i produttori di imballaggi continuano ad aderire a Conai (non costituendo gli operatori indipendenti un "sistema autonomo" secondo l'art. 221 del TUA) e quindi sono tenuti a pagare il CAC. Ne consegue che, pur in presenza di *cherry picking* nel settore degli imballaggi provenienti dal circuito commerciale ed industriale, l'effettivo impatto sulla capacità di Conai di coprire i propri costi e continuare quindi ad offrire il servizio di gestione dei rifiuti da imballaggio in modo universale è limitato dal fatto che i ricavi derivanti dal CAC non sono alterati dall'esistenza del *cherry picking*. Al contrario, se il *cherry picking* venisse effettuato da sistemi autonomi costituitisi ai sensi dell'art. 221, comma 3, del TUA, senza però l'obbligo di prestazione universale del servizio, entrambe le fonti di ricavo per Conai verrebbero meno, in quanto i produttori di imballaggi che aderissero ai sistemi autonomi sarebbero liberati dall'obbligo di pagare il CAC. Pertanto, l'osservazione di AGCM, secondo cui la mancata copertura di tutto il mercato come conseguenza del *cherry picking* non emerge nel mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio dal canale C&I dove pure operano gli operatori indipendenti, non tiene nella dovuta considerazione l'impatto che un eventuale *cherry picking* effettuato dai *sistemi autonomi* di gestione dei rifiuti da

imballaggio privi dell'obbligo di copertura dell'intero territorio nazionale avrebbe sulla possibilità del sistema Conai di svolgere il proprio compito istituzionale senza incorrere in perdite, e quindi, in definitiva, di garantire la gestione dei rifiuti da imballaggio in modo universalistico.

A margine di queste riflessioni, occorre precisare che il concetto di universalità del servizio quale responsabilità attualmente in capo al sistema consortile si declina anche in ulteriori due dimensioni che vengono qui solamente accennate. Da una lato, Conai svolge un ruolo di coordinamento e monitoraggio nonché di raccolta e pubblicazione dei dati del settore relativamente a tutto il mercato della gestione degli imballaggi. In secondo luogo, l'universalità del servizio in capo al sistema consortile attiene anche alla dimensione temporale. Ovvero, il sistema consortile garantisce la prestazione del servizio anche in caso di variazione delle condizioni macroeconomiche rilevanti per il mercato in questione. Ad esempio, si pensi ad una variazione del prezzo delle materie prime, che influisce sulla profittabilità dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggio. In particolare, una diminuzione del prezzo delle materie prime riduce la profittabilità dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggio. Mentre in capo al sistema consortile permane comunque l'obbligo di erogazione del servizio, i sistemi autonomi, in quanto non soggetti ad obbligo di prestazione universale del servizio, potrebbero decidere di cessare di erogare il servizio come conseguenza della variazione delle condizioni di mercato.

Questi due argomenti vanno ad aggiungersi alla già discussa dimensione territoriale dell'universalità del servizio fornito dal sistema consortile.

**4.3.4 Cherry picking e concorrenza nel mercato della raccolta dei rifiuti su superficie pubblica.** Nel presente paragrafo si considera un aspetto solo in parte collegato alle riflessioni esposte in precedenza. Nel corso della sua

Indagine Conoscitiva, AGCM esprime in più circostanze (si veda ad esempio l'intero Cap.3) la preoccupazione per l'attuale assetto normativo della raccolta dei rifiuti (non solo da imballaggio) su suolo pubblico, assetto che determina la presenza di concorrenza *per* il mercato, ma non di concorrenza *nel* mercato. AGCM suggerisce in tal senso di considerare l'eventualità di introdurre anche forme di concorrenza *nel* mercato della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico, evidenziando tuttavia anche le criticità che emergerebbero in questo caso.

A tal proposito, è interessante osservare che le problematiche che emergono in caso di concorrenza nel mercato della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico presentano sostanziali analogie con il problema del *cherry picking* nel caso di allentamento dell'obbligo di prestazione universale del servizio per i sistemi autonomi nel mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio. Infatti, laddove si passasse da un sistema di concorrenza *per* il mercato (quale quello attualmente vigente) ad un sistema di concorrenza *nel* mercato, non vi sarebbe alcuna garanzia di una prestazione universale del servizio (in questo caso, la raccolta dei rifiuti su suolo pubblico), in quanto le aree in cui il servizio si presentasse più costoso, o le tipologie di rifiuti meno remunerative perché meno facilmente riciclabili, resterebbero scoperte. Per far fronte a tale problema diventa allora indispensabile determinare un obbligo di prestazione universale del servizio. Questo può avvenire ad esempio mediante affidamento ad un unico operatore del compito di raccolta dei rifiuti su suolo pubblico, accompagnato dall'obbligo di prestazione universale del servizio (come di fatto avviene oggi, dal momento che sul soggetto affidatario della raccolta su suolo pubblico, selezionato dall'ente locale, grava anche l'onere della prestazione universale del servizio).<sup>59</sup> Giova notare che le (scarse) esperienze di

---

<sup>59</sup> Naturalmente, anche in questo caso è possibile immaginare modelli di regolamentazione del mercato più complessi, come ad esempio quelli proposti nei capitoli precedenti, che tuttavia

concorrenza nel mercato della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico (Polonia, Irlanda e Finlandia e Svezia) (vedi AGCM) hanno mostrato il verificarsi di fenomeni di *cherry picking*, che rendono la valutazione di queste esperienze incerta, come ammesso peraltro dalla stessa AGCM (AGCM, pp.77-78). Infatti, come riscontrato da AGCM, in Irlanda *“gli operatori sono stati incentivati a selezionare le utenze da servire in funzione della loro profittabilità”* e *“la concorrenza nel mercato ha favorito la creazioni di posizioni dominanti”*, in Finlandia *“i corrispettivi per la raccolta dei rifiuti sono più bassi nei mercati dove il servizio è affidato ad un unico gestore”*, in Svezia *“la raccolta delle frazioni riciclabili presso le abitazioni monofamiliari viene di fatto svolta dal gestore pubblico in quanto gli operatori privati non sono in grado di coprire i costi del servizio con i corrispettivi che si ricavano dalla vendita sul mercato dei rifiuti raccolti”*, mentre la Polonia ha abbandonato la concorrenza nel mercato per passare alla concorrenza per il mercato nel 2012. Questo porta AGCM a concludere che *“le esigue esperienze estere dove la concorrenza nel mercato è stata introdotta inducono a ritenere che per l’attività di raccolta [...] la presenza sul mercato di un unico operatore risulta presumibilmente più efficiente di una gestione ripartita tra una pluralità di soggetti in concorrenza tra loro”* (AGCM, par. 18). In questa sede pare possibile ritenere che i problemi di *cherry picking* ed inefficienza verificatisi in presenza di più operatori relativamente al mercato della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico si verificherebbe anche sul mercato della gestione dei rifiuti da imballaggio in presenza di un operatore soggetto ad obbligo di prestazione universale del servizio (Conai) ed una serie di operatori non soggetti al medesimo obbligo.<sup>60</sup>

---

comportano anche un notevole aumento dei costi di transazione e di coordinamento tra l’ente locale e i vari operatori che svolgono il servizio di raccolta dei rifiuti su suolo pubblico.

<sup>60</sup> L’esperienza del *dual system* in Germania presenta lo stesso ordine di problemi. In Germania esistono due segmenti distinti nel mercato della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico: da un lato

In generale, esiste una connessione sia logica che fattuale fra la privativa comunale nella raccolta dei rifiuti urbani come risposta al fallimento del mercato in tale ambito e la gestione dei rifiuti da imballaggio. L'interesse pubblico non può consentire che vengano lasciati rifiuti (né rifiuti urbani in genere né rifiuti da imballaggio) nelle strade, in caso di mancanza di convenienza economica a raccogliergli. In altre parole, la raccolta e l'avvio a riciclo o a recupero energetico dei rifiuti deve essere garantita per tutti i rifiuti e su tutto il territorio nazionale. In questo senso, l'impiego della privativa comunale nella raccolta dei rifiuti urbani e l'esistenza del sistema consortile per la gestione dei rifiuti da imballaggio rispondono alla medesima esigenza di garantire, a qualunque condizione, la raccolta dei rifiuti, nonché di garantire il raggiungimento degli obiettivi nazionali di riciclo e recupero.

**5. La commisurazione del CAC e l'incentivo alla produzione di imballaggi eco-compatibili: spunti e prospettive.** Uno dei punti sollevati dall'AGCM consiste nella inadeguatezza delle modalità di ripartizione del contributo ambientale a garantire una sufficiente internalizzazione dei costi della

---

la raccolta della frazione differenziata costituita da rifiuti da imballaggio, tranne quelli di origine cellulosica, e dall'altro i rifiuti della frazione indifferenziata, della frazione differenziata di natura cellulosica e della frazione organica. Il servizio di raccolta dei rifiuti da imballaggio viene affidato dai *compliance schemes* (ne può esistere più d'uno) ad un soggetto affidatario, mentre il servizio di raccolta degli altri rifiuti viene affidato dall'ente locale ad un soggetto affidatario. Pertanto, sul medesimo territorio co-esistono due monopolisti legali, ciascuno incaricato della raccolta di un diverso tipo di rifiuto. Appare evidente come anche una situazione di questo tipo non risolve il problema di *cherry picking*. Infatti, si supponga che il comune X presenti costi di raccolta particolarmente elevati. E' lecito aspettarsi che nessun *compliance scheme* (se non soggetto ad un obbligo di prestazione universale del servizio) avrà incentivo a proporsi per gestire, mediante affidamento ad un operatore terzo, l'attività di raccolta dei rifiuti da imballaggio. E' utile a questo proposito ricordare che la Germania sta recentemente pensando ad una modifica del *dual system* nell'ottica di un maggior peso attribuito agli enti locali nell'attività di gestione della raccolta dei rifiuti su suolo pubblico.

gestione dei rifiuti al fine di incentivare la produzione di imballaggi eco-compatibili.

Come premesso, il CAC rappresenta la forma di finanziamento attraverso la quale Conai ripartisce tra produttori e utilizzatori il costo per i maggiori oneri della raccolta differenziata, per il riciclaggio e per il recupero dei rifiuti di imballaggi. Esso è stabilito per ciascuna tipologia di materiale di imballaggio, ed è proporzionato “alla quantità totale, al peso e alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul mercato nazionale”.

AGCM sottolinea che l’attuale assenza di modulazione del CAC all’interno delle singole categorie (ad esempio, plastica, vetro, carta), ma solo tra le diverse categorie, impedisce il pieno dispiegarsi del potenziale pro-competitivo della normativa vigente. Infatti, laddove il contributo ambientale richiesto ai produttori ed utilizzatori di imballaggi rispecchiasse interamente il costo ambientale generato dal rifiuto da imballaggio, da un lato si verrebbe a generare un nuovo strumento per la concorrenza tra le imprese (ed in questo senso, la tutela dell’ambiente agirebbe in chiave pro-competitiva), e dall’altro si creerebbe un incentivo a produrre imballaggi meno inquinanti (ed in questo senso, le dinamiche concorrenziali agirebbero in direzione di una maggiore tutela ambientale).

Per questo motivo, al fine di incentivare l’uso di imballaggi maggiormente riciclabili, collegando il livello contributivo all’impatto ambientale delle fasi di fine vita e nuova vita degli imballaggi, il Conai ha recentemente introdotto una diversificazione del contributo per gli imballaggi in plastica<sup>61</sup>. La plastica risulta, infatti, il materiale più complesso da gestire per la varietà delle tipologie e per le tecnologie di selezione e di riciclo.

---

<sup>61</sup> Cfr. [www.conai.org](http://www.conai.org)

La diversificazione, che avviene secondo criteri basati sulla selezionabilità, riciclabilità e provenienza dell'imballaggio divenuto rifiuto<sup>62</sup>, incentiva la produzione di materiali eco-compatibili ed è auspicabile che sia prevista con riferimento anche ad ulteriori tipologie di imballaggi, di materiali e finanche all'interno di singoli materiali, qualora ciò risulti possibile dal punto di vista tecnico-economico, al fine di fornire agli operatori, come richiamato anche da AGCM, un ulteriore strumento per competere ed allo stesso tempo raggiungere un livello sempre maggiore di tutela ambientale. La creazione di un tale incentivo economico si pone, peraltro, in linea con le misure proposte dalla Commissione nell'ambito dell'*Action Plan* per l'economia circolare.

**6. Conclusioni.** Dopo aver inquadrato e descritto l'organizzazione delle attività di gestione dei rifiuti di imballaggio in Italia, la ricerca si è soffermata ad analizzarne i principali profili e criticità concorrenziali. In quest'area, infatti, tutela ambientale e tutela della concorrenza si intersecano, in quanto il raggiungimento degli obiettivi ambientali si basa in gran parte sul corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali e, allo stesso tempo, il perseguimento di tali obiettivi fornisce agli operatori ulteriori strumenti per competere. Vi sono casi, tuttavia, in cui i meccanismi concorrenziali non riescono a garantire un adeguato livello di tutela ambientale, giustificando l'adozione di misure limitative della concorrenza.

---

<sup>62</sup> La selezionabilità e la riciclabilità evolvono nel tempo in funzione dell'evoluzione delle tipologie di imballaggi immessi al consumo e delle modifiche che possono intervenire nell'impiantistica di selezione e riciclo.

Per monitorare tale evoluzione e aggiornare periodicamente l'elenco degli imballaggi agevolati, il Consiglio di Amministrazione Conai ha istituito un apposito Comitato Tecnico Permanente di Valutazione che, anche con il supporto di esperti di settore, proporrà allo stesso Consiglio le eventuali modifiche alle liste delle categorie agevolate.

Con riguardo alle critiche di “scarsa concorrenzialità” del modello italiano, l’analisi effettuata ha mostrato come l’attuale assetto, basato sulla centralità del sistema consortile in funzione sussidiaria rispetto agli altri operatori, sia giustificabile al fine di garantire la prestazione universale del servizio, che assicura la gestione dei rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale e per tutti i tipi di rifiuti da imballaggio. In particolare, i requisiti richiesti dal legislatore per la costituzione dei sistemi autonomi ed il raccordo tra il Conai e le amministrazioni pubbliche interessate garantiscono che non si creino problemi di *cherry picking* da parte di quegli operatori che prediligono la gestione dei rifiuti più remunerativi nelle aree geografiche in cui il servizio è meno costoso, lasciando scoperte le altre aree e le altre tipologie di rifiuti.

Circa i criteri di applicazione del CAC indifferentemente a tutti i produttori ed utilizzatori e la critica di poca rispondenza al principio EPR laddove vi siano operatori indipendenti che si occupino della gestione degli imballaggi su suolo privato provenienti dal circuito commerciale ed industriale, si è ritenuto che, a causa del rischio del suddetto fenomeno di *cherry picking*, i produttori e gli utilizzatori degli imballaggi intercettati dagli operatori indipendenti non possano essere esonerati dall’adesione al Conai né dal conseguente pagamento del CAC. Non vi è, infatti, alcuna certezza che gli imballaggi da loro prodotti e utilizzati siano tutti e sempre recuperati dagli operatori indipendenti ed il pagamento del CAC si presenta come corrispettivo dell’“onere non equo”, ovvero come il costo della prestazione del servizio in zone non remunerative sostenuto da Conai (e non invece dagli operatori indipendenti) per far fronte alla prestazione universale di servizio. Lo stesso problema di *cherry picking* nel caso di allentamento dell’obbligo di prestazione universale del servizio, inoltre, spiega perché sia inopportuno anche l’eventuale superamento dell’attuale

regime di privativa comunale della raccolta differenziata urbana di rifiuti di imballaggio su superficie pubblica.

Al fine di poter utilizzare al meglio la “leva concorrenziale” per soddisfare gli obiettivi ambientali, si ritiene, invece, che possa essere attuato un miglior collegamento tra il livello contributivo ambientale e i costi dell’impatto ambientale delle fasi di fine vita e nuova vita degli imballaggi. Coerentemente al principio EPR, una tale diversificazione del contributo ambientale stimolerebbe la produzione di imballaggi eco-compatibili, consentendo ai produttori degli imballaggi che una volta divenuti rifiuti hanno costi di gestione inferiori di essere più competitivi sul mercato, potendo praticare prezzi finali inferiori.

\*Ricerca per il Centro di ricerca LUISS DREAM finanziata dal Consorzio Nazionale Imballaggi, CONAI



*Qualche riflessione sul “solito” tema del capitale sociale nella prospettiva della riduzione\**

di **GIORGIO MEO**

**SOMMARIO:** **1.** IL CAPITALE IN FUNZIONAMENTO – **2.** PERDITA DEL CAPITALE: PROFILI CONTABILI E PROFILI GIURIDICI, DUE NOZIONI “SGHEMBE” – **3.** RIDUZIONE “REALE” DEL CAPITALE: L’EQUIVOCO DELL’ESPRESSIONE “REALE” – **4.** CAPITALE E PATRIMONIO NETTO – **5.** SINTESI: LA PERSISTENZA E LA “VARIAZIONE DEL CAPITALE” IN CORSO DI GESTIONE – **6.** RIDUZIONE OPERATA DALLA DELIBERA SOCIETARIA E DELIBERE ORGANIZZATIVE CONSEGUENTI A UNA MODIFICAZIONE *IN PEIUS* DEL PATRIMONIO NETTO

**Abstract**

Theoretical basis of the distinction between “registered capital”, “net asset” and “working capital” is the object of this article, that aims at giving a key in dealing with the juridical problem of the “loss of capital” and its consequences.

**1. Il capitale in funzionamento.** “Capitale sociale” è una nozione ambigua<sup>1</sup>. Attinge a un concetto economico ma si trasfigura quando assurge a nozione giuridico-formale, presupposto di conseguenze applicative. Il diritto impone un vincolo che non ha alcuna logica sul piano economico, quello di suddividere in segmenti almeno annuali processi economicamente indivisibili, al fine di rendere, a cadenze temporali inderogabili, un simulacro di risultato “del periodo” e una fotografia di un patrimonio largamente condizionato da fenomeni in divenire, nel plurimo senso di essere già inciso da modificazioni rilevate nel periodo ma da stralciare ad esercizi successivi in base al principio di competenza (risconti attivi e passivi, rimanenze finali), di doversi rappresentare come già inciso da eventi non ancora manifestatisi o rilevati, eppur “di competenza” dell’esercizio (ratei attivi e passivi, fatture da emettere e da

<sup>1</sup> Cfr. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da Colombo-Portale, 1, II, Torino, 2004, 3 ss.; SPOLIDORO, voce «Capitale sociale», in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000, 195 ss.

ricevere, fondi rischi) e di dover isolare in frazioni annuali costi per l'acquisizione di beni materiali e immateriali a fecondità pluriennale (ammortamenti, disaggio di emissione).

Se si eccettua l'irrealistico caso didattico del capitale sociale al momento "zero" della vita della società, in cui esso può grossolanamente identificarsi con la somma del valore degli apporti dei soci e, quindi, con il patrimonio sociale – situazione che non si dà mai, in concreto, perché il capitale viene istantaneamente inciso dai costi di costituzione della società – in qualunque momento di intenda offrire durante la vita dell'impresa sociale una rappresentazione del "capitale" e del "patrimonio", tali nozioni risentono di quell'artificio, e acquistano un contenuto che le allontana, a causa del diritto, sia dal significato propriamente economico (in cui i valori dei cespiti non sono quelli di scambio bensì funzione delle prospettive reddituali del complesso aziendale) sia da quello civilistico di compendio delle situazioni attive e passive già realizzate e perciò "esistenti", ai sensi dell'art. 2740, cod. civ.

"Capitale" e "patrimonio" divengono, piuttosto, sul piano giuridico, due nozioni convenzionali<sup>2</sup> di tipo strettamente contabile: l'uno, fisso e storico, dato inamovibile rappresentativo dell'apporto dei soci<sup>3</sup>, insensibile ai fatti ed eventi gestionali attuali e prospettici; l'altro, necessariamente variabile, esprime alla fine dell'esercizio una sintesi di dati contabili attivi e passivi rilevati in obbedienza alle disposizioni di legge e, ove e per quanto consentito, ai principi della scienza ragionieristica.

L'uno e l'altro sono privi<sup>4</sup> di capacità espressiva di fenomeni reddituali positivi in divenire (i quali possono essere rilevati contabilmente, giusta l'art. 2423 *bis*, co. 1, n. 2, cod. civ., solo se "realizzati" e comunque, giusta il successivo n. 3, sempre che "di competenza" dell'esercizio) se non nella stretta misura in cui il diritto lo concede. L'uno e l'altro sono invece esposti al vincolo di

---

<sup>2</sup> Cfr. SIMONETTO, *Concetto e composizione del capitale sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 48 ss.

<sup>3</sup> FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1987, 423 s.; ma v. PORTALE, *Capitale*, cit., 9.

<sup>4</sup> V. la discussione di ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 16, Torino, 1985, 200 ss.

immediata contabilizzazione dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio (art. 2423 *bis*, co. 1, n. 4, cod. civ.). Ne consegue che né l'uno né l'altro sono concetti capaci di un significato "reale" (cioè di controvalore di "beni", si intenda ciò come somma algebrica del valore degli *asset* o come valore economico del compendio, inclusivo del reddito atteso, dell'avviamento). Sono nozioni convenzionali, a puro beneficio del diritto che, su di esse, costruisce il proprio impianto precettivo<sup>5</sup>.

È chiaro allora che quando si utilizzano espressioni del tipo "capitale sociale pregiudicato dalle perdite" ovvero "riduzione reale del capitale" o altre relative al "rapporto tra capitale e patrimonio" occorre essere accorti che, sul piano giuridico, esse hanno una portata specifica e ristretta. Esse significano, semplicemente, che l'ammontare delle corrispondenti grandezze contabili, scaturenti dalla norma di contabilizzazione, è tale da imporre o rendere possibili alcuni tipi di deliberazioni societarie. Le stesse nozioni non significano, di per sé, nulla, invece, né sul piano del valore di scambio – quindi di espropriazione – dei cespiti aziendali (il "patrimonio" a garanzia dei creditori *ex art.* 2740, cod. civ.) né sulle prospettive reddituali dell'impresa, che il redattore della contabilità non è autorizzato a rilevare.

Con riferimento alle operazioni di riduzione del capitale sociale occorre quindi sgombrare il campo dalla tentazione di rinvenire in esse delle deliberazioni incidenti sul patrimonio in senso fisico-giuridico, o nel senso di riadeguare i valori contabili a dispersioni patrimoniali già avvenute (riduzione per perdite) o in quello di effettuare attribuzioni patrimoniali in favore dei soci (riduzione con liberazione di conferimenti). Si tratta, invece, sempre – anche quando vi sia un concorrente effetto dispositivo patrimoniale in senso civilistico – di deliberazioni che incidono sulle grandezze contabili, artificiose tanto quanto è artificiosa la suddivisione, in esercizi unitari, dei processi gestionali e la fotografia "secondo competenza" dei loro effetti.

Si tratta, se vuol utilizzarsi un'espressione – convenzionale, senza alcuna capacità precettiva – che individui la specificità delle nozioni normative di

---

<sup>5</sup> Cfr. SPOLIDORO, *Capitale*, 208 ss.

“capitale” e “patrimonio” rispetto a quella economica e a quella civilistica, di valutare lo stato del capitale e del patrimonio in una prospettiva “di funzionamento” (contrapposta a quella di cessazione, che impone la liquidazione degli *asset* e la dispersione degli effetti reddituali attesi), vale a dire quali risultanti della somma algebrica delle componenti attive e passive rilevate in conformità ai criteri di legge, postulanti la continuazione dei processi in corso.

Le norme precettive relative alla riduzione del capitale sociale postulano questa specifica configurazione del “capitale” e del “patrimonio”, in quanto postulano sempre la continuità aziendale.

**2. Perdita del capitale: profili contabili e profili giuridici, due nozioni “sghembe”.** Se è vero che capitale e patrimonio, in senso giuridico, sono grandezze contabili costituenti la risultante della rilevazione contabile delle attività e della passività, di cui esprimono la differenza, operata nel rispetto delle norme prescrittive loro riferite, allora anche la determinazione della loro consistenza e persistenza dipende strettamente dai criteri contabili utilizzati.

La legge (art. 2423 *bis*, co. 1, n. 1, cod. civ.) impone che la valutazione delle voci di bilancio avvenga «*nella prospettiva della continuazione dell'attività*». Ciò che implica la modificazione del criterio di legge, dunque, è sempre e soltanto la perdita della continuità aziendale. Registrata una simile perdita di continuità, eventuali rettifiche in diminuzione dei valori “di funzionamento” degli *asset* possono comportare una perdita patrimoniale (contabile) e riflettersi in una perdita del capitale sociale (le rettifiche in aumento, che sul piano contabile avrebbero senso e sarebbero giustificate se, passando da una prospettiva di funzionamento a una di liquidazione, il presumibile valore di realizzo dei cespiti fosse maggiore di quello contabile, non sono invece comunque ammesse dal diritto). In tal caso la perdita del capitale sociale sarebbe l'effetto della perdita di valore degli *asset* causata dalla perdita di continuità.

Ma la perdita del capitale sociale può essere a sua volta una causa di scioglimento della società (art. 2484, co. 1, n. 4, cod. civ. ). Se, dunque, la

valutazione “in continuità” degli asset conduce all’emersione di una perdita del capitale sociale, è quest’ultima (in assenza di contromisure) a provocare la perdita di continuità e, quindi, a costituire il presupposto perché i redattori del bilancio passino dal criterio di funzionamento a quello di liquidazione.

Dev’essere però chiaro che le norme che, rilevata una perdita del capitale, impongono l’adozione di certi provvedimenti (convocazione dell’assemblea per gli opportuni provvedimenti, riduzione ed eventuale riacquisto o trasformazione, liquidazione) non hanno mai quale presupposto una perdita del capitale derivante dall’applicazione dei criteri di liquidazione anziché quelli di continuità perché postulano sempre che si operi in una prospettiva di funzionamento e mai in una di scioglimento. Se, in altri termini, la perdita di continuità aziendale è la causa della perdita del capitale (preesiste, cioè, a questa, e la provoca a causa della doverosa modificazione dei criteri di rilevazione contabile degli asset), le delibere inerenti al capitale sociale saranno, a tutto concedere, conseguenza delle delibere che la società è tenuta ad assumere in dipendenza della perdita di continuità, non il loro presupposto. Se la società non rimuoverà la causa che ha pregiudicato la continuità aziendale, allora il capitale sarà effettivamente perduto, e lo scioglimento dipenderà dalla prima, non dalla seconda circostanza. Instauratasi una causa di scioglimento per perdita di continuità, la delibera relativa al capitale (a causa di ciò) perduto esce dall’area del dovere ed entra in quella della mera facoltà. La società potrà deliberare la riduzione ma non avrà alcun onere di farlo, atteso che le conseguenze postulate dalla mancata delibera si sono già prodotte.

Ne deriva un non perfetto allineamento, sul piano concettuale, del profilo contabile e di quello giuridico.

Su quello contabile l’evento che pregiudica la continuità non ha bisogno di altro filtro per obbligare i redattori del bilancio a rettificare i valori in una prospettiva di liquidazione. Non interessa che il capitale sociale sia stato perciò perduto o meno.

Su quello giuridico le disposizioni precettive intanto si giustificano in quanto la società abbia una prospettiva di “funzionamento”: ad essere normata

da quelle disposizioni è la discrasia tra tale prospettiva e lo stato attuale del capitale, nel senso che, se si intende mantenere la prima, è necessario intervenire sul secondo.

È fin troppo chiara, in questo contesto, la totale irrilevanza del valore intrinseco dei cespiti compresi nel patrimonio aziendale, riguardati in una prospettiva di scambio, cioè di liquidazione. Quello che è il perno della nozione civilistica del patrimonio non gioca alcun ruolo nella nozione di perdita del capitale ai fini che qui interessano.

**3. Riduzione “reale” del capitale: l’equivoco dell’espressione “reale”.** La differenza di piani tra nozione “di funzionamento” del capitale e nozione civilistica si presenta in modo plastico nelle operazioni di riduzione cosiddetta “reale” del capitale, cioè con restituzione ai soci di ricchezza corrispondente ai conferimenti ovvero con loro liberazione dal debito di conferimento non ancora eseguito.

Tutto sta nell’ambiguità del termine “reale”.

In questo caso si ha – in senso civilistico – una vera e propria diminuzione del patrimonio sociale dovuta alla delibera di riduzione. La riduzione è, in questa specifica accezione, “reale”, cioè tangibile perché incidente su concrete poste contabili (cassa; crediti) di cui il patrimonio sociale risulta privato.

Tuttavia non può trascurarsi che il capitale del quale si predica la “riduzione” non rappresenta un patrimonio statico – in senso civilistico – consistente nella somma degli elementi attivi e passivi che lo compongono. Come detto, il capitale – quale risultante di attività e passività appostate secondo criteri contabili che esprimono, oltre a quelli “statici”, anche valori o diminuzioni di valori in formazione – è un dato contabile, la cui consistenza e il cui valore sono il riflesso di quella segmentazione artificiosa, in esercizi unitari, dei fenomeni inscindibili d’impresa.

Si assiste allora, in questi casi, a una commutazione di un valore contabile, quello del quale si opera la riduzione, in un’entità fisica avente specifica autonomia sul piano civilistico-patrimoniale. Fino all’estremo, non

infrequente, che il capitale sociale sia abbondante e possa essere ridotto e tuttavia non vi siano risorse patrimoniali disponibili per liquidare il diritto del socio, dovendosi a tal fine ricorrere all'indebitamento.

Tale precisazione deve mettere in guardia sul possibile, quanto grossolano, errore di invertire il presupposto con la conseguenza. Anche in questo caso la riduzione del capitale postula la determinazione del suo valore secondo criteri di funzionamento. E' distribuibile, cioè, quel valore contabile che sintetizza in sé anche gli effetti di competenza dei processi in formazione, e mai il valore intrinseco di scambio dei cespiti aziendali, pur ove in ipotesi più elevato di quello accoglibile contabilmente in ossequio ai criteri di valutazione di legge.

**4. Capitale e patrimonio netto.** Capitale sociale e patrimonio netto sono dunque, sul piano giuridico, due grandezze contabili – risultanti, cioè, dall'applicazione dei criteri di valutazione contabili agli elementi dell'attivo e del passivo di cui costituiscono la risultante algebrica – la cui fonte consiste nelle norme relative al trattamento degli utili e delle perdite dell'esercizio e in quelle relative all'accensione di riserve a fronte di particolari operazioni concernenti il patrimonio (riserve di capitale: sovrapprezzo azioni, rivalutazione monetaria, azioni proprie, ecc.).

Dissociati fin dal primo istante della vita sociale, capitale sociale storicamente dato e patrimonio netto (che lo contiene quale sua componente algebrica) non esprimono altro che un particolare regime imposto al trattamento della differenza tra attivo e passivo rilevabile alla fine dell'esercizio, sotto il duplice profilo della sua distribuibilità ai soci (condizioni, procedimento, limiti) e della neutralizzazione delle perdite in vista della prosecuzione della gestione e della distribuibilità delle future utilità.

E', questo, il concetto della "stratificazione" del patrimonio netto, con cui si esprime il fatto che le diverse "fasce" contabili che lo compongono reagiscono – con gradi diversi e sulla base di presupposti disomogenei – alle istanze di appropriazione da parte dei soci e alle perdite gestionali. Si tratta di categorie normative, non economiche né fisiche. Con esse si misura se e in che misura

occorre preservare o ricostituire un certo ammontare di differenziale tra attivo contabile e passivo contabile<sup>6</sup> prima di poter distribuire ricchezza ai soci (diminuendo in tal modo l'attivo o incrementando il passivo per finanziare la distribuzione) ovvero per poter continuare ad operare senza necessità di iniezione di nuove risorse patrimoniali.

Da questo punto di vista, il quadro è composito e non omogeneo<sup>7</sup>. A fronte di una stratificazione crescente (o decrescente, a seconda del punto di vista) delle riserve derivanti dagli utili gestionali – le quali, secondo regole omogenee, sono distribuibili e fronteggiano le perdite partendo da quelle più disponibili fino a quelle di massima indisponibilità (secondo la sequenza: utile non allocato dall'assemblea – riserve “facoltative” – riserve statutarie – riserva legale, quest'ultima solo a presidio delle perdite, e pur essa stessa distribuibile previa riduzione del capitale sociale ovvero trasformazione della società) – le riserve originanti da operazioni meramente patrimoniali sono soggette a regole specifiche, ciascuna alle proprie, senza coerenza e organicità.

Su tutte le riserve campeggia il capitale sociale, ultimo baluardo esprime la differenza “minima” tra attivo e passivo<sup>8</sup> (quella iniziale, corrispondente al conferimento) che occorre venga assicurata prima di distribuire ai soci il primo euro di utili e per poter continuare ad operare.

Anche questa differenza “minima”, tuttavia, è null'altro che una nozione normativa, l'espressione, cioè, di un trattamento legale del patrimonio contabile. Caduto – già nella disciplina della perdita del capitale, secondo cui i soci non hanno mai l'obbligo, bensì semmai l'onere di ripristinare il capitale minimo, nonché in quella dei conferimenti in natura sovrastimati, secondo cui non v'è obbligo di “rabbocco” del capitale rivelatosi insussistente all'esito della verifica degli amministratori – il mito del capitale quale garanzia dei creditori sociali, intesa quale presidio fisico-giuridico nel senso civilistico dell'art. 2740, cod. civ., con la riforma del 2003 è caduto anche il mito dell'intangibilità del capitale iniziale in assenza di un'oggettiva (e motivata) sua “esuberanza”

---

<sup>6</sup> Cfr. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, Torino, 1987, 267.

<sup>7</sup> Ancora COLOMBO, *Il bilancio*, cit., 264 s.

<sup>8</sup> Cfr. PORTALE, *Capitale*, cit., 10 s.

rispetto all'oggetto sociale. Oggi può dirsi che anche quel baluardo ultimo, che segna la differenza "minima" dell'attivo e del passivo contabile, è oggetto di piena disponibilità e distribuibilità, con l'unico limite che l'impresa sociale non venga privata del differenziale minimo richiesto per la conservazione del "tipo" societario e, comunque (pur prescegliendo un "tipo" non soggetto a previsioni quantitative minime di capitale), del capitale corrispondente alle esigenze di perseguimento dell'oggetto sociale.

**5. Sintesi: la persistenza e la "variazione del capitale" in corso di gestione.** Così configurato, il capitale sociale è una grandezza contabile che misura situazioni giuridiche soggettive (diritti, obblighi, oneri, facoltà) durante il corso ordinario della gestione sociale.

La sua disciplina si rapporta sempre a un problema di continuità gestionale, si è detto. Ora è chiaro che ciò dipende dal fatto che è solo in rapporto alla continuità che si richiede la persistenza – a parità di condizioni organizzative – di almeno un certo ammontare di differenza contabile tra attività e passività. Come le grandezze contabili, si è visto, sono soggette al principio della rilevazione del valore secondo continuità (e competenza, che ne costituisce il riflesso), così la loro sintesi – il capitale sociale, appunto – postula la continuità ed esprime una condizione di continuità.

Ciò deve intendersi in due sensi.

In un primo senso, quale principio secondo cui ai soci non è tendenzialmente precluso, durante la gestione, riappropriarsi di mezzi patrimoniali apportati alla società, se e fino a quando non sia pregiudicato il differenziale minimo di legge. Sono note le critiche a questo modo di concepire la funzione del capitale sociale, il cui minimo legale non assicura né una capitalizzazione commisurata con le esigenze di un'equilibrata azione imprenditoriale né con quelle di tutela del ceto creditorio. Ma questa è la disciplina di legge e quindi, rispettato il vincolo formale, i soci possono tendenzialmente disporre del capitale, pur nel rispetto di regole ispirate a

maggior solennità, con maggioranze rafforzate e a condizione di offrire idonee garanzie ai creditori eventualmente oppositori.

In un secondo senso, quale principio secondo cui con il venir meno, durante la gestione, di quel differenziale minimo la continuità stessa è pregiudicata a meno di nuovi apporti. Prospettiva, anch'essa, parimenti criticabile per difetto, a causa del fatto che, basata com'è su un dato meramente quantitativo, rispettoso del minimo legale, essa è incapace di esprimere un vincolo di coerenza dell'azione ripatrimonializzatrice dei soci agli obiettivi imprenditoriali, in concreta connessione con la situazione attraversata dall'impresa nel momento in cui la perdita si manifesta. Anche questo appare dunque piuttosto un retaggio dell'obsoleta concezione del capitale come valore minimo a tutela dei creditori, come "cuscinetto" minimo (cioè differenziale positivo tra tutti gli attivi e tutti i passivi) che non una regola realmente capace di cogliere la funzione economica del capitale, in una prospettiva, cioè, di produzione del reddito.

**6. Riduzione operata dalla delibera societaria e delibere organizzative conseguenti a una modificazione *in peius* del patrimonio netto.** La riduzione del capitale sociale, dunque, è una modificazione del dato contabile espresso nel patrimonio netto che segue a una deliberazione dell'assemblea societaria. È, questo, l'unico dato che hanno in comune le due fattispecie di riduzione disciplinate dal codice civile: sia la riduzione "reale" (art. 2445, cod. civ.) sia la riduzione per perdite (artt. 2446 e 2447, cod. civ.) sono l'oggetto e l'effetto di una corrispondente delibera, ad esito della quale – e solo ad esito della quale – i redattori del bilancio devono esporre nel patrimonio netto il ridotto ammontare del capitale sociale.

I presupposti delle due fattispecie non hanno, invece, nulla in comune.

La riduzione "reale", cioè con restituzione di apporti ai soci o con loro liberazione dall'obbligo di conferimento, ha il proprio presupposto esclusivo in un atto di autonomia della compagine societaria, la quale – postulando la persistenza di un capitale minimo coerente ai vincoli di legge – decide di

riassegnarsi parte degli apporti effettuati. Alla deliberazione consegue, in questo caso, una riduzione effettiva del patrimonio sociale, di cui il ridotto ammontare del capitale indica la misura.

La riduzione per perdite, viceversa, si fonda su una già intervenuta riduzione del patrimonio sociale, prodotta non da un atto di autonomia ma dal risultato negativo della gestione. Il patrimonio netto contabile già rappresenta il ridotto valore patrimoniale, atteso che in questo caso accoglie, oltre alle poste del capitale sociale e delle riserve, anche quello, di opposto segno algebrico, della perdita, sì che il valore netto esposto in bilancio risulta già diminuito. La deliberazione societaria, al pari dell'altra fattispecie, costituisce il presupposto giuridico-formale perché il capitale sociale possa essere numericamente ridotto e la perdita corrispondentemente eliminata. La portata della deliberazione, quindi, è essenzialmente di ordine organizzativo, nel senso che essa segna il minor valore degli apporti di capitale residui, dunque il minor valore nominale complessivamente rappresentato dalle partecipazioni sociali, ma allo stesso tempo sancisce la regola organizzativa su cui dovrà commisurarsi la politica di distribuzione ai soci dei futuri utili, imponendo un nuovo, e ridotto, parametro di riferimento per l'accensione delle riserve e un nuovo e ridotto presidio minimo da rispettare prima di distribuire il primo euro di nuovi utili.

Nei casi più gravi in cui la perdita sia stata tale da pregiudicare addirittura il valore minimo di capitale sociale imposto perché la società possa mantenere il proprio tipo, e in quelli ancor più gravi in cui la perdita abbia integralmente eroso il capitale sì da pregiudicare la possibilità stessa per la società di continuare ad operare, la riduzione del capitale è una tappa intermedia di un processo obbligatoriamente più articolato. Ad essa segue necessariamente un atto organizzativo ulteriore per effetto del quale si instaura un regime organizzativo nuovo di continuità (trasformazione del tipo) o discontinuità (messa in liquidazione). La riduzione del capitale costituisce anche in questi casi il presupposto per una modificazione organizzativa, ma non sufficiente, richiedendo il concorso di un momento deliberativo ulteriore. Quando l'inerzia della compagine societaria renda necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria,

la delibera di riduzione perde qualsiasi autonoma rilevanza e diviene, nella prospettiva dello scioglimento, del tutto inutile.

Rappresenta, infine, una sorta di contaminazione tra le due fattispecie la riduzione del capitale sociale dipendente da eventi che interessano il patrimonio sociale in via diretta e non quale riflesso del risultato della gestione. Ciò accade quando si verifica un presupposto che impone la riduzione del capitale in quanto riguardante specifici asset compresi nel patrimonio (riduzione da rideterminazione del valore dei conferimenti: art. 2343, co. 4, cod. civ.) ovvero originante dall'atto negoziale di uno o più soci che esercitano il diritto alla liquidazione della propria quota (riduzione da recesso: art. 2345, co. 6, cod. civ.).

In comune con le due fattispecie "generali" sta il fatto che, anche in questi casi, la riduzione contabile rappresenta l'effetto giuridico-formale di un atto deliberativo, senza il quale la ridotta misura non potrebbe essere esposta.

Molto diversi sono, però, i presupposti e il procedimento rispetto alle fattispecie della riduzione "reale" e della riduzione per perdite.

Nel caso di riduzione dovuta ad accertata sovrastima di conferimenti, il presupposto della riduzione consiste in una sequenza procedimentale, inaugurata dalla revisione della stima dei conferimenti ad opera degli amministratori, seguita dalla chiamata del socio a un eventuale rabbocco (fase non obbligatoria, come non è obbligatorio il rabbocco) e dalla registrata indisponibilità del socio ad effettuarlo. La riduzione del capitale, resa a questo punto obbligatoria, costituisce un mero adattamento formale del valore del conferimento iniziale a quello effettivo e dunque non postula alcun ruolo dell'autonomia deliberativa dei soci, a differenza di qualunque altra ipotesi di riduzione: essa può, e anzi deve, essere operata direttamente dagli amministratori, ai quali compete anche l'annullamento delle corrispondenti azioni (in vista di ciò depositate presso la società e dichiarate intrasferibili fino al completamento della revisione della stessa dall'art. 2343, co. 3, cod. civ.)

La riduzione scaturisce, in questo caso, *lato sensu* da una sequenza di atti di autonomia, positivo (conferimento), negativo (mancato rabbocco del valore),

organizzativo (determinazione dell'organo amministrativo), e tuttavia la sequenza logica è la stessa della riduzione per perdite: il fatto che produce l'esigenza di ridurre il capitale preesiste all'atto di riduzione, quest'ultimo ha la funzione di ricondurre il valore formale del capitale al valore effettivo, tanto che l'omessa riduzione ovvero, se inciso il valore minimo di legge, l'omessa adozione di misure ulteriori di ripristino del capitale o di trasformazione in altro tipo societario, producono gli stessi effetti del caso delle perdite rilevanti, vale a dire lo scioglimento della società e l'obbligo di metterla in liquidazione.

Nel caso della riduzione del capitale "da recesso" la riduzione del capitale costituisce a sua volta la tappa finale di un procedimento, il cui innesco però, a differenza del caso precedente, è un comportamento del socio titolare della partecipazione di cui si rende necessaria la liquidazione. La fattispecie, sotto questo profilo, sembra più vicina alla riduzione "da deliberazione", e comunque, al pari di questa, postula una distribuzione patrimoniale in favore del socio ed è quindi "reale". Come nel caso precedente, la riduzione "da recesso" è l'ultima tappa di una sequenza ispirata all'obiettivo di evitarla (offerta in opzione delle partecipazioni agli altri soci, offerta a terzi, pagamento ricorrendo a poste del patrimonio netto disponibili) che non abbia avuto il successo sperato. Essa, tuttavia, presenta alcuni caratteri che la assimilano piuttosto alla riduzione "obbligatoria" per perdite, in quanto, esaurito invano il procedimento sopra detto, la società ha l'obbligo di ridurre il capitale e, se la misura del patrimonio netto non fosse sufficiente a fronteggiare il credito del socio, ha l'obbligo di deliberare la liquidazione. La riduzione è quindi "volontaria", in quanto la distribuzione patrimoniale è conseguenza dell'atto deliberativo, e però "obbligatoria", in quanto atto dovuto, con comminatoria delle sanzioni organizzative tipiche dell'incapacità della società a darvi corso.

\*Lo scritto rappresenta, con adattamenti, la parte introduttiva di una voce dedicata alla "Riduzione del capitale sociale" di futura pubblicazione nella sezione societaria della Collana Pratica Professionale diretta da R. Rordorf, Giuffrè Editore, Milano.



## *Halfway between profit and non-profit: where are we going?*

*Profit distribution: Community Interest Companies vs (new) Italian Social Enterprises*

by **RAFFAELE FELICETTI**

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION - 2. NARROWING THE CONCEPT OF SOCIAL ENTERPRISE - 3. COMMUNITY INTEREST COMPANIES AND COMMUNITY INTEREST TEST - 3.1 MORE THAN NON-PROFIT, LESS THAN FOR-PROFIT - 3.2 THE ASSET-LOCK - 3.3 DIVIDEND DISTRIBUTIONS - 3.4 INTEREST PAYMENTS - 4. SOCIAL ENTERPRISES IN ITALY - 4.1 THE ITALIAN SOCIAL ENTERPRISE IN THE PREVIOUS FRAMEWORK - 4.2 THE “NEW” SOCIAL ENTERPRISE. BETWEEN NON-PROFIT AND INVESTMENT PROFITABILITY - 5. CIC VS SE: PROFIT DISTRIBUTION - 6. CONCLUSIONS.

### **Abstract**

Le *Community Interest Companies* sono tradizionalmente considerate uno dei modelli ibridi d'impresa, essendo da sempre ammesse alla distribuzione di utili.

Pur lasciandone inalterata l'ossatura fondamentale, anche la recente riforma delle imprese sociali italiane (d.lgs. n. 112 del 2 luglio 2017) ha introdotto per queste imprese una (limitata?) possibilità di distribuire dividendi ai soci. Per tale via sembrerebbe essersi realizzato il passaggio verso un modello d'impresa sociale ibrido, non dissimile dalle *Community Interest Companies* inglesi.

In effetti, una comparazione tra il consolidato modello di distribuzione dei profitti delle *Community Interest Companies* inglesi e quello delle imprese sociali italiane, alla prima esperienza di *low profit* non legata alla cooperazione sociale, dimostra, nonostante le differenze, una comune tendenza ibrida dei modelli.

Viste in quest'ottica, le “nuove” imprese sociali sembrano potersi inserire in un *trend* che parrebbe spingere - tanto dal lato profit, quanto da quello no-profit - verso modelli ibridi, che coniughino il profitto con il perseguimento di obiettivi d'interesse generale (con una prevalenza, a seconda del modello, ora del primo, ora dei secondi).

**1. Introduction.** In the last decades, Social Enterprise (hereafter, “SE” and, in plural, “SEs”) has become increasingly important all over the world<sup>1</sup>; Europe was not an exception<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Indeed, the concept of SE has spread in most regions of the world (DEFOURNY, NYSSSES 2012).

<sup>2</sup> Already in 2011, the European Commission underlined that «*the single market needs new, inclusive growth, focused on employment for all, underpinning the growing desire of Europeans for their work, consumption, savings and investments to be more closely attuned to and aligned with 'ethical' and 'social' principles*» and that there are «*high levels of interest in the capacity of social enterprises and the social economy in general to provide innovative responses to the current economic, social and, in some cases, environmental challenges by developing sustainable, largely non-exportable jobs, social inclusion, improvement of local social services, territorial cohesion, etc.*» (EUROPEAN COMMISSION 2011).

However, the notion of SE is not a unitary one. Admittedly, there are different models and different approaches and, throughout the years, many notable scholars have compared them and tried to identify some common traits (see, for example, TRAVAGLINI, BANDINI, MANCINONE 2009; CAFAGGI, IAMICELI 2008; CECOP 2006; KERLIN 2006; IAMICELI 2005).

Among the various aspects of SEs that are interesting from a business law perspective (e.g. activities to carry out, corporate governance, stakeholders' participation) and on which the legislations of the different legal systems have made different choices, the relationship between profits and "social" purposes is one of the most stimulating.

In fact - generally speaking, and not only with reference to SEs - there has traditionally been a clear distinction between non-profit legal entities on one side, for profit ones on the other.

As has been observed (BATTILANA *et al.* 2012), for a long time it was thought that commercial revenue and social value creation were independent. In the last decades, however, we are experiencing an increasing thriving of "hybrid entities" and this movement is referred to as "creative capitalism" (TAYLOR 2009/2010). There is no general definition of hybrid entities, but, in a nutshell, they try to combine the creation of social value with the production of financial revenues (i.e. they are not completely for profit, nor purely non-profit<sup>3</sup>). Of course, as will be discussed, depending on the specific legal structure of the entity, there may be a prevalence of the for-profit side or of the non-profit one.

In general, hybrid entities have been identified as those occupying the middle ground between non-profit and for-profit, combining aspects of both models (SERTIAL 2012; REISER 2010).

As mentioned above, hybrids should allow the creation of social value with the production of financial revenues. However, the exact meaning of financial revenues has nonetheless to be clarified. In fact, what should be relevant in order to consider a legal entity as a hybrid is not profit making itself, but rather

---

<sup>3</sup> It has to be underlined that the hybridization does not merely refer to profits as it invests also other profiles, such as the entity's purpose and its governance model.

the possibility to distribute it, whether partially or not, to its shareholders or members. Otherwise, if profit making were the only relevant factor, one would reach the paradoxical conclusion that purely non-profit entities are hybrids because, although they cannot distribute profits, they are nevertheless allowed to generate revenues<sup>4</sup>.

Instead, what specifically characterizes nonprofits is not only their specific activity - which is of general interest - but also (and especially) the fact that the activity is not carried out for the benefit of their members.

In Italy, since their introduction in 2006, SEs have been regarded as purely non-profit and, hence, they could not be considered hybrids. However, in July 2017, a reform of SEs was enacted as part of a more general reform of the Italian Third Sector.

This paper analyzes the UK Community Interest Company (hereinafter, "CIC" and, in plural, "CICs") model, which is a typical hybrid legal structure (CABRELLI 2016; SERTIAL 2012). Following an overview of CICs (par. 3), in order to understand the hybrid nature of CICs, the analysis will specifically focus on the provision regarding their assets (par. 3.2), profit distributions (par. 3.3) and interest payments (3.4).

Moving on to the Italian SEs, following a general overview (par. 4), in order to fully appreciate the new model of SEs, the former is recalled (par. 4.1). In par. 4.2 the new legal framework is analyzed, with a specific focus on profit distribution.

---

<sup>4</sup> A confirmation of this may be found in the new Italian Third Sector Code (Legislative Decree no. 17 of 3 July 2017). According to Article 4 (1), Third Sector entities are some private organizations (e.g. associations, foundations, SEs etc.) set up in order to pursue, without profit, civic, solidarity and social utility purposes by carrying out one or more activities of general interest. Article 8 (1) provides that the assets of these entities and their profits, if any, shall be allocated to the activity of the entity and exclusively in order to pursue civic, solidarity and social utility purposes, thus letting understand that profit making is possible also for such entities. Article 8 (2) specifies that the direct or indirect distribution of profits is prohibited. In the U.S. too one of the notable features of nonprofits is not the fact that they are not making profits at all, but rather the fact that they do not distribute them to their shareholders or members. For example, Section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code, in setting out the criteria for tax exemption, specifies that corporations, community chests, funds, or foundations, organized and operated exclusively for some specified purposes (e.g. religious, charitable, scientific), «*no part of the net earnings of which inures to the benefit of any private shareholder or individual*» shall be tax exempt.

Lastly, some conclusions are drawn (parr. 5 and 6).

**2. Narrowing the concept of Social Enterprise.** Before analyzing CICs, it has to be understood whether they may be somehow considered equivalent to a SE; therefore, it is necessary to identify what is meant by SE at a European level.

Even though SEs have in the last decades become increasingly important, especially in Europe, the definition of an SE does not seem to be fixed. Admittedly, notwithstanding the progressive development of a common meaning across Europe (EUROPEAN COMMISSION 2016), the definitions of SE continue to encompass, in the language of Member States' legislators and academics, a great variety of legal entities carrying out different activities.

However, regardless of these differences, and limiting the analysis to Europe, it seems possible to identify some common traits (FICI 2017)<sup>5</sup>. To this end, the definition of SE provided in the European Commission Communication "Social Business Initiative" of 2011 is particularly relevant. According to this definition, a SE is *«an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders»*. Furthermore, *«it operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives»* and *«it is managed in an open and responsible manner and, in particular, involve employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities»*.

Hence, SEs have, at least, three specific features.

---

<sup>5</sup> It is worth mentioning that, at a EU level, it was identified a tendency to mix two different approaches which refer to two distinct phenomena (EUROPEAN COMMISSION 2016). The first attempts at identifying the key-features of SEs, whereas the second - «social entrepreneurship» - tends to focus more on entrepreneurial dynamics which are oriented to social innovation and social impact. The first approach is the most used in Europe (EUROPEAN COMMISSION 2016) and the definitions provided by Member States' legislations are of two types: either "organizational" (i.e. they focus on the specific features showed by SEs) or "sector-specific" (i.e. they rather look at specific types of organizations which carry out their activities in the field of social inclusion).

Firstly, they generally have an exclusive - or, at least, prevalent - “social” purpose (i.e. aim at providing a benefit to the community or, however, pursue a general interest).

Secondly, their activity is carried out in an innovative and entrepreneurial way, and SEs are managed in an open and responsible manner and involve stakeholders: obviously this does not mean that traditional companies are not managed in such a way, but SEs are subjected to additional managing and governance requirements (see also FICI 2017).

Thirdly, profit distribution is excluded or somehow limited; in fact, its profits and assets must be totally or partially reinvested in its activity.

Thus, as far as profit distribution is concerned, SEs are not necessarily non-profit. What matters, in fact, is that their profits are primarily - not exclusively - used to achieve social objectives. It follows that legislations on SEs have mainly two options: they either envisage a clear prohibition for SEs to distribute profits to their members and interests to their investors, or they require SEs to use their profits mainly for their social activity, but leaving some space for the remuneration of shares, bonds and other instruments. Thus, the fact that CICs can distribute profits (see par. 3.3) doesn't prevent them from being considered as SEs (provided, of course, that they show all the other above-mentioned features of SEs).

Behind the two options lie two approaches.

On one side, the non-profit nature of a legal entity, has generally been considered necessary in order to ensure that the users and the general public trusted those enterprises, whose business was carried out for social and solidarity purposes (e.g. HANSMANN 2003; for further details see par. 4).

On the other, however, it cannot be denied that for social issues to be efficiently and effectively faced economic resources are needed. Therefore, SEs - like other legal entities, such as, typically, companies - may have the need to make themselves more appealing to investors.

While CICs have since their introduction in 2005 adopted this latter approach - and, actually, the most recent modifications continued on this path

by removing some of the existing limits to profit distributions (see *infra*, par. 3.5)  
- Italian SEs, on the contrary, have always adopted a purely non-profit approach, at least until the 2017 reform.

**3. Community Interest Companies and community interest test.** As far as social entrepreneurship is concerned, the UK has traditionally been a pioneer. According the last data, there are approximately 70,000 SEs in the country<sup>6</sup>.

In the UK a SE may be set up in the form of a limited company, of a charity (or from 2013, a charitable incorporated organization), of a co-operative, of a sole trader or business partnership, or of a CIC. Among the various, the CIC form seems the most interesting. Admittedly, on one hand this is a type of company which was specifically designed for the social sector; on the other, since its establishment in 2005 it has been constantly increasing in number: as of 11 January 2018, there more than 13,000 CICs set up in the UK<sup>7</sup>.

The CIC legal form was introduced with the “*Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004*” (hereinafter, the “2004 Act”)<sup>8</sup> and is further regulated by the 2005 “*Community Interest Company Regulations*” (hereinafter, the “2005 Regulations”).

A company limited by shares or a company limited by guarantee without a share capital may both be formed as or become a CIC. A company limited by guarantee and having a share capital may become CIC<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> See the “*State of Social Enterprise Report 2017*”, available at <https://www.socialenterprise.org.uk/the-future-of-business-state-of-social-enterprise-survey-2017>

<sup>7</sup> See <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies>. Moreover, the number seems to be constantly growing: in January 2018 approximately 220 new CICs. Were set up. See <https://www.gov.uk/government/statistics/community-interest-companies-new-cics-registered-in-october-2013>.

<sup>8</sup> The provisions relating to the appointment of the regulator of CICs entered into force on the 1 January 2005 while the remaining provisions relating to CICs on 1 July 2005.

<sup>9</sup> See section 26 of the 2004 Act.

The 2004 Act has introduced an *ad hoc* office, the Regulator of CICs (so-called regulator), appointed by the Secretary of State and which is entrusted with some functions and powers referring to CICs<sup>10</sup>.

A CIC has to operate for the benefit of a community. Neither the 2004 Act, nor the 2005 Regulations identify the concept. Rather, they use a different approach. The former states that, in order to become a CIC, the activities that it wants to perform have to satisfy the so-called community interest test, and this happens if «*a reasonable person might consider that its activities are being carried on for the benefit of the community*»<sup>11</sup>. The latter, identifies the activities that cannot be regarded as those which a reasonable person might consider are carried on for the benefit of the community<sup>12</sup>.

It is worth observing two profiles.

First, the community interest test is a flexible criterion and it has the advantage of not limiting *ex ante* the activities that a CIC may carry out. Any activity can be carried out by a CIC, provided that a reasonable person would think that it was performed for the benefit of the community. Nevertheless, it raises some doubts. For instance, the law does not clarify the meaning of “reasonable person”. Traditionally, in the common law world (similarly to, for example, Italy) this standard refers to a hypothetical ordinary and reasonable person, the so-called *Man on the Clapham omnibus*. However, it has been observed (CABRELLI 2016) that arguing that the criterion has the same meaning within the CIC frameworks would be mere speculation.

---

<sup>10</sup> See section 27 of the 2004 Act. For example, the regulator decides whether or not a new company is eligible to be formed as a CIC, may issue guidance, or otherwise provide assistance, about any matter relating to CICs; may consent to the transfer of the assets during CIC’s life (*infra* 3.2); in windings-up, under some conditions, decides on the amount and proportion of asset distributions to asset-locked bodies (*infra* 3.2).

<sup>11</sup> See section 35 (2) of the 2004 Act.

<sup>12</sup> These activities include (i) the promotion of, or the opposition to, changes in any law applicable in Great Britain or elsewhere or in the policy adopted by any governmental or public authority in relation to any matter; (ii) the promotion of, or the opposition (including the promotion of changes) to, the policy which any governmental or public authority proposes to adopt in relation to any matter; and (iii) activities which can reasonably be regarded as intended or likely to provide or affect support (whether financial or otherwise) for a political party or political campaigning organization or influence voters in relation to any election or referendum. See section 3 of the 2005 Regulations.

Secondly, the activities identified by the law as those which a reasonable person cannot consider as performed for the benefit of the community, may nevertheless be carried out by a CIC if two conditions are met. First of all, they have to be reasonably regarded as incidental to other activities, which a reasonable person might consider are being carried on for the benefit the community. In addition, these other activities do not have to be reasonably regarded as incidental to those that the law regards as not performed for the benefit of the community (on which see footnote no. 12). The concept of “reasonable person” plays, again, a key role and doubts similar to the above-mentioned are likely to arise.

Moreover, it is worth observing that the term “community” could also mean just one section of the community<sup>13</sup>. Any group of individuals may constitute a section of the community if (i) they share a readily identifiable characteristic; and (ii) other members of the community of which that group forms part do not share that characteristic<sup>14</sup>. Thus, for the purpose of CIC, not only does a group of people have to share some common, readily identifiable characteristics - which raises some doubts with reference, for example, to the minimum degree of similarity of the features - but their common characteristics must not be shared by other members of the community.

Furthermore, CICs have to be managed in a manner that allows the stakeholders’ interests to be taken into account<sup>15</sup>.

It should already be clear, then, that CICs are SEs. In fact, they have the first two distinctive features of the definition of SE provided above. The framework on profit distributions still has to be analyzed nevertheless.

**3.1 More than non-profit, less than for profit.** As mentioned, CICs carry out their activity for the benefit of the community. Therefore, there is a marked difference between them and purely profit-driven companies whose

---

<sup>13</sup> See section 35 (5) of the 2004 Act.

<sup>14</sup> See section 5 of the 2005 Regulations.

<sup>15</sup> For instance, the CICs’ annual report has to describe the steps which the company has taken during the financial year to consult persons affected by the company’s activities, and the outcome of any such consultation (see section 26 (b) of the 200 Regulations)

main purpose, in a nutshell, is maximizing - or, at least, pursuing - profits to be distributed as dividends among the shareholders.

CICs may distribute profits and pay interests; however, this has to be balanced with the need that the benefit community remains their «core business». To this aim, the law sets some limits to CICs' ability to transfer their assets, to distribute dividends, and to pay interests.

**3.2 The asset-lock.** The asset-lock is a specific feature of CICs and it is meant to ensure that their assets are not used for purposes other than the benefit of the community.

A CIC is not allowed to transfer assets other than full consideration (i.e. their market value)<sup>16</sup>. Conversely, an asset disposal made at the assets' market value would be legitimate. Admittedly, in such cases, even though the CIC is transferring its assets, it is nevertheless retaining their market value and, thus, this does not have any negative impact on the benefit community purpose.

The full market criterion does not apply when the assets are transferred (i) to any specified asset-locked body, or (ii) with the consent of the regulator, to any other asset-locked body. Both options refer to asset-locked bodies, although the first deals with those specified in the memorandum or articles of association of the company, whereas the second one deals with those not specified, but to which the CIC may nonetheless, with the consent of the regulator, transfer its assets<sup>17</sup>.

The possibility to transfer assets to asset-locked bodies is justified by the fact that such entities include other CICs, charities, or bodies established outside the UK that are equivalent to any of these entities. In other words, bodies that have objectives similar to those of the CIC transferring its assets.

---

<sup>16</sup> See section 1 of Sch. 1-2-3, 2005 Regulations.

<sup>17</sup> See section 1 of Sch. 1-2-3, 2005 Regulations. Of course, the consent of the regulator is required only for the situations in which the transfer is made for a value lower than the full market value of the assets.

As will be observed in more detail, transfers to asset-locked bodies have an indirect impact on the amount of profits distributable to shareholders (see *infra*, par. 3.3).

Lastly, the transfer of assets is also legitimate if it is made in a way that, although not involving a transfer of assets to an asset-locked body, it is nevertheless made for the benefit of the community.

This mechanism ensures that CIC's assets are used for the benefit community while a CIC is operating.

What about other situations, such as winding-ups? The law ensures that the asset-lock works also in such cases, both with reference to voluntary winding-ups and to those decided by a court pursuant to the Insolvency Act 1986<sup>18</sup>.

If a winding-up is declared and, after having satisfied the company's liabilities, there are some assets of the company left, these residual assets shall be distributed to those members of the CIC (if any) who are entitled to share in any distribution of assets on the winding-up of the company according to their rights and interests in the company<sup>19</sup>.

If even after such distribution there are residual assets left, they shall be distributed to the asset-locked body (or bodies), if any, specified in the memorandum or articles of the company. In this case the regulator will decide the amounts and proportions to be distributed.

However, it might be the case that the asset-locked body to which the memorandum or articles of the company refer is itself in the process of being wound up. Or, it may also be that a member or director of the company represents to the regulator that this asset-locked body is not a suitable recipient of the CIC's remaining residual assets and that the regulator agrees with these representations.

---

<sup>18</sup> See section 23 of the 2005 Regulations.

<sup>19</sup> In any case, no member shall receive an amount exceeding the paid-up value of the shares which he holds in the company.

In such situations - and also if the memorandum or articles of the company do not specify an asset-locked body - the regulator will decide to which asset-locked bodies and in which proportions the assets are to be distributed.

However, for any of its determinations, the regulator has to consult with the directors and give notice of any regulation to the company and to the liquidator<sup>20</sup>.

**3.3 Dividend distributions.** As far as dividends are concerned, a complex system based on three elements - the maximum dividend per share, the maximum aggregate dividend (hereinafter, the “m.a.d.”) and the capacity to carry-over unused dividend payments for up to 5 years - used to be in place. However, as of October 2014, in order to simplify the system, the maximum dividend per share and the capacity to carry-over unused dividend payments were removed<sup>21</sup>. Thus, today, the sole element regulating dividend distributions is the m.a.d.<sup>22 23</sup>.

A relevant company may distribute dividends only insofar as its memorandum and articles permit it to do so and if an ordinary or special resolution of the company’s members has approved the declaration of the dividend.

---

<sup>20</sup> See section 23 (7) and (8) of the 2005 Regulations.

<sup>21</sup> An overview of the different opinions on the issue can be found in the consultation process documents, available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/264664/CIC-13-1333-community-interest-companies-response-on-the-cic-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/264664/CIC-13-1333-community-interest-companies-response-on-the-cic-consultation.pdf)

<sup>22</sup> See “Office for the regulator of Community Interest Companies: Information and guidance notice”, Department for Business, Energy and Industrial Strategy, May 2016.

<sup>23</sup> Of course, the issue of dividend distributions arises only with reference to CICs set up as companies limited by shares (CIC with a share capital), adopting Schedule 3 of the 2005 Regulations (*Alternative provisions prescribed for the memorandum or articles of a community interest company limited by shares, or limited by guarantee with a share capital*). In fact, if a CIC is set up in the form of a company limited by guarantee without share capital it cannot pay dividends. Moreover, if a CIC is set up as a company limited by shares (CIC with a share capital), but it adopts Schedule 2 of the 2005 Regulations (*Provisions prescribed for the memorandum or articles of a community interest company limited by shares, or limited by guarantee with a share capital*) it is allowed pay dividends exclusively to specified asset-locked bodies, or other asset-locked bodies with the consent of the regulator. The amount of payable dividends is not subject to the dividend cap, but to those same limits applicable to ordinary companies.

Furthermore, and more importantly, following the declaration of the dividend, the total amount of all the dividends declared on shares in the company for the financial year for which the dividend is declared cannot exceed the m.a.d. for that financial year.

The understanding of m.a.d. is essential to fully appreciate to what extent CICs may distribute profits.

With reference to a given financial year, a m.a.d. is declared when the total amount of all dividends declared on the relevant company's shares for that year, less the amount of any exempt dividends, is equal to the "aggregate dividend cap" which had effect in relation to that company on the first day of the financial year in respect of which the dividends are declared<sup>24</sup>.

There are two profiles of this definition that need to be stressed.

The first is that the exempt dividends are not taken into account for the m.a.d.'s purposes. A dividend declared on a share is considered exempt if at least one of the following conditions is met: the dividend is declared on a share which is held by an asset-locked body (excluding the situations involving a share that the directors recommending the dividend are aware is being held on trust for a person who is not an asset-locked body), or the dividend is declared on a share which is held on behalf of an asset-locked body (or is believed by the directors recommending the dividend to be so held).

The fact that dividends concerning shares owned by an asset-locked body (or held on its behalf) are not relevant for m.a.d.'s calculation is understandable if it is borne in mind what was said above (*supra* par. 3.2) on asset-locked bodies. Hence, when dividends refer to shares directly or indirectly held by these bodies, which have objectives somehow similar to those of CICs, the law excludes *a priori* the existence of a risk for the benefit community.

Furthermore, the asset-locked body by (or on behalf of which) the share on which the dividend declared is held (or on behalf of which the directors declaring the dividend believe that it is held) has to be named in the memorandum or articles of the company as a possible recipient of the CIC's

---

<sup>24</sup> See section 19 of the 2005 Regulations.

assets. If there are no indications, the regulator shall consent to the declaration of the dividend.

The other important element of the definition is the aggregate dividend cap, which is currently set at a level of 35% of a relevant company's distributable profits<sup>25</sup>. The expression "company's distributable profits" has to be read in accordance with the Companies Act 2006, which refers to a company's accumulated, realized profits, so far as not previously utilized by distribution or capitalization, less its accumulated, realized losses, so far as not previously written off in a reduction or reorganization of capital duly made<sup>26</sup>.

Consequently, this mechanism forces CICs to reinvest in their activity no less than 65% of their annual profits<sup>27</sup>. The 35% cap identifies, however, the maximum level of distributable profits; it follows that a CIC may decide to distribute less than the cap and, consequently, reinvest more.

As mentioned, distributions to asset-locked bodies are not taken into account when calculating the aggregate dividend cap. This carries some important consequences in terms of distributable profits. Admittedly, if a company decides to distribute a certain amount of its profits to one of such bodies, this amount will be (i) uncapped; and (ii) deducted from the distributable profits. Therefore, in such situations, not only will the profits distributable to individual investors keep on being subject to the cap, but they will also be proportionally reduced<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> See section 22 (1) b) of the 2005 Regulations. Although the regulator may set a new aggregate dividend cap with the approval of the Secretary of State, the cap remained steady since the CICs' introduction.

<sup>26</sup> See section 830 of the Companies Act 2006.

<sup>27</sup> If, for example, a CIC has, for a given financial year, distributable profits for £150,000, it will be allowed to distribute a maximum of £52,500; thus, £97,500 will have to be reinvested.

<sup>28</sup> Consequently, in the example mentioned in the footnote above, the situation would be the following. A CIC may decide to distribute to an asset-locked body (e.g. another CIC) an uncapped dividend of, for instance, 70% of its distributable profits. Thus, the amount of profits distributable to individuals will be £45,000. Following this reduction, it will be the remaining amount to be subject to the 35% cap. Thus, in this example, only £15,750 are available for dividend distribution to individuals, whereas in the one made in footnote no. 27, absent a distribution to an asset locked body and with the initial same amount of distributable profits, the CIC could distribute £52,500.

A comparison of the two examples shows that the distribution of dividends to asset-locked bodies, because uncapped and exempt, has important consequences in terms of profits distributable to individuals.

**3.4 Interest payments.** Limits are set also on interest payments. To this aim, the so-called interest cap was introduced. The interest cap used to be 10% of the average amount of a CIC's debt, or sum outstanding under a debenture issued by it, during the 12-month period immediately preceding the date on which the interest on that debt or debenture becomes due<sup>29</sup>.

However, in order to encourage more investments in CICs, as of October 2014, the interest cap was doubled and, hence, raised to 20%<sup>30</sup>.

The interest cap applies to debentures issued by, and debts of, a CIC in respect of which a performance-related rate of interest is payable and provided that the agreement to pay interests at a performance-related rate was entered into by the company on or after the date on which it became a CIC.

For such debentures and debts, the CIC is not liable to pay interest at a higher rate than the applicable interest cap<sup>31</sup>.

In order for the average amount of a debt or sum to be identified, the aggregate of the amount of the debt or the sum outstanding under the debenture at the end of each day during the 12-month period has to be divided by the number of days during that 12-month period<sup>32</sup>.

**4. Social Enterprises in Italy.** According to the latest available data, in 2013 there were 774 private organizations in the "L" section (i.e. the SEs section) of the Italian register of undertakings and, thus, SEs, in Italy, do not seem to represent a significant phenomenon<sup>33</sup>.

---

For further details and explanations, see Annex 1 to the *Office for the regulator of Community Interest Companies: Information and guidance notice* (footnote no. 22).

<sup>29</sup> See Schedule 4 of the 2005 Regulations.

<sup>30</sup> A complete overview of the different opinions on the issue can be found in the consultation process documents, available at:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/264664/CIC-13-1333-community-interest-companies-response-on-the-cic-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/264664/CIC-13-1333-community-interest-companies-response-on-the-cic-consultation.pdf)

<sup>31</sup> See Section 21 of the 2005 Regulations.

<sup>32</sup> See Schedule 4 of the 2005 Regulations.

<sup>33</sup> See *Iris Network* report, 2014, available at <http://irisnetwork.it/attivita/rapporto-impresa-sociale/>. According to the report, slightly more than 100 of the approximately 770 SEs are mutual benefit societies which, in 2012, were obliged by law to register under the "L" section (Article 23 of Law Decree no. 221 of 18 October 2012). This was due not really to the fact that

Italian SEs could not distribute profits for long time. Admittedly, as will be observed, while SEs could obviously generate revenues, there has traditionally been a prohibition for them to distribute dividends. In general, such prohibitions have been deemed necessary in order to ensure that the users and the general public trusted those enterprises whose business was carried out for social and solidarity purposes (MOSCO 2017; HANSMANN 2003).

The non-profit was seen mainly as an effective form of consumer protection tool, especially in situations of asymmetric information (ORTMANN, SCHLESINGER 2002; HANSMANN, 1994). This theory moves from the idea that the contract, because of information asymmetries, fails in protecting the consumer from enterprises' abuses: in this context, then, the prohibition to distribute profits is meant to show to the consumers that the enterprise is not interested in taking advantage of such asymmetries in order to increase its profits (HANSMANN 1980)<sup>34</sup>.

The social activity carried out by SEs not only implied that they should carry out their activity in specific sectors that the legislator considered socially useful, but also a prohibition on distributing the profits that SEs had possibly made through their activity (MARASÀ 2014).

---

they had the features of SEs, but rather to the reform of the Italian register of the undertakings. Thus, the actual SEs are slightly more than 650.

As it will be said (*infra* in the text), the qualification of SE may be recognized to any private organization. The organization mainly adopted by SEs is the co-operative (38% of the total amount of SEs). Among the co-operatives, the social co-operative prevails (86%). The limited liability companies represent 30% of the total amount of SEs (among the three models of limited liability companies, the *società a responsabilità limitata* is the prevailing one). Partnerships represent only 11% of the total amount of SEs and nonprofit institutions - other than social co-operatives - are barely 2% (half of which are associations).

To sum up, SEs in Italy are mainly set up as co-operatives (especially social co-operatives) and limited liability companies.

These numbers, however, do not consider those social co-operatives which are not SEs. The data on social co-operatives in general (thus, both those that are SEs and those that are not) - especially if compared to the data on SEs - show that they represent a significant phenomenon: among the over 114,000 cooperatives registered in the Italian register of co-operatives, more than 23,000 are social co-operatives. See data from the Italian Ministry of Economic Development, available at: <http://dati.mise.gov.it/index.php/lista-cooperative/list/1?resetfilters=0&clearordering=0&clearfilters=0>, last access: March 2018).

<sup>34</sup> On the other side, however, many scholars have underlined the downsides of the non-distribution constraint which, among other things, forces SEs to widely use debts instruments, rather than capital (ZOPPINI 2000). For interesting contributions on this debate see CAPECCHI 2007; BACCHIEGA, BORZAGA 2001.

However, this prohibition imposed on SEs coexisted (as will be said in more detail in par. 4.1) with the possibility for social co-operatives to distribute profits, and this might explain the failure of the former and the success of the latter.

Thus, in spite of the fact that CICs and Italian SEs were introduced almost in the same year (2005 the former, 2006 the latter), the two models had a completely different approach as far as profit distributions were concerned.

With Law no. 106 of 6 June 2016, however, the Italian Parliament entrusted the government with the reform of the so-called Third sector, of the SE and of the civil service. So, Legislative Decree no. 112 of 2 July 2017 (hereinafter, the “Decree”) was issued in order to adapt the “old” SE to the new principles.

To fully understand the innovation of the Decree it is worth referring to the previous model of SE (i.e. the one regulated by Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006).

**4.1 The Italian Social Enterprise in the previous framework.** Under the previous framework, the *status* of SE could be obtained by any private organization (e.g. associations, foundations, partnerships, limited liability companies, co-operatives etc.) which carried out as (i) main activity - thus, not necessarily as an exclusive one -, (ii) permanently, and (iii) without profit, an activity aimed at producing or exchanging goods or services of social interest<sup>35</sup> and for general interests’ purposes.

By definition, SEs could not pursue profit and, therefore, when they were set up as companies or co-operatives they represented an undeniable exception to the for-profit nature of companies.

It is necessary to clarify this point. The vast majority of the Italian academics and the case law agree that, according to the general definition of

---

<sup>35</sup> This type of goods and services were directly identified by Article 2 (1) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006 and included, for instance, education, healthcare, social assistance etc.

entrepreneur<sup>36</sup> provided by the Italian civil code (Article 2082), the pursuit of profit is not an essential requirement in order to be legally qualified as entrepreneur (MARASÀ 2014). However, as far as companies are concerned, Article 2247 of the Italian civil code stipulates that a company is set up by two or more people to carry out an economic activity and in order to share among them the profits deriving from this activity: hence, when the enterprise is set up as a company, the law requires the pursuit of profit. It follows that, as mentioned, since SEs could not distribute profits, when they were set up as partnerships, limited liability companies or co-operatives they represented an undeniable exception to the for-profit nature of such organizations.

SEs could obviously generate revenues; what was prohibited (except for social co-operatives) was their direct or indirect distribution to SE's directors, shareholders, workers *etc.*<sup>37</sup>. Profits had to be either employed for the implementation of the SE's activity or re-invested within the SE by means of a share capital increase. Conversely, such prohibition was not imposed on social co-operatives, which were admitted to profit distributions, although within the limits set by their framework<sup>38</sup>.

This non-profit nature of SEs was also granted by means of other specific provisions. So, for instance, not only were SEs not allowed to distribute - also indirectly - dividends, but the law set a limit on the remuneration of financial

---

<sup>36</sup> It is worth mentioning that the general definition refers to any type of enterprise (e.g. individual, collective).

<sup>37</sup> Article 3 (2) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006. Article 3 clearly listed the profit distributions that had to be considered "indirect"; however, it has been observed, that there was space left to make those indirect distributions not listed by the article (CAPECCHI 2007).

<sup>38</sup> The social co-operatives (introduced by Law no. 381 of 8 November 1991) and their *consortia*, whose by-laws envisaged the provisions of Articles 10 (2) (on social balance sheet) and 12 (concerning the involvement of employees and of the people affected by the activity of the entity) of the decree on SEs acquired the *status* of SEs (see Art. 17 (3) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006). The provisions on SEs applied to social co-operatives and to their *consortia* only in compliance with the specific framework on co-operatives.

Notwithstanding some similarities with SEs, it does not seem that the social co-operatives which were not SEs pursuant to Italian Law could be fully considered as part of the phenomenon described in par. 2.

Admittedly, while social co-operatives showed two of the three features of SEs (i.e. "social" purpose and constraint on profit distribution) they were not specifically obliged to involve stakeholders. In fact, as noticed above, the involvement of the employees and of the people affected by the activity of the social co-operative was one of the conditions for them be recognized as SEs.

instruments other than shares (e.g. bonds), which could not receive an interest rate higher than 5% beyond the base lending rate<sup>39</sup>. Furthermore, for-profit companies could not control SEs<sup>40</sup> and mergers, splits and transformations were admitted only insofar as the non-profit nature of the SE was safeguarded<sup>41</sup>.

**4.2 The “new” Italian Social Enterprise. Between non-profit and investment profitability.** This was the situation before July 2017. Although the Decree did not change the overall structure of SEs, it nevertheless marked a difference between the old and the new model of SE.

In the new framework as well, the SE status can be obtained by any private organization<sup>42</sup> as long as it carries out as main activity and on an ongoing basis a non-profit business activity of general interest which has a civic, solidarity or social interest aim. Furthermore, the law provides that SEs have to act in a responsible and transparent manner and promote the participation of the workforce and other stakeholders that might be interested in their activity.

It is worth observing that the new SE is similar to the previous one at least under three viewpoints.

First of all, as in the past, SEs have to permanently carry out a business activity aimed at pursuing a civic, solidarity or social interest objective. These types of activities are identified by the law itself and include, for example, healthcare, education, environment protection etc.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Article 3 (2) d) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006. See, on this profile FICI 2007. This limit, however, did not apply to banks and to authorized financial intermediaries.

<sup>40</sup> Article 4 (3) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006.

<sup>41</sup> Article 13 (1) of Legislative Decree no. 155 of 24 March 2006. Moreover, the effectiveness of such operations depended on, among other things, an authorization of the Italian Ministry of Labor and Social Policies.

<sup>42</sup> Article 1 (2) of the Decree. However, paragraph 2 provides an exception to this general rule by stating that the status of SE cannot be acquired by, *inter alia*, public administrations and single-member companies in which the only member is a natural person.

<sup>43</sup> See Article 2 (1) of the Decree.

Secondly, the general interest business activity has to be their main activity. To this aim, the law considers the main activity the one producing more than the 70% of the overall profits of SE<sup>44</sup>.

Thirdly, the no-profit requirement continues to exist in the new definition of SE. Profits (if any) have to be either employed for the implementation of SEs' activity or re-invested in the SE itself by means of a share capital increase<sup>45</sup>. The direct or indirect distribution of profits to the SE's directors, shareholders, workers etc. is still not allowed and, in order to avoid any abuses, the law also identifies the cases of indirect distribution<sup>46</sup> (which, compared to the former law, have been increased in number).

Thus, the core of the SE has been somehow preserved. What is new, then?

The interesting modification concerns the possibility of distributing profits. In fact, although, as mentioned, SEs are still defined as no-profit entities, the reform nevertheless provides an exception to the profit distribution prohibition. Admittedly, if a SE is set up as a partnership, limited liability company or co-operative, it may use less than 50% of its annual profits to increase its share capital or, above all, to distribute dividends to its shareholders. This is the "general" limit, whose purpose is ensuring that at least more than half of the SE's annual profits are employed for the implementation of SE's activity or re-invested in the SE by means of a share capital increase.

---

<sup>44</sup> See Article 2 (3) of the Decree.

<sup>45</sup> See Article 3 (1) of the Decree. SEs may, however, use a maximum of 3% of their annual profits in order to contribute to funds set up for the promotion and development of SEs.

<sup>46</sup> The law considers as indirect distribution of profits (Article 3 (1) of the Decree): a) the payment to directors, statutory auditors etc. of remunerations not proportionate to the activities they carried out, to their responsibilities and to their specific competencies and that are, however, higher to those recognized in legal entities operating in the same or similar sector and under similar conditions; b) the payment to workers of a remuneration higher than 40% of the amount envisaged for equivalent positions in the collective agreements; c) the payment of interests on financial instruments to subjects other than banks and financial intermediaries higher than 5% beyond the base lending rate; d) the purchase of goods and services, if a consideration higher than their normal value is paid; e) the transfer of goods and the supply of services to, *inter alia*, shareholders, associates, founders, members of the administrative board or of the board of auditors, applying conditions that are more favorable than those of the market (unless this is, pursuant to Article 2 of the decree, the activity of the SE); and f) the payment to subjects other than banks and authorized financial intermediaries of interests higher than the annual reference interest rate raised by 4%.

Additionally, an “individual” limit is set as well. In fact, SEs cannot distribute to each shareholder more than the maximum interest rate of the Italian postal savings certificates (the *buoni fruttiferi postali*, BFP) increased by 2.5%. This is the same limit set for the distribution of dividends to a particular category of shareholders in a specific type of cooperative, the so-called *cooperativa a mutualità prevalente*<sup>47</sup>.

Thus, notwithstanding the fact that the new law keeps on identifying SEs as non-profit entities, the distribution of dividends, even though limited, is today allowed.

With reference to interest payments<sup>48</sup> and SEs’ assets<sup>49</sup> the new framework is essentially the same.

If violations arise, the assets of SEs are assigned to funds set up for the promotion and development of SEs<sup>50</sup>.

The framework on social co-operatives is essentially the same: the provisions on SEs apply to them only in compliance with the specific framework on co-operatives and only insofar as compatible with it, but they are now SEs by law.

---

<sup>47</sup> This type of cooperative differentiates from the ordinary one because its activity, depending on the specific type of *cooperativa a mutualità prevalente*, shall be carried out for the most part in favor of its members, shall for the most part make use of their job performances or shall for the most part make use of goods and services provided by them. In addition, this type of cooperative has stricter limits than the ordinary cooperative as far as dividend distribution is concerned.

<sup>48</sup> The remuneration of financial instruments other than shares and held by subjects other than banks and financial intermediaries cannot be higher than the limit set for the distribution of profits increased by 2% (see Article 3 (2) c) of the Decree). Furthermore, the interests paid to subjects other than banks and financial intermediaries cannot be higher than the base lending rate increased by 4 points (see Article 3 (2) f) of the Decree).

<sup>49</sup> Mergers, splits and transformations are admitted only insofar as the non-profit nature of the SE is safeguarded. The sale of the company or of a branch is permitted and uncapped provided that it is realized in such way that ensures that the buyer keeps on carrying out the activities and on pursuing the goals of the SE. For all these operations the consent of the Italian Ministry of Labor and Social Policies is required. See Article 12 of the Decree.

In cases of winding-ups (*liquidazione coatta amministrativa*) the assets of SEs are assigned to funds set up for the promotion and development of SEs (See Article 14 of the Decree).

<sup>50</sup> See Article 15 (8) of the Decree.

**5. CIC vs SE: profit distribution.** This analysis focused specifically on profit distribution. In fact, despite the fact that there are other interesting profiles worth comparing<sup>51</sup>, this is the aspect on which the reform was most innovative.

The Italian system switched from a framework under which SEs were not allowed to distribute profits, to a more flexible one, pursuant to which, if an SE is set up as a partnership, limited liability company or co-operative it can distribute profits within the above-mentioned limits.

If the low number of Italian SEs is considered (par. 4), this shift may be a reaction of the Italian legislator to the compelling need to make SEs more attractive to investors: in fact, as for-profit ones, also non-profit entities, have the need to attract investments by recognizing to the investors some form of remuneration of their capital (Mosco 2017).

Therefore, the idea of giving access to SEs to dividend distributions within certain limits is understandable, although some concerns may arise (*infra*).

This mechanism, like the one arranged for CICs, is aimed at ensuring that the majority of profits are re-invested in the activities of the SE; however, between the two there are three main differences.

First of all, the m.a.d. system requires CICs to retain more profits than Italian SEs, with a spread between the two mechanisms of 15%. In fact, while the aggregate dividend cap is currently set at 35% (thus requiring CICs to re-invest at least 65% of their distributable profits in their activity), Italian SEs are required to re-invest at least 50%.

Secondly, to determine the amount of profits available for distribution, the UK legislation directly takes into account exempt dividends, which are not considered when calculating the aggregate dividend cap. Conversely, the Italian legislation does not envisage exempt dividends.

---

<sup>51</sup> One of the notable differences between UK CICs and Italian SEs concerns the identification of the social finality. In fact, in the UK, this task falls within the competence of a public regulator whereas in Italy, as in other countries such as France or Finland, the social finality is directly identified by the law. As observed (CAFAGGI F., IAMICELI P. 2008), this second option may be the symptom of a uniformity concern, whereas the former approach shows a higher consideration of the specific role of SEs.

Thirdly, Italian SEs suffer both a general limit and an individual one. Conversely, since 2014, the UK has removed all the other existing limits to dividend distributions in order to leave a single, general cap (the m.a.d.). This means that CICs may be even more attractive for investors: in fact, once the 35% cap is respected, there are no other specific limitations to dividend distributions and this may lead, at an individual level, to higher remunerations than those obtainable, in a comparable situation, by Italian SEs' shareholders.

The introduction of the individual limit was questioned. Indeed, it has been observed that, on one side, lacking the same possibility for other types of enterprises with social purposes, the possibility for the SEs to distribute profits may discourage the setting up of these other types of enterprises (Mosco 2017). On the other side, the individual limit to the distribution of profits - as seen (*supra*), borrowed from the legal framework on a specific type of cooperative, the *cooperativa a mutualità prevalente* - does not seem a workable solution with reference to SEs. Admittedly, there is a huge difference between the former and the latter. The *cooperativa a mutualità prevalente*, in fact, do not carry out their activity on the market (see footnote no. 47), whereas SEs do operate on the market, even though in specific areas (see *supra* par. 4.2). Therefore, the imposition of the individual limit, without the further provision requiring the enterprise to not operate mainly on the market as in the above-mentioned cooperatives, may not be enough to limit the distribution of profit. Furthermore, such a limit allows remunerations that, nowadays, are not easy to find on the market (Mosco 2017).

This, of course, depends on SEs being defined - as they still are - as non-profit entities. And this leads to the heart of the issue.

**6. Conclusions.** As stated (par. 4), while in the past SEs could not distribute profits, social co-operatives could (albeit within the limits set by their framework). It is not a coincidence that these co-operatives have in Italy traditionally represented the main model of enterprise operating in the social sector (see also footnote no. 33). Therefore, social co-operatives, already

before the reform, represented (and, still today, represent) a hybrid model. However, because of the difference between their specific objective (so-called *scopo mutualistico*) and the ordinary profit purpose (so-called *scopo lucrativo*), the notion of “hybrid” has, in this case, a meaning that does not completely coincide with its common understanding. Admittedly, not only does the co-operative characterization bring with it (in the same terms as those of the general model of the *cooperativa a mutualità prevalente*) the possibility of distributing part of the revenues generated, but also the primary objective of co-operatives itself (i.e. producing an advantage to their members by providing them goods, services and jobs at better conditions than those offered by the market) is partially hybridized by the provision requiring social co-operatives to operate in the general interest of the community, rather than exclusively that of their members, through the so-called *rappporto mutualistico* (i.e. the exchanges between a cooperative and its members aimed at producing an advantage for the latter).

Following the reform, the SEs set up as social co-operatives do not represent the only hybrid model of SE anymore.

In fact, although Italian SEs are still identified as non-profit entities, it is undeniable that the 2017 reform has determined for SEs set up as companies, too, a shift to a more markedly hybrid model, closer to that of the UK CICs.

The reform has, thus, aligned the framework on these SEs to that already in force for social co-operatives. Conversely, the SEs established in forms other than companies (e.g. associations, foundations) keep on being excluded from profit distributions and are, consequently, penalized.

Although the analysis of other SEs models does not fall within the scope of this work, it must nevertheless be underlined that hybrid forms of entities

comparable to SEs also exist in other countries such as, for example, Finland<sup>52</sup>, Belgium<sup>53</sup>, France<sup>54</sup> and, outside Europe, in the US<sup>55</sup>.

As noticed, the reform shows a better understanding of the relationship between profit and social purposes; it now seems clearer that the non-profit nature of a legal entity is not a direct consequence of its social purposes (D'AMBROSIO 2017).

If this is true, then, there are no obstacles for for-profit entities to take something from the nonprofits (i.e. also social purposes) and for the latter to take something from the former (i.e. the possibility to partially distribute profits).

Hence, profit and non-profit are getting closer and the recent thrive of hybrid legal entities seems to testify this. In an ideal scheme, until recent times, there were two extremes: nonprofits on one side, for-profit entities on the other. Nowadays, along the path from one extreme to another, there are many legal entities with several nuances.

Widening the focus, we may see this new “low-profit” Italian SE as a symptom of this hybridization process which lately, in Italy, seems to be increasingly frequent. A similar process, for example, took place recently with reference to amateur sport companies. Normally, amateur sport activities were carried out by associations without legal personality, associations with legal

---

<sup>52</sup> Finnish SEs, like L3Cs (see footnote no. 55), have no limits on profit distributions, but are nevertheless obliged to respect their mission (i.e. providing employment opportunities and work integration, see Section 1 of the Finnish Social Enterprise Act, Act no. 1351 of 30 December 2003).

<sup>53</sup> In Belgium the ‘*Sociétés à finalité sociale*’ are allowed to distribute profits, but a cap is set (Article 661 (5) of Belgium Companies’ Code provides that “*lorsque la société procure aux associés un bénéfice patrimonial direct limité, que le bénéfice distribué à ceux-ci ne peut dépasser le taux d’intérêt fixé par le Roi en exécution de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d’un Conseil national de la coopération, appliqué au montant effectivement libéré des parts ou actions*”).

<sup>54</sup> Also French “*sociétés coopératives d’intérêt collectif*” are allowed to distribute profits, although in a limited way. In fact, pursuant to Article 19-*nonies* of Law no. 47-1775 of 10 September 1947 (the articles on the *sociétés coopératives d’intérêt collectif* were introduced by Law no. 2001-624 of 17 July 2001), at least 50% of their profits must go to the indivisible reserve and the total amount of the distributions cannot exceed the sums left.

<sup>55</sup> In the U.S. the Low-Profit Limited Liability Company (L3C) is a specific type of limited liability company that shares features of both for-profit (L3C may distribute profits) and non-profit (L3C pursues charitable purposes) (see SERTIAL 2012; REISER 2010; TAYLOR 2009; BILLITIERI 2007). It is not possible to analyze L3Cs, but it is worth underlining that L3C models do not have specific requirements or limitations on profit distributions (e.g. SERTIAL 2012).

personality, limited liability companies or co-operatives. In any case, similarly to former SEs, the activity had to be carried out without profit and both direct and indirect profit distributions were prohibited.

However, the possibility for companies to carry out such activities for-profit was recently introduced<sup>56</sup>. Interestingly enough, however, (and differently from the new SEs), the legislator did not set any limits to profit distributions<sup>57</sup>.

By the same token, in the for-profit world, too, there are cases of shifts from the extreme to the center. Probably the most notable example is benefit corporations, firstly introduced in many states of the US and, more recently (2015), introduced also in Italy. It is not possible to analyze the frameworks on benefit corporations; however, in a nutshell, while pursuing profits, these corporations must operate in a sustainable and responsible manner and produce a “public benefit”. Furthermore, they overcome shareholders primacy by forcing directors to either just consider stakeholders’ interests or even balance them with shareholders’ profit maximization<sup>58</sup>.

Thus, it seems that the general trend is toward hybrid models and, depending on the models, one time non-profit is eroded, another one profit is. The absolute relevance of today’s social and environmental pressing problems, their importance in the current public debate and the shortcomings of the welfare state require nonprofit and for-profit businesses to join the challenge. If it is borne in mind that both models have limits<sup>59</sup> (e.g. TAYLOR 2009/2010), perhaps hybrid entities may represent an interesting path for legislators, also at a European level.

If SEs are put into this context, then, it should also be easier to accept their profit distribution mechanism.

---

<sup>56</sup> Article 1 (353 and 354) of Law no. 205 of 27 December 2017.

<sup>57</sup> From such perspective this model reminds L3Cs’ approach (see footnote no. 55).

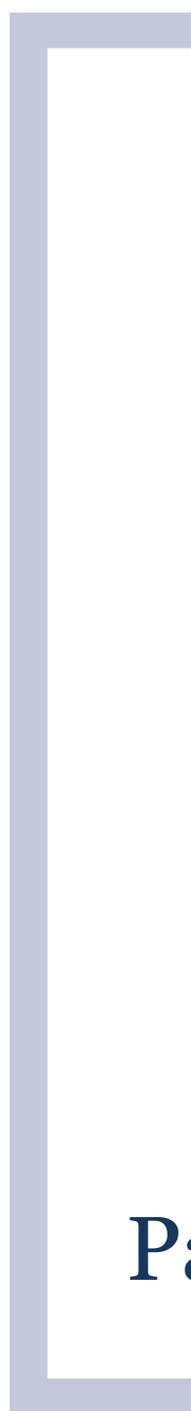
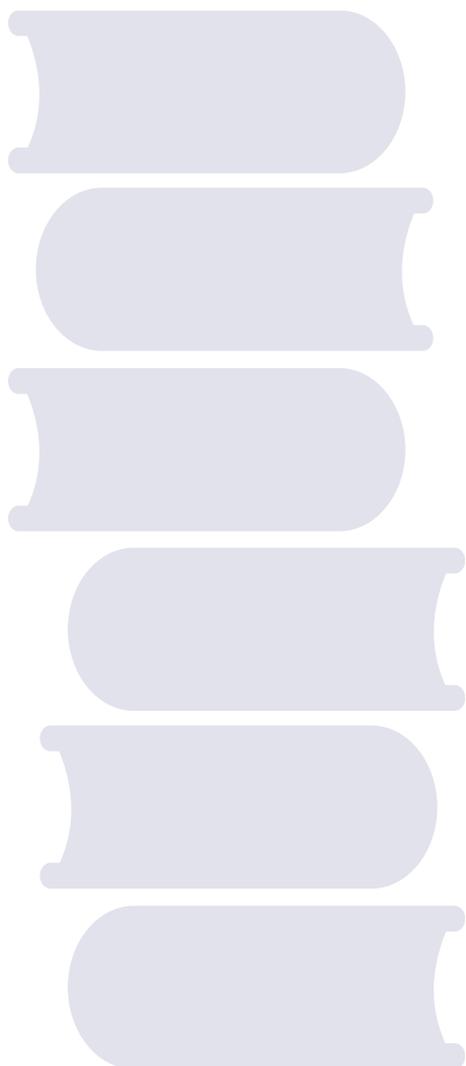
<sup>58</sup> On benefit corporations see, among the various: MOSCO, 2017; BAUCO and others, 2017; COCCIOLILLO, 2017; CASTELLANI and others, 2016; LENZI, 2016; MCDONNELL, 2014; GRANT, 2013.

<sup>59</sup> Nonprofits face more difficulties than for-profit entities in attracting capitals (e.g. they may have a limited access to capitals because of the prohibition to distribute profits and interests). For-profit entities, at the same time, because of shareholder primacy and of the profit maximization principle - that, although over time mitigated and, however, different in the various countries - keeps on playing an important role in corporate law - may be inadequate for pursuing social aims (even if they do so in addition to profit generation).

## References

- BACCHIEGA A., BORZAGA C., "L'impresa sociale come struttura di incentivo: un'analisi economica", in DEFOURNY and BORZAGA (a cura di), *L'impresa sociale in prospettiva europea*, Trento, 2001, p. 218 ff.;
- BATTILANA J. et al., LEE M., WALKER J., DORSEY C., "In Search of the Hybrid Ideal", in *Stanford Social Innovation Review*, 2012;
- BAUCO C., CASTELLANI G., DE ROSSI D., MAGRASSI L., "Le Società Benefit (Parte III). Qualificazione giuridica e spunti innovativi" in *Documenti della Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, gennaio 2017;
- BILLITTERI T.J., "Aspen Institute, Nonprofit Sector Research Fund, Mixing Mission and Business: Does Social Enterprise Need a New Legal Approach?", Highlights from an Aspen Institute Roundtable 5 (2007);
- CABRELLI D., "A distinct «social enterprise law» in the UK? The case of the 'CIC'", University of Edinburgh, School of Law, Research Paper Series No. 2016/27;
- CAFAGGI F., IAMICELI P., "New frontiers in the legal structures and legislation of social enterprises in Europe. A comparative analysis", EUI Working Paper Law no. 2008/16, European University Institute - Department of Law;
- CAPECCHI M., "Art. 3 - Assenza dello scopo di lucro. Disciplina dell'impresa sociale, commento all'art. 3 del d.lg. 24 marzo 2006, n. 155", in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2007, fasc. 1-2, pp. 363 ff.;
- CASTELLANI G., DE ROSSI D., RAMPÀ A., "Le Società Benefit. Prospettiva di una Corporate Social Responsibility con Commitment" in *Documenti della Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, maggio 2016;
- CASTELLANI G., DE ROSSI D., MAGRASSI L., RAMPÀ A., "Le Società Benefit (Parte II). In requiem alle imprese sociali" in *Documenti della Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, luglio 2016;
- CECOP "Comparative table of existing legislations in Europe", document elaborated in the framework of the CECOP European Seminar "Social enterprises and worker cooperatives: comparing models of corporate governance and social inclusion" Manchester, 2006;
- COCCIOLILLO M., "Scelte gestorie e finalità di beneficio comune nel nuovo modello di società benefit", in *LUISS Law Review* 1/17, p. 98 ff.;
- D'AMBROSIO M., "Lucreatività e scopo ideale alla luce della riforma del terzo settore", in *Rivista di diritto dell'impresa* 2/17, pp. 381-398;
- DEFOURNY J, NYSSSES M., "The EMES approach of social enterprise in a comparative perspective", WORKING PAPER NO. 12/03, 2012;
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, "Office for the regulator of Community Interest Companies: Information and guidance notice", May 2016;
- EUROPEAN COMMISSION, Communication "Social Business Initiative. Creating a favourable climate for social enterprises, key stakeholders in the social economy and innovation", 2011;
- EUROPEAN COMMISSION, "Social Enterprises and their Eco-systems: Developments in Europe", 2016;
- FICI A., "Assenza dello scopo di lucro", in *Commentario al decreto sull'impresa sociale*, FICI A., GALLETTI D. (edited by), Torino, 2007, p. 52 ff.;
- FICI A., EUROPEAN PARLIAMENT (Directorate-general for internal policies - Policy Department citizen's rights and constitutional affairs), "A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise", 2017;
- FOSTER W., BRADACH J.L., "Should Nonprofits Seek Profits", in *Harvard Business Review*, 83, Feb. 2005;
- GRANT J.K., "When Making Money and Making a Sustainable and Societal Difference Collide: Will Benefit Corporations Succeed or Fail?", *Indiana Law Review*, Vol. 46:581, 2013;
- HANSMANN H., "The Role of the Non profit Enterprise", in *The Yale Law Journal*, 1980, vol. 89, no. 5, p. 835 ff.;

- HANSMANN H., "Organization of Production in the Human Services". [PONPO working paper no. 200], 1994;
- HANSMANN H., "The role of trust in Nonprofit Enterprise", in Anheier, Ben-Neh (eds), *The study of non profit enterprise: Theories and Approaches*, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 2003, 115 ff.;
- IAMICELI P., "L'impresa sociale in Europa: alcuni spunti di comparazione", in *Beni comuni. Quarto rapporto sulla cooperazione sociale in Italia*, CENTRO STUDI CGM, EDIZIONI FONDAZIONE GIOVANNI AGNELLI, Torino, 2005, p. 425 ff., 2005;
- IRIS NETWORK REPORT, 2014;
- KERLIN J.A., "Social Enterprises in the United States and Europe: Understanding and learning from our differences", *Voluntas*, vol. 17, no. 3, 2006;
- LENZI D., "Le società benefit", in *Giur. Comm.* 6/2016, p. 894 ff.;
- MARASÀ G., "Impresa, scopo di lucro ed economicità", in *Analisi Giuridica dell'Economia - AGE* 1/2014;
- MCDONNELL B., "Committing To Doing Good and Doing Well: Fiduciary Duty in Benefit Corporations", *University of Minnesota Law School*, 2014;
- MOSCO G.D., "L'impresa non speculativa", in *Giur. Comm.* 2/2017;
- ORTMANN A., SCHLESINGER M.; "Trust, Repute, and the Role of Nonprofit Enterprise" in HELMUT K. ANHEIER, AVNER BEN-NER "The Study of Nonprofit Enterprise: Theories and Approaches", Kluwer/Plenum, 2002;
- REISER D.B., "Governing and Financing Blended Enterprise", in *85 Chicago-Kent Law Review* 619 (2010);
- SERTIAL H., "Hybrid Entities: Distributing Profits With A Purpose", in *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, Vol. 17, no. 1, 2012;
- TAYLOR C.R., "Carpe Crisis: Capitalizing on the Breakdown of Capitalism to Consider the Creation of Social Businesses", in *54 N.Y.L. SCH. L. REV.* 743, 758 (2009/2010);
- TRAVAGLINI C., BANDINI F., MANCINONE K., "Social Enterprise in Europe: Governance Models. An analysis of social enterprises governance models through a comparative study of the legislation of eleven countries", 2009;
- ZOPPINI A., "Una proposta introduttiva per la disciplina dell'impresa sociale", in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2000, p. 335 ff.



## Parte seconda

# Dossier monografico

## I nuovi principi contabili OIC



*Anche questo numero di LLR contiene un dossier monografico, dedicato questa volta alla riforma dei principi di redazione del bilancio a opera del d.lgs. n. 139/2015, attuativo della direttiva 2013/34/UE.*

*A seguito della riforma sono stati tra l'altro (i) modificati alcuni articoli del codice civile in materia di bilancio, (ii) chiarito il ruolo che svolgono i principi contabili nazionali emanati dall'OIC nel definire le regole applicabili alla redazione del bilancio, (iii) aggiornati dall'Organismo, nel 2016, diversi principi contabili, emendati da ultimo a dicembre 2017, (iv) modificato l'art. 83 del TUIR sul principio di derivazione del reddito dal risultato dell'esercizio.*

*Con l'introduzione di Livia Salvini, i contributi raccolti nel dossier esaminano sia i temi generali, civilisti e contabili, della riforma, sia le connesse novità fiscali.*



## *Introduzione*

Di **LIVIA SALVINI**

Il D. lgs. n. 139/2015, recependo la Direttiva 2013/34/UE, ha realizzato una riforma di ampia portata (anche se forse di non ampio respiro sistematico) nella disciplina civilistica del bilancio, nei principi contabili nazionali e, di conseguenza, nella disciplina del reddito di impresa ai fini IRES. Innanzitutto sono state apportate modifiche ed integrazioni all'art. 2423 *bis* cod. civ. recante i principi di redazione del bilancio di esercizio. Norma che, per la sua portata generale, si applica a tutte le tipologie di soggetti che redigono il bilancio secondo le norme civilistiche.

In particolare:

✓ ha riscritto il principio di prevalenza della sostanza economica, sopprimendo al n. 1 l'inciso "*nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato*", che tanti problemi interpretativi aveva dato, ed inserendo nello stesso articolo il n. 1 *bis*, in cui si prevede che "*la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione e del contratto*". Si sposta così il riferimento del termine "sostanza", passando dalla voce di bilancio all'operazione o al contratto;

✓ ha introdotto *ex novo*, nel comma 4, il principio di rilevanza, per il quale "*non occorre rispettare gli obblighi in tema di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa qualora la loro inosservanza abbia effetti irrilevanti al fine di fornire una rappresentazione veritiera e corretta.*"

L'art. 12 D. lgs. cit. rinvia ai principi contabili nazionali la funzione di declinare praticamente (come precisa la Relazione) questi principi generali, attribuendo in modo esplicito all'OIC il ruolo di aggiornare gli ITA GAAP sulla base delle disposizioni contenute nel decreto stesso; ciò nell'esercizio della funzione, riconosciuta all'Organismo dal D.lgs. n. 38/2005, di emanare i principi contabili nazionali. Come è stato osservato <sup>1</sup>, dunque, attualmente l'ordinamento contabile nazionale è imperniato sul codice civile e sui principi contabili emanati dall'OIC, potendosi così considerare *“in gran parte superate le incertezze circa la funzione e la collocazione giuridica di tali principi. Essi interpretano e, laddove necessario, integrano le disposizioni contenute nel Codice, così da definire un quadro quanto più possibile completo delle regole da applicare in sede di redazione del bilancio”*.

L'OIC ha pertanto modificato numerosi principi contabili <sup>2</sup>, tra cui l'OIC 12 (Composizione e schemi del bilancio di esercizio), ma non ancora l'OIC 11 (Bilancio di esercizio, finalità e postulati), che costituirà l'occasione per inquadrare, tra l'altro, la regola generale della prevalenza della sostanza economica. A quest'ultimo proposito, il principio da emanare dovrà anche chiarire un punto fondamentale, non precisamente individuato dal legislatore ed oggetto di dibattito, vale a dire se tale regola dovrà essere applicata dal redattore del bilancio anche in ipotesi non espressamente previste dagli OIC.

Dall'esame dei principi contabili modificati emerge che il concetto di prevalenza della sostanza sulla forma che è stato adottato è sì di carattere economico, ma tende comunque a dare una rappresentazione (sostanziale) degli effetti giuridici dei contratti, senza giungere al superamento della forma giuridica e dei relativi effetti <sup>3</sup>.

Per coordinare la normativa fiscale con la nuova disciplina OIC, in sede di conversione del decreto Milleproroghe (art. 13 *bis* L. n. 19/2017 di conversione del D.l. n. 244/2016) è stato modificato l'art. 83 TUIR, recante il principio di

---

<sup>1</sup> Cfr. Assonime, circ. n. 14/2017, par. 2.3.

<sup>2</sup> Si veda al riguardo la nota di presentazione, dove vengono indicate, a titolo esemplificativo, numerose modifiche volte specificamente al recepimento dei principi generali in commento.

<sup>3</sup> Cfr. Assonime cit., par. 3.5.

derivazione del reddito dal risultato di bilancio ai fini della determinazione dell'IRES. Nella sostanza, per i soggetti OIC *adopter* (ma tornerò poi su questa definizione) si applica un principio di “derivazione rafforzata” analogo a quello già previsto per gli IAS *adopter*. Valgono dunque anche per tali soggetti i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio previsti dai principi contabili.

Bisogna poi ricordare che il D. lgs. n. 139/2015 ha anche semplificato gli adempimenti delle società di capiteli in materia di bilancio, prevedendo:

✓ al nuovo art. 2435 *bis*, la redazione del bilancio in forma abbreviata (essenzialmente raggruppamento delle voci) e l'esonero dalla presentazione del rendiconto finanziario per le società, che non abbiano emesso titoli negoziati in mercati regolamentati, quando, nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti:

- 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro;
- 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro;
- 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità;

✓ nell'art. 2435 *ter*, che sono considerate micro-imprese le società di cui all'art. 2435 *bis* che nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti:

- 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 175.000 euro;
- 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 350.000 euro;
- 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità.

Le micro-imprese (nella cui categoria rientra – è appena il caso di ricordarlo – la maggior parte delle imprese italiane, ma nella quale potrebbero rientrare – come da più parti è stato già notato – anche soggetti assai rilevanti sotto il profilo patrimoniale come le *holding* industriali qualora non soddisfino i requisiti di cui ai nn. 2 e 3) applicano per la redazione del bilancio le stesse regole dettate per la forma abbreviata. Tuttavia esse sono esonerate dalla redazione:

- 1) del rendiconto finanziario;

2) della nota integrativa e della relazione sulla gestione quando le informazioni essenziali (espressamente individuate dalla legge) risultino in calce allo stato patrimoniale.

Tali disposizioni rispondono alla logica, fatta propria dalla Direttiva, di graduare gli oneri contabili in ragione della dimensione delle imprese, evitando oneri amministrativi sproporzionati rispetto alle reali esigenze informative.

Ora, secondo il nuovo art. 83 TUIR le micro-imprese di cui all'art. 2435 *ter* cod. civ. restano escluse dalla nuova "derivazione rafforzata"; l'esclusione sembra disposta con riferimento oggettivo alla categoria, e dunque indipendentemente dal fatto che l'impresa si avvalga o meno degli indicati esoneri dagli adempimenti contabili.

Questa esclusione mi dà l'occasione di fare qualche considerazione critica – senza togliere spazio ai relatori, ma anzi fornendo qualche spunto che forse potrebbe essere raccolto – sul nuovo sistema di tassazione del reddito di impresa sotto il profilo soggettivo.

In primo luogo si può osservare che non appare del tutto chiaro, sotto il profilo sistematico, perché le micro-imprese siano state escluse dal principio della derivazione rafforzata. Esse infatti applicano, al pari delle imprese che redigono il bilancio in forma abbreviata, i principi OIC, con la sola esclusione di quelli relativi al costo ammortizzato e ai derivati<sup>4</sup>, applicando quindi la regola della prevalenza della sostanza sulla forma. Non vi è per il resto differenza tra i rispettivi bilanci, ma solo nella documentazione ulteriore (rendiconto finanziario e nota integrativa), che come si è visto le micro-imprese non sono tenute a redigere. Per effetto dell'esclusione, tali imprese restano le uniche che ancora soggiacciono agli oneri del doppio binario civilistico-fiscale (ovvero alla regola della "derivazione semplice"), oneri che per gli altri soggetti passivi IRES sono stati eliminati e che sono ora tanto più gravosi in quanto i nuovi principi OIC accentuano, con la loro impostazione sostanziale, le differenze rispetto alle regole fiscali. Si può dubitare della opportunità di tale scelta legislativa, tanto

---

<sup>4</sup> È proprio nel divieto per le micro-imprese di valutare al *fair value* i derivati che l'Agenzia delle Entrate (Telefisco 2018) ha individuato la *ratio* della loro esclusione dall'applicazione del principio di derivazione rafforzata.

più che le micro-imprese, come tutti gli altri soggetti passivi, applica no ai fini IRAP la regola della piena derivazione dal bilancio, senza variazioni, così massimizzando la divergenza tra gli imponibili rispettivamente rilevanti ai fini delle due imposte.

Altro interrogativo riguarda l'applicazione del principio di "derivazione rafforzata" alle imprese individuali e alle società di persone commerciali.

Si deve ricordare, a questo proposito, che la legge di bilancio 2017 (L. n. 232/2016) ha modificato le regole, recate dall'art. 66 TUIR, per la determinazione della base imponibile IRPEF delle imprese minori in contabilità semplificata (principalmente imprenditori individuali e società di persone commerciali), che non abbiano optato per la contabilità ordinaria. Per esse si applica un criterio misto competenza-cassa: cassa per costi e ricavi; competenza per le altre componenti reddituali.

Per quanto riguarda i restanti soggetti IRPEF (imprenditori individuali e società di persone commerciali in contabilità ordinaria per legge o per opzione) si applica per la determinazione del reddito di impresa l'art. 55 TUIR che, come è noto, rinvia – salve le deroghe specifiche – alle regole IRES, e dunque anche – almeno astrattamente - a quelle indicate dall'art. 83 TUIR. Quest'ultima norma, d'altra parte, riferisce l'applicazione la regola della derivazione rafforzata ai soggetti passivi che "*redigono il bilancio in conformità alle disposizioni del codice civile*". Di qui la domanda se la regola in questione valga anche per questi soggetti (che, si rammenta, non sono micro-imprese, perché possono essere tali solo le società di capitali). La risposta appare quanto mai dubbia, in relazione al fatto che non è, allo stato, chiaro già sotto il profilo civilistico se ad essi si applichino o meno - alla luce delle previsioni dell'art. 2217 cod. civ. che impongono di attenersi ai criteri di valutazione previsti per le società di capitali -, le regole del bilancio civilistico dettate per queste ultime e quindi i nuovi principi OIC, in relazione ai quali è stata dettata la regola della derivazione rafforzata.

Qualora dovesse prevalere l'opinione negativa <sup>5</sup>, ne risulterebbe una disciplina "a macchia di leopardo", in cui si assiste ora addirittura ad una tripartizione dei soggetti passivi delle imposte sul reddito, ciascuno con il suo *set* di regole per la determinazione della base imponibile: derivazione rafforzata per gli IAS *adopter*, derivazione rafforzata secondo regole diverse per gli OIC *adopter*, derivazione semplice per le società di capitali qualificabili come micro-imprese, per le società di persone e per le imprese individuali <sup>6</sup>.

Questa frammentazione di discipline, dai contorni invero non certi, ripropone con decisione un tema già affrontato a seguito dell'introduzione del principio di derivazione rafforzata per gli IAS *adopter*, e cioè quello della conformità agli artt. 3 e 53 Cost. della previsione di criteri differenti di determinazione della base imponibile per le diverse categorie di soggetti, a seconda dei principi contabili adottati. Non voglio certo affrontare qui questo tema, che è tra l'altro trattato molto bene in dottrina (Zizzo tra i primi, Melis, e da ultimo Grandinetti nella sua monografia). Tali Autori, seppur con diversità di argomenti e – in parte – di conclusioni hanno messo in luce come si possa fondatamente dubitare della legittimità di un sistema che conduce inevitabilmente, in presenza degli stessi fatti giuridici ed economici, alla determinazione di basi imponibili diverse. Se è vero che in molti casi si tratta di differenze che sono destinate a riassorbirsi nel tempo, non è invero certo che ciò accada e neanche quali siano i tempi di tale riassorbimento. Mentre è comunque certo che anche una mera anticipazione finanziaria di imposte dovute da parte di un'impresa rispetto ad un'altra comparabile si traduce per la prima in un danno misurabile.

Mi limito ad osservare, sul punto, che le perplessità che sono state sollevate non possono che acuirsi laddove la linea di demarcazione tra chi applica il principio di derivazione rafforzata e quello semplice sembra più assomigliare ad un *zigzag* che ad una logica e netta cesura e soprattutto

---

<sup>5</sup> Secondo l'Agenzia delle entrate (Telefisco 2018) alle società di persone – e dunque, per gli stessi motivi, agli imprenditori individuali – non si applica il principio di derivazione rafforzata.

<sup>6</sup> Nonché per gli intermediari finanziari non IAS che seguono regole autonome per la redazione del bilancio.

laddove ci sono soggetti, come le micro-imprese, ai quali è *tout court* precluso l'accesso alla derivazione rafforzata. E ciò, come si è rilevato, in assenza di apprezzabili esigenze di semplificazione.



## *Profili civilistici dei nuovi principi contabili OIC*

di **GIORGIO MEO**

**SOMMARIO:** **1.** LA CONTABILITÀ COME STRUMENTO CONVENZIONALE DI RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI D'IMPRESA - **2.** PRINCIPI DI REDAZIONE DEL BILANCIO E CONCEZIONE DELL'IMPRESA - **3.** MISURAZIONE DEL PROCESSO IN FUNZIONAMENTO E LETTURA "ISTITUZIONALE" DELL'IMPRESA - **4.** L'AVVENTO DELL'INVESTIMENTO FINANZIARIO: L'IMPRESA DA VALORE IN FORMAZIONE A VALORE CHE HA NECESSITÀ DI ESSERE SCAMBIATO ISTANTANEAMENTE SUL MERCATO - **5.** CAPOVOLGIMENTO DELLE FINALITÀ DELL'INFORMAZIONE D'IMPRESA - **6.** RIFLESSI NELLA DISCIPLINA ATTUATIVA DELLA DIRETTIVA 2013/34/UE - **7.** IMPLICAZIONI IN RELAZIONE AI PRINCIPI CIVILISTICI DI REDAZIONE DEL BILANCIO D'ESERCIZIO - **8.** IL NODO SOTTOSTANTE: LA DISTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER L'INFORMAZIONE RIVOLTA AL MERCATO DELL'INVESTIMENTO.

**1. La contabilità come strumento convenzionale di rappresentazione dei fatti d'impresa.** La contabilità è uno strumento con cui l'impresa rappresenta se stessa. Strumento di origine convenzionale di tipo tecnico, attraverso il quale la comunità economica pone il bisogno informativo e ne stabilisce le regole, appunto tecniche. La norma fa propria la convenzione tecnica, in quanto ne condivide l'esigenza informativa e gli strumenti di rappresentazione, talvolta, peraltro, valendosi di essi anche a fini ulteriori e specifici.

La disciplina della rappresentazione dei fatti d'impresa riflette, perciò, la concezione giuridico-politica dell'impresa, diremmo la sua concezione "istituzionale". L'impresa, cioè, si rappresenta in quel modo in quanto essa è giuridicamente concepita, nel suo interagire con le altre imprese, con i cittadini, con lo Stato (impositore, controllore, sanzionatore) e con gli investitori così come si rappresenta, vale a dire come organizzazione economica portatrice di una propria configurazione, di un proprio "valore".

Rispetto a quel "valore" l'impresa registra quotidianamente i fatti gestionali, secondo tecniche coerenti al "valore" stesso. E annualmente rappresenta la sintesi economico-patrimoniale di quei fatti, attraverso la chiusura convenzionale dell'esercizio.

La disciplina civilistica italiana (e per larghi versi quella europea della fase “iniziale” della IV Direttiva e suoi adattamenti) restituisce una concezione giuridica dell’impresa molto netta. L’impresa è riguardata come un processo in funzionamento, nel quale sono inscindibilmente aggregati gli elementi dell’attivo e del passivo (concepiti come valori d’impresa di segno positivo e negativo, senza alcun rapporto con le teorie privatistiche dell’“appartenenza” e della “espropriabilità”, dunque della “garanzia” per i creditori); e processo il cui valore economico è incessantemente in formazione, in quanto costituente il riflesso dell’incremento/decremento apportato dal processo di formazione del reddito all’investimento di capitale iniziale.

**2. Principi di redazione del bilancio e concezione dell’impresa.** I principi giuridici relativi alla rappresentazione annuale di bilancio, in questa prospettiva, costituiscono il coerente riflesso della concezione giuridica dell’impresa posta alla base della disciplina contabile:

- prudenza, come criterio di controllo volto a prevenire l’eventualità che siano dati già come acquisiti effetti economico-patrimoniali ancora in divenire e che, per converso, effetti potenzialmente sfavorevoli vengano fatti immediatamente emergere indipendentemente dalla loro futura concreta traduzione in fatti pregiudizievoli;

- competenza, come criterio di allocazione della paternità temporale degli eventi economici al momento genetico, indipendentemente dalla manifestazione dei relativi effetti, onde rendere plausibile il risultato del periodo di riferimento;

- continuità, come criterio di salvaguardia della coerenza dei valori espressi in bilancio rispetto alla persistenza della possibilità del raggiungimento degli obiettivi per i quali l’impresa è nata e opera.

L’impianto normativo del trattamento giuridico dei valori così registrati è parimenti coerente a quella concezione.

L’utile non è appropriabile da parte dei soci se non realmente formatosi, se non “realizzato”.

Vengono assicurati, mediante regole prescrittive concernenti la destinazione dell'utile, presidi patrimoniali a protezione dell'investimento di capitale iniziale.

L'intero sistema organizzativo dell'impresa societaria si incentra sull'ancoraggio del potere di gestione all'investimento iniziale espresso dal capitale, che la contabilità è ispirata a proteggere ovvero a ripristinare, in caso di perdita.

Tutto ciò si esprime nel carattere che contraddistingue l'impostazione civilistica del bilancio di esercizio, ravvisabile nella sua fondamentale unità: conto economico e stato patrimoniale vengono concepiti e disciplinati come in immediato e diretto raccordo, l'uno il riflesso dell'altro. Salvo casi eccezionali – puntualmente previsti, e tassativamente, dalla legge – in cui è ammessa l'emersione di meri valori patrimoniali non transitanti dal conto economico, tutto è reddito, e il reddito costituisce l'ideale incremento/decremento (addendo algebrico) rispetto al valore patrimoniale di inizio periodo.

**3. Misurazione del processo in funzionamento e lettura “istituzionale” dell'impresa.** Lo sforzo della contabilità di bilancio, in questo contesto, è tradurre in rilevazioni istantanee di “fine periodo” processi di formazione del reddito non conclusi, operando un raccordo fra ideali segmenti gestionali in sequenza temporale onde rappresentare lo stadio attuale ragionevolmente misurabile del processo, il quale non conosce tuttavia, nella sua realtà socio-economica, soluzione di continuità.

È, questo, il carattere con cui si è soliti rappresentare didascalicamente la chiusura annuale del bilancio nei termini di un'artificiosità convenzionale rispetto all'ininterrotto fluire delle vicende d'impresa, in cui reddito “di periodo” e capitale di funzionamento misurato a “fine periodo” secondo le tecniche contabili convenzionali costituiscono due facce inscindibili della stessa medaglia.

Sotto tutto ciò vi è, come detto, una concezione “istituzionale” dell'impresa.

L'impresa riguarda se stessa come valore in formazione, a beneficio dei propri soci, per la remunerazione periodica dell'investimento, dei propri organi, quando alle *performance* sono legate le loro remunerazioni e più in generale per valutarne il merito ai fini della conferma e dalla revoca della carica, del fisco, dei creditori e degli investitori, destinatari finali della disciplina di protezione del capitale e dell'informazione.

Ma l'impresa è anche riguardata dall'esterno come tale. Si intende con ciò dire che la disciplina della contabilità riflette un contesto storico in cui le stesse scelte di investimento sull'impresa e nell'impresa si misurano sul suo valore "in formazione", cioè sulla sua capacità di remunerare i fattori produttivi nel medio-lungo termine e, in definitiva, sulla sua stabilità sul mercato.

Si investe per questo, cioè, nel capitale dell'impresa, nel senso che i soggetti investitori istituzionali effettuano le proprie decisioni di investimento e sono giudicati nelle loro scelte di investimento per aver correttamente ponderato il valore in formazione rappresentato dall'impresa e per aver scommesso bene su questo, in quanto il ritorno dell'investimento dipende dal buon esito dei processi gestionali in corso.

**4. L'avvento dell'investimento finanziario: l'impresa da valore in formazione a valore che ha necessità di essere scambiato istantaneamente sul mercato.** Questo quadro appartiene a una fase storica, caratterizzata dalla prevalenza dell'investimento bancario nell'impresa, in cui concezione dell'investimento come concorso ai processi di formazione del valore e concezione dell'impresa si fondano su un comune modo di intendere la contabilità d'impresa, che si riflette sulla sua disciplina positiva.

Il quadro muta progressivamente con l'avvento (dalla metà degli anni Ottanta in Italia, molto prima nel contesto anglosassone e, in parte, europeo) dell'intermediazione finanziaria non bancaria.

Rispetto a quest'ultima, l'impresa diviene oggetto di investimento non più – direttamente o indirettamente, nel senso sopra detto – industriale bensì

finanziario. Le direttrici lungo le quali si è sviluppata questa evoluzione sono note.

L'ingresso degli investitori istituzionali finanziari nel capitale delle imprese industriali ha segnato un accorciamento della prospettiva temporale entro cui vengono concepiti i processi d'impresa: da processi tendenzialmente indefiniti nei loro limiti temporali a processi il cui limite è segnato dal disinvestimento, generalmente a breve-medio, difficilmente a lungo.

Gli intermediari finanziari hanno progressivamente esercitato pressioni dettate dalla loro esigenza di un'*accountability* istantanea, dovendo essi stessi, quali, appunto intermediari – dunque investitori di secondo grado – assicurare in via continuativa l'ingresso e l'uscita dei propri investitori dall'investimento.

Per altro verso, la “debancaizzazione” e la “finanziarizzazione” del credito, tradottasi nel collocamento di titoli di debito di massa, *bonds*, obbligazioni, nonché nella cartolarizzazione della partecipazione al capitale di rischio, ha attribuito centralità al momento della circolazione come il perno del processo di investimento e disinvestimento, con la conseguente esigenza di determinazione e informazione circa il “prezzo” istantaneo di negoziazione.

Nelle sue forme più evolute, il processo di cartolarizzazione del rischio ha dato luogo a strumenti finanziari via via più complessi rispetto ai tradizionali titoli rappresentativi di una partecipazione diretta al rischio del processo imprenditoriale. Si è passati dai derivati di mera copertura ai derivati su strumenti finanziari e su operazioni in corso, ai derivati su sottostanti meramente virtuali. Ciò ha prodotto una moltiplicazione indefinita, con una crescita “a spirale” del livello della “scommessa” sull'evento futuro, rispetto a cui il fatto gestionale dell'impresa prenditrice di finanza resta remoto, ove non addirittura inesistente.

**5. Capovolgimento delle finalità dell'informazione d'impresa.** Il processo sopra brevemente evocato ha condotto, quale suo riflesso inevitabile, alla modificazione radicale delle finalità dell'informazione d'impresa.

Da informazione di tipo industriale, con oggetto il valore in formazione del processo gestionale in corso, ampiamente prospettico e basato su rilevazioni di tipo assuntivo, l'informazione diviene di tipo finanziario, con oggetto un ragionevole valore di scambio istantaneo della posizione di rischio rivestita nell'impresa, in una nuova prospettiva "liquidatoria" mirante a far emergere l'ideale valore attuale di cessione del rischio connesso con gli *asset* e con il compendio nel suo complesso.

Questa modifica è frutto, inevitabilmente, della mutata concezione "istituzionale" dell'impresa, da soggetto di un'azione industriale (riflesso "oggettivo" dell'imprenditore-gestore) a oggetto di investimento finanziario, provocata a sua volta dall'acquisita prevalenza dell'investitore *stakeholder* sull'imprenditore-attore del processo di formazione del reddito, il quale reperisce presso il primo la finanza necessaria al processo.

La prospettiva temporale della rilevazione contabile passa conseguentemente da una prospettiva "di periodo", ampiamente convenzionale e arbitraria nell'ottica del processo ininterrotto d'impresa, a una prospettiva "dell'istante", teoricamente di qualunque istante del segmento temporale unitario, con una tendenza all'infinito in cui si renderebbe inutile la stessa rilevazione annuale in favore di una rilevazione giornaliera, ove non addirittura infragiornaliera.

**6. Riflessi nella disciplina attuativa della Direttiva 2013/34/UE.** Le manifestazioni più evidenti di questa tendenza si registrano nell'approdo ultimo normativo del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139 attuativo della Direttiva 2013/34/UE.

a) I "valori" si appostano in taluni casi ben prima che possano dirsi "formati", e comunque non in una logica di valori "in formazione" bensì di stima istantanea, indipendentemente dall'eventuale loro futura effettiva formazione.

b) Il patrimonio netto non è il punto di congiunzione fra situazione patrimoniale e conto economico. Nascono, piuttosto, nuove "fasce" di patrimonio netto, non più espressione del reddito in formazione né di meri valori

patrimoniali bensì ispirate a finalità meramente informative circa situazioni in essere.

È il caso delle riserve da accendere a fronte di plusvalenze su derivati nella parte in cui esse non concorrono al conto economico (così è, secondo la regola del d.lgs. n. 139/2015 – peraltro difforme rispetto a quella contenuta nel d.lgs. n. 38/2005 per le imprese “*IAS compliant*” – per i derivati di copertura di flussi finanziari di altri strumenti finanziari o di operazioni in corso) e quello delle plusvalenze su derivati che, pur concorrendo al conto economico, non sono disponibili a finalità di ripianamento delle perdite ovvero di capitalizzazione (oltre che nel caso sopra detto, la regola, è ritenuta applicabile ai sensi del d.lgs. n. 139/2015 ai derivati non utilizzati o non necessari per la copertura, diversamente da quanto prevede il d.lgs. n. 38/2005 per le imprese che applicano i principi contabili internazionali).

Ma è questo il caso anche della nuova tecnica di rappresentazione delle azioni proprie, in cui, con l’eliminazione del metodo “binario” articolato nell’appostazione in attivo di stato patrimoniale bilanciata dall’iscrizione di pari riserva di patrimonio netto e con l’elisione dell’*asset* dall’attivo patrimoniale e l’imposizione di una mera riserva negativa di patrimonio netto, il legislatore ha destituito di qualunque significato il valore attivo atteso della futura rimonetizzazione tramite rivendita delle azioni proprie in favore dell’effetto istantaneo redistributivo di frazioni di patrimonio ai soci. È stata in tal modo prescelta un’ottica tipicamente istantanea, in luogo di quella industriale “di continuità”, ottica estranea, in genere, alla decisione di un gruppo di comando di far effettuare alla società acquisti di azioni proprie, la quale normalmente non si giustifica nell’intento di riappropriazione dei conferimenti da parte dei soci venditori, quanto piuttosto nell’obiettivo organizzativo di “appropriazione” della corrispondente frazione di potere.

c) Gli strumenti finanziari derivati fanno per la prima volta il loro ingresso da “sotto” a “sopra la linea” concorrendo, sia pur con tecniche diverse corrispondenti alle loro diverse tipologie, all’informazione quantitativa di bilancio, ora con diretto rilievo delle plusvalenze e minusvalenze rilevate a fine

periodo nel conto economico di riferimento (così per i derivati di copertura di elementi patrimoniali iscritti nell'attivo di bilancio e per i derivati speculativi), ora con esclusivo rilievo patrimoniale senza transitare per il conto economico (così per i derivati di copertura di flussi finanziari di altri strumenti finanziari e di operazioni in corso).

d) Acquisisce centralità il criterio valutativo del *fair value*, quale criterio divenuto generale per la valutazione degli elementi patrimoniali, con regressione, fino addirittura alla sua eliminazione testuale dal dettato normativo, del criterio della "funzione economica" dell'elemento dell'attivo su cui si fondava la metodologia valutativa prima della riforma.

e) Si introduce un principio di valutazione istantanea del valore del credito, attraverso l'introduzione del criterio del costo ammortizzato.

In una prospettiva industriale la valutazione istantanea è sotto più aspetti irrilevante, e in certo senso snaturante. Ciò tanto più nella logica dei finanziamenti a tassi inferiori rispetto a quelli di mercato (quali sono tipicamente i finanziamenti infragruppo), oggi penalizzata, nel bilancio dell'entità finanziatrice, dall'esigenza di appostazione del valore del credito mediante il criterio dell'attualizzazione dell'interesse a tassi di mercato avuto riguardo allo sviluppo temporale dell'operazione, che può condurre a valutazioni ampiamente inferiori rispetto al valore nominale.

f) Nella prospettiva del valore istantaneo perde significato, nella nuova disciplina, l'area dei componenti straordinari di reddito, che sparisce dalla struttura del bilancio e viene assorbita nell'obbligo di rappresentazione dei componenti genericamente caratterizzati da "eccezionalità", per tale intendendosi qualunque scostamento rispetto ad eventi "ordinari", quale ne sia l'area di formazione, da imputare perciò nel luogo generico e generale in cui vengono rilevati i componenti di reddito.

g) Parimenti, la centralità dell'esigenza informativa istantanea sembra essere alla base della svalutazione del valore informativo dei conti d'ordine. L'area "sotto la linea" non è ritenuta meritevole di specifica rilevazione, non perché, in una prospettiva di continuità, i dati ivi contenuti non siano suscettibili

di “salire sopra la linea” in un qualunque momento della prosecuzione gestionale, bensì perché ciò offuscherebbe la percezione del valore strettamente contabile e aprirebbe all’interprete del bilancio la strada obbligata di un’analisi valutativa sui processi in corso. Il tema si riduce, pertanto, a una mera informativa da inserire in nota integrativa. Il tutto, non occorre sottolinearlo, con una complessiva perdita informativa rispetto alla tradizionale prospettiva di continuità.

h) Si impone una nuova esigenza di individuazione delle dinamiche finanziarie e di apprezzamento del valore attuale dei flussi di cassa.

Frutto anche della fase di crisi finanziaria attraversata dal sistema economico globale negli ultimi anni, l’introduzione del rendiconto finanziario tra le scritture costituenti il compendio inscindibile qualificato “bilancio d’esercizio” ha il proprio fondamento nella concezione della “cassa” come strumento di controllo della persistenza del capitale e della capacità dell’impresa a servire il debito, dunque anche della capacità dell’investimento di rischio a “ripagarsi”, dopo aver concorso ad assolvere al servizio del debito.

**7. Implicazioni in relazione ai principi civilistici di redazione del bilancio d’esercizio.** Il mutato contesto sopra descritto richiede alla scienza civilistica del bilancio nuovi sforzi interpretativi e ricostruttivi.

Viene posta l’urgenza, in primo luogo, di un’analisi di impatto della mutata disciplina sui tradizionali principi civilistici di redazione del bilancio che sono figli, come detto in apertura, di quella concezione industriale dell’impresa come processo in formazione e della conseguente forzatura costituita dalla segmentazione della rilevazione “di periodo” rispetto a fenomeni in divenire che non conoscono soluzioni di continuità.

Il principio di prudenza subisce il *vulnus* dell’ingresso, in bilancio, di valori non ancora formati, anche attivi.

Il principio di continuità cede il passo all’esigenza di garantire una rilevazione, e quindi una valutazione, istantanea di elementi patrimoniali anche

a prescindere dal loro valore economico e senza riguardo ai potenziali riflessi in termini di prosecuzione gestionale.

Il principio di competenza viene ampiamente alterato dai processi valutativi basati sul *fair value* e modificato nella sua stessa concezione di fondo nell'applicazione di criteri come quello del costo ammortizzato.

Viene in gioco, dunque, il concetto stesso di verità-correttezza-chiarezza del bilancio, tutte formule che, mantenute nella loro accezione tradizionale, hanno ormai in sé elementi eccessivi di ambiguità.

Riflesso di quanto appena detto è, per altro verso, la necessaria rilettura del fondamento civilistico del confine tra verità e falsità dell'informazione contabile, che costituisce il perno dell'intero sistema sanzionatorio sia sul piano penale che su quello civile.

Con ulteriori implicazioni, sotto quest'ultimo profilo, non soltanto in termini di fattispecie di invalidità (e conseguentemente di interessi lesi, di legittimazione ad agire, di sanabilità, ecc.) ma anche di riflesso dell'invalidità civilistica del bilancio sugli atti societari che da esso prendono origine, dove è tutta da verificare l'impostazione "atomistica" originaria in favore di una lettura che è costretta, ormai, a riconoscere al bilancio almeno contemporaneamente più funzioni, da quelle informativa sui valori in formazione – su cui si fonda la portata organizzativa del capitale – a quella informativa del valore attuale del rischio negoziabile istantaneamente sul mercato.

**8. Il nodo sottostante: la distribuzione della responsabilità per l'informazione rivolta al mercato dell'investimento.** Ma, forse, la prospettiva più stimolante cui può contribuire l'analisi civilistica è quella della portata dell'innovazione legislativa in termini di "dislocazione" delle responsabilità dell'investimento.

Si registra, infatti, nel mutato contesto normativo, il cambio di concezione "istituzionale" più eclatante circa il ruolo attribuito all'imprenditore nella confezione dell'informativa contabile a beneficio del mercato. Si tratta di un mutamento verso cui ha spinto la categoria dell'investimento finanziario, che

aspira a deresponsabilizzarsi nella conduzione del giudizio sul valore d'impresa, anche a causa del fatto di esserne divenuta progressivamente disinteressata in quanto il ritorno dell'investimento non è più propriamente legato alla capacità dell'impresa di onorarlo bensì alla percezione di tale capacità da parte del mercato secondario, trovando l'investitore in quest'ultimo, piuttosto che negli obiettivi gestionali di medio e lungo periodo dell'impresa, le condizioni per il recupero del proprio investimento.

L'informativa d'impresa diviene così uno strumento cui l'investitore istituzionale ha interesse per la sua attitudine a indurre un altro investitore a scommettervi, liberando il primo, e non in sé, fino al punto che può essere scambiato sul mercato un rischio perfino avulso da una posizione di rischio reale o così remoto, quanto a suo sviluppo esponenziale, rispetto ai fatti primari d'impresa da poterli ormai sostanzialmente ignorare.

Il bilancio d'esercizio vede modificata la propria funzione, in questa prospettiva, da strumento gestionale a strumento di misurazione delle condizioni istantanee dell'investimento/disinvestimento. Si tratta di una funzione che non competerebbe in via naturale all'imprenditore, il quale si muove nella diversa lunghezza d'onda dei processi in continuità.

Il diritto, accogliendo i principi contabili progressivamente divenuti serventi alle finalità dell'investimento finanziario nell'impresa, si è piegato ad esse.

Ne consegue che la più grande novità portata dalle ultime riforme della contabilità d'impresa è che oggi viene richiesto allo stesso imprenditore di effettuare la valutazione "istantanea" a beneficio dell'investitore finanziario attuale e potenziale, deresponsabilizzandolo, laddove, prima, all'imprenditore competeva rendere la rappresentazione contabile del processo industriale in divenire, agli analisti e agli investitori fare il proprio compito di analisi su cui si giudicava la loro diligenza e responsabilità, e alle autorità di controllo presidiare, da un lato, la correttezza del bilancio ai suoi fini propri, dall'altro vigilare sulle scelte degli investitori nella prospettiva del rispetto dei doveri afferenti all'investimento.

I nuovi principi rappresentano dunque il frutto della pressione esercitata da forze economiche “prevalenti” su forze economiche “recessive”, la quale ha modificato il valore del bilancio come strumento di allocazione delle responsabilità per le scelte di investimento e per l’effettuazione dei corrispondenti controlli da parte delle autorità preposte.

Quanto sopra apre a compiti interpretativi nuovi per la dottrina civilistica, alla quale si richiede di rivedere integralmente le categorie tradizionali in tema di responsabilità per la formazione del bilancio, di rapporto causale tra bilancio invalido e area del risarcimento, di riflesso dell’invalidità del bilancio su una più ampia gamma di operazioni che su di esso si fondano sia direttamente sia indirettamente, non più appartenenti alla sola area delle operazioni propriamente societarie ma anche a quella più ampia dell’investimento e del disinvestimento, che riguardino cioè l’impresa come l’oggetto indiretto, se non addirittura il mero strumento, di atti di scambio del rischio generatori di per sé della remunerazione attesa.

Resta, comunque, il dubbio, se sia stato un bene, per l’economia mondiale, il fatto che i legislatori, e oggi anche quello italiano, abbiano avallato questo processo di deresponsabilizzazione e, soprattutto, se sia un bene predicare, oggi, di procedere ancora su questa strada.



## *Il quadro della riforma contabile nei suoi principi generali*

di **MARCO VENUTI**

**SOMMARIO:** **1.** PREMESSA. – **2.** L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DI BILANCIO IN AMBITO NAZIONALE. – **3.** ... E IN AMBITO INTERNAZIONALE. – **4.** ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE RAGIONI DEL CAMBIAMENTO. – **5.** L'APPROCCIO PER CATEGORIE DIMENSIONALI PREVISTO DAL D.LGS. 139/2015. – **6.** LE PRINCIPALI NOVITÀ NEL BILANCIO DELLE MEDIO-GRANDI IMPRESE. – **7.** LE INNOVAZIONI PER LE PICCOLE IMPRESE. – **8.** – LA DISCIPLINA DELLE MICRO-IMPRESSE. – **9.** LE ALTRE INNOVAZIONI ALLA DISCIPLINA DI BILANCIO (CENNI). – **10.** CONCLUSIONI

**1. Introduzione.** Il d.lgs. 139/2015, nel dare attuazione alla direttiva contabile 2013/34/UE, ha apportato significativi cambiamenti alla disciplina del bilancio di esercizio contenuta negli articoli 2423 e ss. c.c.

Si tratta di novità di assoluto rilievo dal momento che determinano un'evoluzione nella filosofia di fondo che contraddistingue tale normativa. Il principale cambiamento si sostanzia nell'affermarsi di un approccio legale basato sui profili dimensionali delle società, per cui al decrescere delle dimensioni aziendali corrisponde la progressiva semplificazione delle regole di redazione del bilancio. Si realizza così una differenziazione del *set* di regole adottato per classi dimensionali delle società.

Il che solleva il tema delle ragioni del cambiamento e della sua effettiva portata. In altre parole, si tratta di esaminare le possibili ragioni che hanno portato a tale cambiamento per poi entrare nel merito dei nuovi istituti contabili ad esso riconducibili, così da definire in modo più puntuale i contorni di questo approccio modulare nella disciplina contabile applicabile alle varie classi di imprese<sup>1</sup>.

**2. L'evoluzione della disciplina di bilancio in ambito nazionale.** Per quanto riguarda le ragioni del cambiamento, l'esame non può che prendere le

<sup>1</sup> Per comodità espositiva si usa "impresa" come sinonimo di "società", in linea del resto con quanto fatto dal legislatore del d.lgs. 139/2015 che ha usato la locuzione "micro-imprese" per riferirsi alle società di più piccole dimensioni.

mosse da una constatazione, e cioè che la nuova impostazione contabile codicistica con cui si differenziano le regole contabili per categorie di imprese appare sostanzialmente in linea con quella che è stata l'evoluzione normativa nazionale e internazionale in materia di bilancio in questi ultimi trent'anni. Si sgombra subito il campo dall'idea che si possa trattare di una soluzione estemporanea o comunque in controtendenza rispetto ad un *trend* normativo in atto.

Ricordiamo brevemente i tratti salienti dell'evoluzione della legislazione nazionale (ed europea) in tema di bilancio di esercizio.

La disciplina attuale del codice trova il proprio fondamento nel d.lgs. 127/1991 con cui si era data attuazione (con numerosi anni di ritardo) alla IV direttiva in materia di conti annuali delle società di capitali.

Il d.lgs. 127/1991 all'atto di riscrivere la disciplina del bilancio di esercizio contenuta nel codice civile ha seguito un approccio sostanzialmente monolitico, nel senso di prevedere lo stesso *set* di regole per tutte le società di capitali, salvo ammettere limitate semplificazioni in tema di contenuto dello stato patrimoniale e della nota integrativa a favore delle società di più piccole dimensioni, individuate (ai sensi dell'articolo 2435-*bis*) sulla base di soglie quantitative basate su: a) totale dello stato patrimoniale, b) importo netto delle vendite e prestazioni, c) numero dei dipendenti. I criteri di rilevazione e valutazione delle poste in bilancio risultavano uguali per tutte le società. Ciò significava che, in linea di principio, non vi erano significative differenziazioni a livello di regole applicate tra, da un lato, le società quotate e le società di grandi dimensioni e, dall'altro lato, le società più piccole. Si trattava di un orientamento che rifletteva un *favor legis* verso un'omogenea ed uniforme applicazione del medesimo *set* di regole da parte di tutte le società di capitali (cfr. relazione al d.lgs. 127/1991).

Negli anni successivi la situazione si è modificata.

Un primo cambiamento si è realizzato in occasione della riforma societaria. Il d.lgs. 6/2003 ha introdotto nuove semplificazioni a beneficio delle società di piccole dimensioni. Si è prevista la semplificazione anche del

contenuto del conto economico, oltre che l'aggiunta di qualche ulteriore semplificazione al contenuto dello stato patrimoniale e della nota integrativa.

Ben più rilevante è stato invece il cambiamento verificatosi da lì a poco. L'introduzione degli IAS/IFRS nell'ordinamento contabile europeo e nazionale ha rappresentato un punto di svolta.

Il regolamento CE 1606/2002 ha introdotto l'obbligo per le società quotate (*rectius*: con titoli negoziati) nei mercati regolamentati europei di redigere i bilanci consolidati in conformità agli IAS/IFRS, consentendo tuttavia agli Stati membri la facoltà di estendere, in via obbligatoria o volontaria, l'adozione di tale normativa anche ai bilanci di esercizio delle società quotate e ai bilanci consolidati e di esercizio di altre società.

Il legislatore nazionale ha esercitato in modo ampio la facoltà ad esso riconosciuto, prevedendo l'applicazione – obbligatoria o facoltativa – degli IAS/IFRS ai bilanci di esercizio e consolidati di un ampio novero di imprese<sup>2</sup>.

In particolare, la scelta del legislatore è stata quella di adottare, non solo ai bilanci consolidati ma anche nei bilanci di esercizio, regole contabili contraddistinte da una qualità e trasparenza riconosciuta a livello internazionale, volte a permettere una comparabilità dei risultati a livello sovranazionale.

Per effetto di tale scelta, gli IAS/IFRS sono diventati la disciplina di *default* della categoria delle imprese nazionali con rilevanza pubblica (società quotate, società con strumenti finanziari diffusi presso il pubblico, banche e altri intermediari finanziari vigilati). Ciò evidentemente nell'assunto che gli IAS/IFRS siano in grado di fornire un'informazione finanziaria che ben si attaglia alle

---

<sup>2</sup> Infatti, ai sensi del d.lgs. 38/2005, le imprese a rilevanza pubblica (società quotate, società con strumenti finanziari diffusi presso il pubblico, banche e altri intermediari finanziari vigilati) sono obbligate ad adottare gli IAS/IFRS per la redazione del bilancio consolidato e del bilancio di esercizio. Nell'ambito di questa vasta categoria di imprese, l'unica eccezione è rappresentata dalle imprese di assicurazione, le quali sono obbligate ad applicare gli IAS/IFRS soltanto nel bilancio consolidato (salvo il caso che siano quotate e non redigano il bilancio consolidato, nel qual caso sono tenute ad adottare gli IAS/IFRS nel bilancio di esercizio). Quanto invece alle società senza rilevanza pubblica, esse – purché diverse dalle piccole imprese - hanno la facoltà di adottare gli IAS/IFRS nel bilancio consolidato e nel bilancio di esercizio. Questa facoltà non può essere esercitata dalle piccole imprese (individuate secondo i parametri indicati nell'art. 2435-*bis* c.c.), essendo ad esse proibito l'utilizzo di tali principi.

esigenze conoscitive dell'ampia e variegata platea di *stakeholder* che gravitano attorno a questa categoria di soggetti.

Per converso, la disciplina codicistica è diventata la disciplina di *default* delle imprese nazionali senza rilevanza pubblica. Tuttavia, in una logica liberistica volta a non frapporre ostacoli nella scelta delle imprese nell'adozione di regole più sofisticate si ammette l'utilizzo degli IAS/IFRS su base volontaria da parte di questa tipologia di società, purché diversa dalle piccole.

Questa scelta determina dunque una divaricazione del *corpus* normativo adottato a seconda della categoria di appartenenza. Si mettono così le basi per ulteriori cambiamenti. Viene ormai superata l'idea di un unico *set* di regole uguali per tutti. Si fa strada il convincimento che le regole previste per le quotate o anche per le grandi imprese non possano essere le stesse poiché diverse sono le categorie di *stakeholder* con cui si interfacciano e i relativi bisogni informativi. A ciò si accompagna anche l'idea che vi debba essere una coerenza tra gli oneri amministrativi sostenuti dalle imprese e le effettive esigenze conoscitive degli *stakeholder* al fine di evitare aggravii e penalizzazioni ingiustificate per le imprese.

Figlia di questo approccio è proprio la direttiva 2013/34/UE. In un contesto normativo internazionale, e quindi anche europeo, in cui gli IAS/IFRS tendono a diventare la disciplina di riferimento per le imprese con rilevanza pubblica, la nuova direttiva contabile è stata concepita con una maggiore attenzione ai bilanci delle imprese più piccole in una logica di "*evitare che su queste imprese gravino oneri amministrativi sproporzionati*" (considerando 10).

Nella sua logica di fondo, il d.lgs. 139/2015 si pone sulla scia della direttiva: il decreto, infatti, introduce un approccio modulare volto a differenziare il *set* di regole in base alle classi dimensionali delle imprese.

Da un lato, vi sono le imprese medio-grandi le quali beneficiano dell'introduzione di trattamenti contabili ispirati alla migliore prassi internazionale, in grado di rappresentare in modo più appropriato e moderno fenomeni complessi oggi non specificamente disciplinati o non adeguatamente rappresentati (come, da esempio, i derivati e le operazioni di copertura). Il

bilancio viene così avvicinato in alcuni punti importanti al *set* di regole adottate dai *competitor* nazionali e internazionali che adottano gli IAS/IFRS.

Dall'altro lato, vi sono le imprese di più piccole dimensioni che beneficiano di consistenti semplificazioni nelle regole da applicare in grado di ridurre sensibilmente gli oneri amministrativi su di esse gravanti. Le semplificazioni riguardano tutti i profili della redazione del bilancio nel senso che vertono sia sul numero dei documenti che compongono il bilancio sia sulla rilevazione, valutazione, presentazione e informativa di bilancio. In questa prospettiva, particolarmente importante è l'introduzione di una nuova categoria di imprese di dimensione esigue, le micro-imprese, a cui sono riconosciute ulteriori semplificazioni in aggiunta a quelle già previste per le piccole.

La scelta del legislatore nazionale è stata dunque quella di calibrare le previsioni di legge in materia di bilancio all'operatività di queste imprese e alle effettive esigenze dei loro *stakeholder*. Vi è dunque una semplificazione nelle regole applicate e quindi una riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle imprese man mano che le dimensioni aziendali decrescono, fermo rimanendo anche qui (come nel d.lgs. 38/2005) la facoltà dei soggetti più piccoli di adottare regole più complesse.

**3. ... E in ambito internazionale.** La diversificazione dei *set* contabili in base alle diverse classi di imprese è un *trend* che si sta affermando sempre di più a livello internazionale. L'approccio monolitico di un unico *set* di principi per ogni categoria di imprese si è ormai sgretolato.

Se guardiamo agli organismi di normazione contabile di rilevanza mondiale (IASB e FASB) vediamo come questi organismi proprio in questi ultimi anni abbiano affiancato un *set* di regole semplificato ai principi da loro emanati.

A partire dal 2009 lo IASB ha introdotto un *set* di regole autonomo per le PMI, intese come le imprese che "*non rappresentano un interesse diffuso*"<sup>3</sup>. Si

---

<sup>3</sup> Un'impresa presenta un interesse diffuso se:

- ha titoli quotati o prossimi ad essere quotati in mercati regolamentati;
- detiene attività nell'ambito di una gestione fiduciaria per un ampio gruppo di clienti come una delle sue attività principali (come nel caso, ad esempio, delle banche, delle

tratta di un principio *ad hoc*, l'IFRS per le PMI, che si giustifica nell'assunto che gli *stakeholder* dei bilanci delle PMI e i relativi bisogni informativi siano diversi da quelli delle imprese con un interesse diffuso e, dunque, adottare un unico *set* di regole per tutte le imprese diventerebbe eccessivamente gravoso per le PMI, oltre che scarsamente utile rispetto ai bisogni informativi dei relativi *stakeholder*. Da qui i necessari adattamenti e semplificazioni nelle norme in tema di rilevazione, presentazione, valutazione e informativa previste dal *set* completo dei principi IAS/IFRS. In ogni caso, le PMI hanno la facoltà di adottare il *set* completo di IFRS, sempreché quest'ultimo non sia imposto o vietato dall'ordinamento nazionale cui appartengono.

A sua volta il FASB, che storicamente si è sempre occupato di emanare i principi contabili soltanto delle *public company* americane<sup>4</sup>, disinteressandosi (a differenza dello IASB) di tutte le altre imprese, a partire dal 2013 ha iniziato ad occuparsi (insieme al PCC -*Private Company Council*) della redazione di un *set* di regole semplificate per le *private company*, intese come società diverse dalle *public company*. Anche qui, si tratta di semplificazioni nelle regole contabili che muovono dalla necessità di calibrare meglio la produzione delle informazioni finanziarie rispetto a quelli che sono i diversi *stakeholder* di tali imprese. Si tratta di un primo passo verso la standardizzazione delle regole adottate dalle *private company*, cioè di soggetti che non sono normalmente assoggettati a particolari vincoli normativi ai fini della redazione del bilancio.

Se questi due organismi di normazione contabile di rilevanza mondiale si sono per il momento orientati su due *set* di principi, va comunque osservato che

---

assicurazioni e i varie tipologie di intermediari finanziari).

<sup>4</sup> Destinatari degli U.S. Gaap sono le *public company*, cioè le imprese:

- per le quali la SEC richiede di redigere o depositare i bilanci;
- per le quali la disciplina del mercato dei capitali prevede la redazione o il deposito dei bilanci presso un'agenzia regolamentare diversa dalla SEC;
- che hanno nazionalità non statunitense e l'autorità nazionale richiede di redigere o depositare il bilancio ai fini della negoziazione dei titoli sul mercato;
- che emettono titoli quotati o negoziati su un mercato dei capitali, anche se "over-the counter";
- che emettono titoli non soggetti a restrizioni nella circolazione e per i quali la legge, il contratto o altra regolamentazione prevede l'adozione degli U.S. Gaap per la redazione dei bilanci, richiedendo inoltre la loro pubblicazione periodica.

Le imprese diverse dalla *public company* sono definite *private company*.

in ambito internazionale vi sono organismi/istituzioni che sono andati oltre, mostrandosi favorevoli ad un approccio più articolato. Indicative in questo senso sono le linee guida fornite in tema di bilancio dall'UNCTAD (ONU)<sup>5</sup> e la stessa legislazione europea.

L'UNCTAD (2009) raccomanda che le legislazioni nazionali, soprattutto dei paesi in via di sviluppo o con economie in transizione, si avvalgono di almeno tre livelli di regole diverse. A fronte di un primo livello rivolto alle società con rilevanza pubblica (dove si prevede l'applicazione del *set* completo degli IAS/IFRS) e un secondo livello (con regole più semplificate) destinato alle imprese che non hanno una rilevanza pubblica, se ne dovrebbe aggiungere un terzo contraddistinto da un sistema contabile ipersemplificato indirizzato essenzialmente alle micro-imprese.

Il contesto europeo è, come si è visto, ancora più articolato. Vi è un sistema legislativo duale composto dal regolamento CE 1606/2002 e dalle direttive contabili.

Da un lato, vi sono le imprese europee che applicano il *set* completo degli IAS/IFRS in base al regolamento 1606/2002 e alle eventuali disposizioni attuative degli Stati membri che ne abbiano ulteriormente esteso l'applicazione<sup>6</sup>.

Dall'altro lato, vi sono le imprese che applicano la normativa interna di adeguamento delle direttive contabili. Relativamente a queste, la direttiva 34/2013/UE riconosce quattro possibili livelli normativi in una logica di ottimizzazione dei costi dell'informazione rispetto ai benefici attesi dagli *stakeholder* in questione. I livelli normativi si articolano su quattro categorie di imprese, e cioè: 1) le grandi imprese (a cui vengono equiparati gli enti di interesse pubblico), 2) le medie imprese, 3) le piccole imprese, 4) le micro-imprese. Tuttavia, le categorie delle micro-imprese e delle medie imprese sono opzionali e, dunque, gli Stati membri non sono tenuti a recepirle. Sicché i livelli

---

<sup>5</sup> UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) è un organismo dell'ONU che si occupa di questioni legate allo sviluppo, in particolare del commercio internazionale.

<sup>6</sup> In ogni caso, non è ammesso l'utilizzo dell'IFRS per le PMI stante evidentemente la volontà del legislatore europeo di evitare proliferazioni di *set* di principi alternativi a livello di Stati membri europei (i quali già possono scegliere tra *full* IAS/IFRS e direttive contabili).

normativi potrebbero anche essere ridotti a due.

Va poi osservato che sebbene tra gli obiettivi della direttiva 2013/34 vi sia proprio la semplificazione normativa con riduzione dei costi amministrativi soprattutto per le piccole imprese, ciò non si è concretizzato in scelte drastiche con una netta contrapposizione tra regole di bilancio delle grandi imprese e quelle delle altre categorie di imprese. La differenziazione delle regole avviene invece in modo graduale ed è prevalentemente di natura opzionale. Così facendo il legislatore ha voluto lasciare ampio spazio alle scelte dei singoli Stati membri, così da rispettare le specificità e le esigenze di ciascuno di essi. Nell'ambito di queste scelte merita segnalare il favore degli Stati membri nei confronti della categoria delle micro-imprese e quindi l'introduzione di un regime normativo specifico per tale categoria da parte dei principali paesi europei (ad esempio: Gran Bretagna, Germania e Francia)

Quanto all'utilizzo della facoltà riconosciuta dalla direttiva di differenziare la disciplina contabile in base alle categorie di imprese, emblematico è il sistema normativo della Gran Bretagna così come risulta a seguito del recepimento della direttiva 34/2013/UE. Esso si articola essenzialmente su quattro livelli: i soggetti IAS/IFRS, le medio-grandi imprese, le piccole imprese e le micro-imprese<sup>7</sup>. Ognuno di questi livelli ha un suo set di regole che muovono da quelle sofisticate degli IAS/IFRS per arrivare, con gradualità e semplificazioni, alla snella disciplina delle micro-imprese, dove la GB si è ampiamente avvalsa delle facoltà in tema di semplificazione previste dalla direttiva.

**4. Alcune considerazioni sulle ragioni del cambiamento.** Dalla disamina appena fatta emergono due aspetti che meritano una particolare attenzione: 1) la valorizzazione delle differenze nei bisogni informativi degli *stakeholder* delle imprese, 2) l'attenzione sui costi dell'informazione.

---

<sup>7</sup> Per completezza, va segnalato che in GB le *holding* e loro controllate possono adottare nel loro bilancio di esercizio una versione semplificata nell'informativa prodotta degli IAS/IFRS o dei principi delle medio-grandi imprese. Si tratta quindi di due varianti di due dei livelli normativi sopra indicati. Vale la pena segnalare che mentre l'adozione degli IAS/IFRS avviene in forza del regolamento 1606/2002, l'adozione di una variante semplificata degli IAS/IFRS (il principio FRS 101) avviene in attuazione della direttiva contabile utilizzando gli ampi spazi di manovra ivi presenti.

Quanto al primo aspetto va osservato che l'idea della differenziazione dei bilanci a seconda dei bisogni conoscitivi non è nuova, soprattutto in ambito nazionale.

Già la dottrina di inizio novecento aveva sostenuto la possibilità di redigere tanti bilanci quante sono le finalità conoscitive che si vogliono soddisfare (c.d. finalismo del bilancio). Si valorizza la correlazione tra criteri di valutazione e fini di bilancio e quindi il fatto che la scelta dei criteri di valutazione dipende dagli scopi conoscitivi che ci si prefigge in una logica di coerenza economica tra le regole tecniche adottate e il fine valutativo perseguito (coerenza mezzo-fine). Il che significa che i metodi di valutazione da adottare variano a seconda della configurazione di reddito che si vuole misurare: reddito distribuibile, reddito indicatore dell'andamento economico dell'impresa, reddito comparabile e così via. Alcuni criteri sono più adatti in alcune ipotesi, mentre altri lo sono in altre ipotesi. In assenza di tale coerenza il bilancio perde di significato e utilità.

E' un'epoca in cui il bilancio viene essenzialmente concepito come uno strumento valido a fini soprattutto interni, in quanto in grado di permettere, attraverso modalità di rappresentazione contabili mutevoli in ragione dei fini operativi perseguiti, l'esplicitazione delle dinamiche economiche dell'impresa nei suoi vari aspetti.

L'enfasi sul relativismo nelle valutazioni e quindi sulla molteplicità dei bilanci di funzionamento teoricamente preparabili viene comunque nel tempo a scemare, soprattutto a partire dalla metà degli anni sessanta, in conseguenza di una sempre maggiore attenzione verso la disciplina del bilancio (e la natura imperativa delle relative regole), con riconoscimento della funzione assoluta proprio da tale documento di imparziale informazione di tutti gli interessati, e non limitata a specifici soggetti o esigenze (Cass. pen., 10 gennaio 2001; Cass., 28.8.2004, n. 17210). In questa prospettiva, si viene ad affermare l'approccio secondo cui il fine del bilancio sia quello di determinare tutti (e solo) gli utili realizzati nell'esercizio nel rispetto di quel *set* di principi e regole stabiliti dal legislatore (Cass., 2.10.1995 n. 10348). E' dunque il legislatore a stereotipizzare le esigenze conoscitive da soddisfare con il bilancio declinando

di conseguenza il *set* di regole ritenuto di volta in volta più appropriato.

Trascorsi circa cinquant'anni torna d'attualità la tesi della differenziazione dei bilanci. Si pone nuovamente un'enfasi sulla coerenza tra il *set* di regole adottato e i fabbisogni informativi delle imprese solo che avviene con modalità diverse e in termini più moderni. Non si persegue l'idea una diversificazione del bilancio orientata al soddisfacimento di uno specifico fine del bilancio che avrebbe il difetto di dover scegliere uno tra i tanti obiettivi conoscitivi perseguibili con rischio di lasciare insoddisfatta la maggior parte della domanda informativa normalmente rivolta all'impresa.

La constatazione che le diverse categorie di imprese hanno diversi *stakeholder* e quindi diverse esigenze conoscitive giustifica una differenziazione dei *set* di regole. Questa volta la differenziazione avviene in via legislativa attraverso la tipizzazione *ex lege* delle esigenze informative per categorie di imprese. L'informazione finanziaria diventa tanto più sofisticata ed approfondita quanto più numerosi ed evoluti sono gli *stakeholder*. Vi è dunque una graduazione normativa al fine di realizzare una coerenza tra dato finanziario e fabbisogno informativo da soddisfare in un'ottica diversa rispetto a quella di inizio novecento e non più limitata al solo aspetto valutativo (cioè coerenza mezzo-fine non più focalizzata solo sulla misurazione di una certa configurazione di reddito). L'obiettivo è quello di soddisfare buona parte della domanda informativa normalmente rivolta a quella tipologia di impresa. Nel caso in cui l'impresa abbia esigenza di soddisfare i bisogni informativi di *stakeholder* più evoluti rispetto a quello della categoria di appartenenza si riconosce la facoltà di adottare un *set* di regole più complesso.

Così concepita la differenziazione dei bilanci ha anche il pregio di consentire un'ottimizzazione dei costi dell'informazione prodotta dall'impresa rispetto ai benefici che da essa derivano. E' questa infatti una esigenza sempre più avvertita a livello internazionale dove in un mondo sempre più competitivo i legislatori tendono a ridurre i costi amministrativi che gravano soprattutto sulle piccole imprese per liberare risorse da dedicare al *core business* delle imprese e quindi alla creazione di valore. Indicativa in questo senso è la Comunicazione

della Commissione europea “*Pensare anzitutto in piccolo*” (2008, rivista nel 2011) che contraddistingue l’azione delle istituzioni europee in questi ultimi anni. Sul punto l’Europa si sta allineando all’approccio seguito dalle principali legislazioni mondiali, quali ad esempio: gli U.S., il Canada e il Giappone.

D’altro canto, l’esigenza di una semplificazione delle regole non giustificata da specifiche esigenze è apparsa ormai ineludibile a seguito degli effetti della crisi finanziaria ed economica iniziata nel 2008 che ha provato profondamente il sistema imprenditoriale europeo.

Da qui l’attenzione a calibrare gli obblighi legali in modo appropriato rispetto alle realtà imprenditoriali destinatarie delle regole e dunque il favore del legislatore nazionale (oltre che di quello europeo) verso l’introduzione di regole differenziate per categorie di imprese anche nel campo del bilancio.

**5. L’approccio per categorie dimensionali previsto dal d.lgs. 139/2015.** A questo punto occorre tratteggiare le novità introdotte con il d.lgs. 139/2015 così da indicare in modo più puntuale i contorni del nuovo approccio modulare inserito nella disciplina di bilancio codicistica.

Anzitutto, cambia il numero delle categorie dimensionali. A seguito dell’introduzione della nuova categoria delle micro-imprese si passa da due a tre categorie di imprese<sup>8</sup>. Di seguito si riporta una tabella che riepiloga le classi dimensionali ora previste nella disciplina del bilancio del codice civile riportando la misura dei parametri quantitativi di riferimento.

---

<sup>8</sup> Mentre il legislatore europeo ammette una suddivisione delle imprese in quattro categorie (micro, piccole, medie e grandi imprese), il legislatore nazionale ha preferito suddividere le imprese solo in tre categorie. Non è stata infatti recepita la categoria delle medie imprese, in quanto accorpata con la categoria delle grandi imprese. Nel merito delle soglie codicistiche si vedano gli artt. 2435-bis e 2435-ter c.c.

Categoria di imprese Soglie (almeno 2 criteri su 3)	Micro imprese	Piccole imprese	Medie-grandi imprese
Totale attivo patrimoniale	≤ 175.000 €	≤ 4.400.000 €	
Importo netto delle vendite e prestazioni	≤ 350.000 €	≤ 8.800.000 €	
Numero medio dei dipendenti durante l'anno	≤ 5	≤ 50	

La disciplina contabile applicabile cambia in modo significativo a seconda della categoria di appartenenza. Si riepilogano nei tre paragrafi successivi le principali novità che hanno interessato le categorie di imprese previste dal legislatore nazionale in termini di differenziazione delle regole applicabili, rinviando poi per opportuni approfondimenti ai successivi interventi pubblicati nella rivista.

**6. Le principali novità nel bilancio delle medio-grandi imprese.** Le innovazioni introdotte per le imprese più grandi hanno riguardato sia il numero di documenti che compongono il bilancio sia le specifiche regole in tema di redazione del bilancio.

Anzitutto, si aggiunge un nuovo prospetto: il rendiconto finanziario, ai documenti che compongono il bilancio (conto economico, stato patrimoniale e nota integrativa). Il rendiconto finanziario rappresenta un importante completamento dell'informativa finanziaria prodotta dalle imprese in quanto permette di fornire indicazioni importanti per gli *stakeholder* sulla solidità e sull'andamento della gestione finanziaria; fornisce infatti indicazioni sull'entità e sulle modalità con cui l'impresa genera/assorbe flussi finanziari nello svolgimento della sua attività. Proprio per la sua importanza già oggi molte

imprese, soprattutto quelle più grandi, redigono tale prospetto e i principi contabili nazionali raccomandano la sua redazione. La legge non ha fatto altro che raccogliere un'istanza degli operatori allineando sul punto la disciplina di bilancio delle medio-grandi imprese alle legislazioni dei principali Paesi europei (ad es.: Gran Bretagna, Francia e Spagna) e alla prassi internazionale (IAS/IFRS, IFRS per PMI e U.S. Gaap).

Novità di rilievo interessano poi le rilevazioni e valutazioni di bilancio. Il d.lgs. n. 139/2015 introduce gli istituti del costo ammortizzato, dell'attualizzazione e del *fair value*.

La disciplina del costo ammortizzato viene inserita emendando i nn. 1), 7) e 8) dell'art. 2426 c.c. Trova applicazione nella valutazione dei titoli, crediti e debiti.

Il costo ammortizzato<sup>9</sup> è una metodologia che prevede il progressivo allineamento del valore iniziale dell'attività/passività (prezzo pattuito rettificato dai costi o ricavi di transazione<sup>10</sup>) al suo valore di rimborso a scadenza per mezzo dell'"ammortamento" della differenza di questi due valori. Il criterio del costo ammortizzato prevede che si utilizzi il tasso di interesse effettivo per riallineare, con il trascorrere del tempo, il valore contabile iniziale a quello a scadenza. La componente del costo/ricavo di transazione ripartita lungo la vita utile dello strumento (secondo una metodologia finanziaria) viene trattata come un elemento rettificativo della remunerazione dello strumento<sup>11</sup>. Di conseguenza, l'interesse iscritto nel conto economico è quello effettivo in modo che si evidenzi in bilancio, esercizio dopo esercizio, la redditività realmente

---

<sup>9</sup> Per la definizione di costo ammortizzato l'art. 2426, co. 2, rinvia agli IAS/IFRS. Gli IAS/IFRS definiscono il costo ammortizzato come il valore di iscrizione iniziale, ridotto dei rimborsi della quota capitale e delle riduzioni per perdite di valore, aumentato o diminuito dell'ammortamento della differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza, calcolato utilizzando il tasso di interesse effettivo. In sostanza, il costo ammortizzato è una metodologia che permette di allocare tutti i costi e i ricavi generati da uno strumento finanziario lungo la vita attesa dello strumento.

<sup>10</sup> I costi di transazione sono quei costi riconducibili all'operazione che non sarebbero stati sostenuti in sua assenza.

<sup>11</sup> Il tasso di interesse effettivo è definito come quel tasso che rende il valore attuale dei flussi di cassa futuri stimati lungo la vita attesa dello strumento pari al suo valore contabile netto. Tale tasso non è altro che il tasso interno di rendimento di un investimento.

realizzata attraverso quell'operazione, e non quella meramente nominale indicata nel contratto.

A titolo esemplificativo, si pensi al caso dell'erogazione di un finanziamento di 10.000 con durata decennale, tasso contrattuale del 10%, a cui sono associati costi di transazione di 200. In tale caso, il tasso di interesse effettivo dell'operazione (in quanto si tiene conto del costo aggiuntivo di 200 è pari al 9,68% e quindi inferiore a quello nominale previsto dal contratto. Sotto il profilo contabile, il valore di iscrizione iniziale del credito è di 10.200. I 200 sono ripartiti lungo i dieci anni del contratto nel conto economico a rettifica dell'interesse nominale così da dare evidenza dell'interesse effettivo dell'operazione. Ne consegue che il costo iscritto inizialmente (pari a 10.200) si riduce gradualmente fino ad arrivare alla scadenza ad un importo pari a 10.000, cioè al valore oggetto di rimborso.

Il legislatore ha poi disciplinato l'attualizzazione. L'art. 2426 n. 8) prevede che in sede di rilevazione dei crediti e dei debiti si tenga conto «del fattore temporale». Attualizzare, infatti, significa riconoscere un valore al trascorrere del tempo e quindi equiparare valori riferibili a tempi diversi. Ciò perché nell'ambito di un discorso economico non può mai considerarsi equivalente, in termini di valore, un capitale disponibile oggi con uno disponibile ad una data futura, considerato che il capitale può nel frattempo (se convenientemente investito) produrre frutti, aumentando di valore. L'attualizzazione non è altro che uno strumento volto a rendere economicamente omogenei i diversi valori espressi in bilancio. Sotto il profilo pratico, ciò significa che ad es. occorrerà iscrivere i crediti e i debiti al loro "valore attuale" allorché non siano produttivi di interessi o producano interessi in misura significativamente inferiore rispetto a quelli praticati in condizioni analoghe nel mercato. Si accresce così l'intelligibilità dei valori iscritti in bilancio e quindi, in definitiva, la significatività dell'informazione che viene fornita agli *stakeholder* dell'impresa, specie quelli più evoluti.

Il d.lgs. n. 139/2015 inserisce un nuovo art. 2426 n. 11-bis) c.c., ove viene disciplinata la valutazione dei derivati e delle operazioni di copertura. Nello

specifico la valutazione dei derivati avviene con il criterio del *fair value*, in quanto questo criterio permette di misurare le oscillazioni di valore dello strumento nel tempo, comunicando in modo trasparente la posizione che in ogni momento assume l'impresa rispetto a quello strumento. Si dà così una rappresentazione adeguata del fenomeno al lettore del bilancio, coerente con la sostanza economica dell'operazione. Va infatti ricordato che all'inizio i derivati hanno un costo pari a zero o comunque poco rilevante rispetto al rischio ad essi associati. Dunque il costo non sarebbe in grado di dare una rappresentazione appropriata (e quindi trasparente) della posizione assunta dal derivato nel tempo. La valutazione al *fair value* può portare all'iscrizione di plusvalori o minusvalori, a seconda dell'andamento dello strumento. Nel caso in cui il derivato sia plusvalente, l'art. 2426 n. 11-bis) c.c. prevede (in una logica prudenziale) che l'utile registrato sia accantonato in una riserva indisponibile.

Viene inoltre aggiunta una specifica disciplina per le operazioni di copertura, cioè le operazioni con cui l'impresa si "protegge" da determinati rischi finanziari o creditizi, sottoscrivendo opportuni strumenti di copertura. Si colma così una lacuna dell'attuale assetto normativo fornendo regole certe agli operatori sulla contabilizzazione di queste operazioni a fronte delle diverse fattispecie che in concreto si possono presentare.

Altre novità di minor rilievo relative ai bilanci delle medio-grandi imprese riguardano: a) il contenuto degli schemi di bilancio (stato patrimoniale e conto economico), dove sono state apportate alcune modificazioni in conseguenza dell'introduzione dei nuovi istituti contabili (costo ammortizzato, derivati e coperture); b) l'eliminazione di alcune voci di dettaglio contenute negli schemi (costi di ricerca e pubblicità nello stato patrimoniale in quanto non più capitalizzabili); c) l'aggiunta di ulteriori specificazioni negli schemi (ad es., i rapporti economico-patrimoniali intercorsi con le imprese sottoposte al controllo delle medesime controllanti, cioè le c.d. "società sorelle"); d) la richiesta di nuove informazioni nella nota integrativa.

**7. Le innovazioni per le piccole imprese.** Se per le imprese più grandi sono state introdotte regole più sofisticate per alcune fattispecie di particolare rilevanza, così da fornire informazioni più adeguate e complete a beneficio dei relativi *stakeholder*, per le imprese più piccole (cioè quelle che redigono il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'art. 2435-bis c.c.) sono state previste consistenti semplificazioni alle luce delle minori necessità informative dei relativi *stakeholder* e della loro diversa operatività e più semplice struttura amministrativa.

Alcune di queste semplificazioni derivano direttamente dalla direttiva, la quale - nella logica di realizzare una sorta di "mini regime" contabile per le piccole imprese ispirato al principio della "massima armonizzazione" - ha previsto il divieto da parte degli Stati membri di introdurre richieste aggiuntive rispetto a quelle da essa stabilite. Ciò al fine di evitare che gli Stati membri possano vanificare i benefici delle semplificazioni previste per le piccole imprese attraverso obblighi aggiuntivi. In particolare, la direttiva prevede che: a) gli Stati membri non possano richiedere alle piccole imprese ulteriori prospetti nel bilancio in aggiunta a stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa. Di conseguenza, l'art. 2435-bis, co. 2, c.c. prevede l'esonero delle piccole imprese dalla redazione del rendiconto finanziario e che non possa essere superato un certo livello massimo di informazioni da fornire nella nota integrativa. Per cui è stato riformulato l'art. 2435-bis c.c. con snellimento degli obblighi informativi precedentemente previsti. L'entità della semplificazione ha portato il legislatore a modificare l'approccio normativo seguito. Il previgente art. 2435-bis c.c. operava in negativo nel senso che si limitava ad enunciare le disposizioni (in tutto o in parte) da omettere nell'assunto che tutte le altre continuassero a trovare piena applicazione. Il nuovo testo opera in positivo nel senso che si limita ad enunciare solo le disposizioni che sono (in tutto o in parte) applicabili alle piccole imprese nell'assunto che le altre non siano più richieste.

Il legislatore nazionale ha confermato le previgenti semplificazioni relative al contenuto dello stato patrimoniale e del conto economico mentre ha

introdotto *ex novo* alcune semplificazioni in tema di rilevazione e valutazione di bilancio. Particolarmente rilevante è la scelta di rendere facoltativo l'utilizzo del costo ammortizzato e dell'attualizzazione. Il che significa che i titoli potranno continuare ad essere rilevati in bilancio al costo di acquisto, i crediti al valore di presumibile realizzo e i debiti al valore nominale. Si utilizzano quindi regole meno sofisticate in grado di produrre risultati meno puntuali ma comunque pur sempre soddisfacenti alla luce dell'operatività di queste imprese e delle esigenze informative dei relativi *stakeholder*.

Non si ammettono invece sconti sul tema dei derivati e delle operazioni di copertura nell'assunto che sia la complessità del fenomeno da regolare a richiedere l'utilizzo di tecniche valutative più sofisticate. Allo stato, non vi sono infatti tecniche alternative in grado di produrre risultati valutativi accettabili. Utilizzare il costo per valutare un derivato significa non iscriverne alcun valore in bilancio dal momento che normalmente i derivati *ab origine* hanno un valore pari a zero o comunque esiguo. Il che significherebbe perdere tale informazione nei prospetti contabili.

**8. La disciplina delle micro-imprese.** Le micro-imprese godono delle stesse semplificazioni previste per le piccole imprese con l'aggiunta di alcuni "sconti" specifici per la categoria.

Particolarmente rilevante è il fatto che le micro-imprese siano esonerate dalla redazione della nota integrativa se forniscono in calce allo stato patrimoniale le informazioni richieste dall'art. 2427 nn. 9) e 16) c.c., cioè informazioni su impegni, garanzie e passività potenziali, oltre che sui rapporti patrimoniali esistenti con gli organi della società.

A queste semplificazioni si aggiungono altre rese obbligatorie dalla direttiva. Si tratta delle previsioni secondo cui:

a) non si applica alle micro-imprese le norme sulla valutazione al *fair value*. Il che significa che nei bilanci di tali imprese i valori dei derivati non appariranno in bilancio finché il contratto non sia chiuso, e quindi i relativi utili/perdite diventano realizzati, salvo che non si verifichino le condizioni per

iscrivere un accantonamento ad un fondo per rischi ed oneri ai sensi dell'art. 2424, co. 3, c.c.;

b) non si applica a tali imprese la norma che impone di derogare a qualunque disposizione di bilancio qualora ciò sia necessario per ottenere la rappresentazione veritiera e corretta della situazione societaria. Il bilancio delle micro-imprese si considera *ex lege* in grado di fornire siffatta rappresentazione.

**9. Le altre innovazioni alla disciplina di bilancio (cenni).** Accanto alle novità riconducibili all'approccio modulare, ve ne sono altre di natura trasversale che interessano tutte le categorie di imprese. Si tratta in alcuni casi di chiarimenti rispetto all'attuale disciplina del bilancio, in altri casi di innovazioni ispirate alla prassi contabile internazionale.

Rientrano tra i chiarimenti l'enunciazione del principio della rilevanza, la sostituzione del principio della funzione economica con il principio della sostanza economica e la riformulazione della previsione sulle valutazioni delle operazioni in valuta estera.

Si tratta di chiarimenti nel senso che vengono enunciati principi già ritenuti impliciti nell'attuale disciplina (come nel caso della rilevanza) o comunque modifiche a formule non chiare che comunque venivano già interpretate nel senso indicato ora dalla legge (come nel caso della sostanza economica o delle operazioni in valuta).

Il chiarimento permette comunque di superare le incertezze da taluni manifestate su senso e portata delle norme già esistenti. Emblematico è il caso del principio della funzione economica dove la dottrina si era divisa sul senso da ascrivere al principio sebbene già la maggior parte dei commentatori e gli stessi principi contabili assimilavano il principio della funzione economica a quello della sostanza economica nei limiti e alle condizioni previsti dal legislatore.

La stessa norma sulle operazioni in valuta si prestava ad equivoci. Il nuovo art. 2426 n. 8-*bis*) non fa altro che rendere chiaro che le poste monetarie in valuta sono convertite al cambio a pronti alla chiusura dell'esercizio mentre

quelle non monetarie al cambio storico in linea con l'interpretazione in proposito già fornita dai principi contabili nazionali, oltre che con le previsioni adottate in materia a livello internazionale (IAS/IFRS, IFRS per le PMI, U.S. Gaap) ed europeo (ad esempio, Gran Bretagna, Spagna, Francia).

Nel caso della rilevanza, l'introduzione del principio deriva dalla direttiva. Il principio viene ora richiamato in un nuovo art. 2424, co. 4, c.c. Per effetto di tale richiamo sono state eliminate alcune regole di dettaglio presenti nella disciplina codicistica che evocavano il principio vuoi a livello di valutazioni di bilancio (art. 2426 n.12), vuoi a livello di informativa<sup>12</sup>. L'enunciazione del principio della rilevanza non fa altro che confermare la correttezza del bilancio e quindi la sua validità quando l'allontanamento da una certa regola contabile non pregiudica la capacità del bilancio stesso di fornire nel complesso una rappresentazione veritiera e corretta. In tal senso già si era espressa la giurisprudenza (Cass., 9.7.2005, n.14467; 29.4.2004, n. 8204; 7.3.2006 n. 4874), in linea con quelle che erano, del resto, le indicazioni dei principi contabili.

Sono state poi apportate varie modificazioni che permettono di ammodernare l'ordinamento contabile nazionale avvicinandolo su vari punti agli IAS/IFRS. Emblematiche di tali modifiche sono il divieto di capitalizzare i costi di ricerca e pubblicità, la nuova disciplina delle azioni proprie (dove viene sancito che le azioni proprie acquistate sono portate a riduzione del patrimonio netto e quindi non più iscritte nell'attivo), l'eliminazione dei conti d'ordine (in quanto sostituiti da una specifica informativa in nota integrativa), l'eliminazione delle

---

<sup>12</sup> Nella previgente disciplina vi erano vari richiami legislativi alla rilevanza che venivano considerati indicatori dell'esistenza di tale principio generale. Si trattava di richiami presenti nella disciplina codicistica ma anche in quella fiscale. Su quest'ultimo punto, va fatto presente che i richiami presenti nella disciplina fiscale a certi trattamenti contabili semplificati non sarebbero potuti essere legittimamente utilizzati dalle imprese se non si fosse ritenuto già operante il principio della rilevanza nell'ambito civilistico. Infatti, previsioni quali la deducibilità immediata dei beni materiali di valore inferiore a 516 euro o l'applicazione della mezza aliquota di ammortamento nel primo anno di iscrizione dei cespiti (cfr. art. 102 TUIR) presuppongono l'adozione di trattamenti contabili conformi al principio di rilevanza, e cioè la disapplicazione della regola civilistica teoricamente applicabile stante l'irrilevanza del fenomeno da rappresentare in bilancio.

voci relative alla gestione straordinaria dal conto economico e alcune modifiche alla disciplina del metodo del patrimonio netto contenuta nell'art. 2426 n. 4) c.c.

Altra innovazione di rilievo riguarda la disciplina dell'avviamento e delle spese di sviluppo, in quanto viene ora stabilito che tali attività sono ammortizzate lungo la loro vita utile; solo nei casi eccezionali in cui non sia possibile determinare tale vita utile, l'avviamento è ammortizzato entro un periodo di dieci anni mentre le spese di sviluppo entro un periodo di cinque anni.

E' stata modificata anche la struttura della nota integrativa, prevedendo che le informazioni relative alle voci dello stato patrimoniale e del conto economico debbano essere presentate secondo l'ordine in cui tali voci sono indicate nei prospetti. Si passa quindi da una struttura libera di presentazione delle informazioni ad una più rigida.

**10. Conclusioni.** Con il d.lgs. 139/2015 sono state apportate modifiche di rilievo alla disciplina del bilancio del codice civile. Il principale cambiamento si sostanzia nell'affermarsi di un approccio normativo basato sui profili dimensionali delle società, per cui al decrescere delle dimensioni aziendali corrisponde la progressiva semplificazione delle regole di redazione del bilancio. Si realizza così una differenziazione del *set* di regole adottato per classi dimensionali delle società. Tale soluzione si pone in una linea di sostanziale continuità con il *trend* che a livello internazionale sta contraddistinguendo l'evoluzione della disciplina del bilancio. Vi è sempre più un'attenzione verso la differenziazione dei bilanci nella prospettiva di calibrare le informazioni in modo più appropriato ed efficace rispetto alle esigenze informative dei tipici *stakeholder* delle diverse categorie di imprese. Il d.lgs. 139/2015 si è fatto portatore di questa istanza ammodernando la disciplina delle medio-grandi imprese su alcuni temi di particolare rilievo (valutazione dei derivati, crediti, titoli e debiti) attraverso l'adozione di istituti adeguati per fornire una rappresentazione compiuta di tali poste (*fair value*, costo ammortizzato e attualizzazione). Di rilievo anche la scelta di completare l'informazione di natura

finanziaria prevedendo la redazione del rendiconto finanziario. Quanto alle imprese più piccole, si è optato per una scelta di semplificazione nella prospettiva di ottimizzare il rapporto tra i costi sostenuti e i benefici informativi dei relativi *stakeholder*. Da qui gli sconti previsti sia in termini di prospetti (esonero dal rendiconto finanziario) sia in tema di rilevazione, presentazione, valutazione e informativa di bilancio. Ancora più accentuati gli sconti nel caso delle micro-imprese, le cui dimensioni particolarmente ridotte giustificano una disciplina di bilancio focalizzata solo sugli aspetti essenziali della determinazione del risultato economico e della connessa situazione patrimoniale.

La differenziazione avviene su quegli aspetti specifici su cui il legislatore ha ritenuto che divergano le esigenze conoscitive degli *stakeholder* delle diverse categorie di imprese. Si tratta di scelte volte ad assicurare la redazione di bilanci di qualità per ciascuna categoria di impresa, in quanto in grado di migliorare nel suo complesso la coerenza tra dati finanziari prodotti e fabbisogno informativi da soddisfare (vedi: § 4).

E proprio a questa logica di qualità sono ispirate anche le altre modificazioni apportate dal legislatore, quali ad esempio i richiami ai principi della sostanza economica e della rilevanza o l'eliminazione dei conti d'ordine o dei costi di ricerca e pubblicità. Si tratta infatti di modifiche che interessano tutte le categorie di imprese al fine di rendere più chiaro e completo il complessivo assetto normativo codicistico.

In definitiva, si può ragionevolmente affermare che le novità introdotte con il d.lgs. 139/2015 sono ispirate ad una logica di miglioramento della qualità dell'informazione finanziaria prodotta con il bilancio con una particolare attenzione agli effettivi *stakeholder* dei bilanci. Si è dunque fatto un passo avanti in una logica di modernità del sistema contabile e di effettiva utilità del bilancio quale strumento di comunicazione verso l'esterno.

## Riferimenti bibliografici

- AA.VV., *Problems and opportunities of an international financial reporting standard for small and medium-sized entities*, in *Accounting in Europe*.
- AMADUZZI, *Conflitto ed equilibrio di interessi nel bilancio dell'impresa*, Bari, 1949.
- AMODEO, *Contributo alla teoria delle valutazioni nei bilanci di esercizio*, Napoli, 1938. BELKAOUI, *Accounting theory*<sup>5</sup>, Austin, 2004.
- BERTONI-DE ROSA, *The Evolution of Financial Reporting for Private Entities in the European Union*, 2010, disponibile su: <http://ssrn.com/abstract=1536065>.
- BIANCHI, *Bilanci, operazioni straordinarie e governo dell'impresa*, Milano, 2013.
- CAPALDO, *Reddito, capitale e bilancio di esercizio*, Milano, 1998.
- CARATOZZOLO, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 2006; COLOMBO, *Il bilancio di esercizio delle s.p.a.*, Milano, 1965.
- COLOMBO, *I principi in tema di redazione del bilancio*, in *Il nuovo diritto delle società*, III, Torino, 2007.
- DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*, Milano, 2016.
- FORTUNATO, *Inquadramento sistematico del principio "substance over form"*, in GALLO-SCOGNAMIGLIO, *Il principio substance over form*, Milano, 2012.
- LAGHI- GIORNETTI, *La "prevalenza della sostanza sulla forma" nella redazione del bilancio*, in AA.VV., *Abuso del diritto in campo tributario*, Roma, 2009.
- MAINGOT-ZEGHAL *Financial Reporting of Small Business Entities in Canada*, in *Journal of Small Business Management*, 2006, 513 ss.
- MASINI, *Il bilancio delle imprese*, Milano, 1957.
- MORRIS-CAMPBELL, *Big GAAP-Little GAAP does one-size-fits-all still work?* in *Journal of Business & Economics Research*, 2011 (4).
- ONIDA, *Il bilancio delle aziende commerciali*, Milano, 1935.
- PAOLONI-DE MARTINI *Il bilancio della piccola impresa in Europa*, Urbino, 1997.
- PANTALEONI, *Alcune osservazioni sulle attribuzioni di valori in assenza di formazione di prezzi di mercato*, in *Giornale degli economisti*, 1904.
- RENNIE- SENKOW, *Financial reporting for private companies: the Canadian experience*, in *Accounting Perspectives*, 2009.
- SORRENTINO-SMARRA, *The burden of accounting standards for small and medium enterprises*, in *Corporate Ownership & Control*, 2014.
- UNCTAD, *SMEGA – Accounting and Financial Reporting Guidelines for Small and Medium-sized Enterprises, Level 3*, New York, 2009.
- VENUTI, *Il principio bilancio di esercizio fino agli IFRS*, 2006.



*Teoria e regolamentazione della contabilità: una prospettiva di  
analisi della riforma ex d.lgs. 139/2015 dai temi scelti costo  
ammortizzato e beni immateriali*

di **RICCARDO TISCINI**

**SOMMARIO:** **1.** IL BILANCIO TRA MODELLI TEORICI DI RIFERIMENTO E POLITICHE DEGLI STAKEHOLDERS – **2.** IL COSTO AMMORTIZZATO – **3.** I BENI IMMATERIALI – **4.** CONCLUSIONI

**1. Il bilancio tra modelli teorici di riferimento e politiche degli stakeholders.** Il bilancio è lo strumento attraverso il quale l'impresa rappresenta gli effetti della sua gestione, sotto i profili economico, patrimoniale e finanziario, affinché gli utilizzatori cui è destinato possano prendere consapevolmente le proprie decisioni.

Gli utilizzatori sono interni ed esterni, ma il diritto, come è ovvio, disciplina (quasi) esclusivamente l'informativa esterna, poiché essa rappresenta il bene tutelato di interesse generale per il corretto funzionamento del sistema economico.

Il bilancio rappresenta quindi gli effetti della gestione, ma non deve essere finalizzato a produrne. La rappresentazione deve essere ispirata a criteri di chiarezza, veridicità, correttezza e neutralità, nel senso che non deve essere piegato a specifici obiettivi che non siano quelli di un'informazione fedele alla realtà sugli effetti della gestione.

È innegabile, però, che dalla rappresentazione di bilancio derivino importanti effetti gestionali, poiché da essa dipendono le decisioni degli utilizzatori.

Il bilancio esprime la sua rappresentazione tramite un linguaggio tecnico codificato che dipende dalla teoria contabile di riferimento (c.d. "accounting theory"), per la quale vi sono una varietà di proposte della dottrina aziendalistica, in fondo accomunate dal poggiarsi su pochi semplici principi.

La responsabilità delle norme e dei principi contabili è di "codificare" in cosa

consista tale “informazione fedele”, operando una scelta di campo nell’ambito dei principi della scienza aziendalistica. Di qui il bisogno di un “quadro concettuale” per la regolamentazione contabile<sup>1</sup>.

La teoria contabile individua una varietà di modelli<sup>2</sup>, che possono polarizzarsi su due estremi:

- la logica del rinvio dei costi, basata sugli effetti economici realizzati dalle transazioni avvenute nei cicli gestionali;

- la logica dell’anticipazione dei ricavi, basata sul valore generato dai cicli gestionali realizzati o in corso di svolgimento, in termini non solo di effetti economici realizzati, ma anche di effetti economici futuri da essi ritraibili<sup>3</sup>.

Tra essi, quale via intermedia, può individuarsi il modello dei valori di mercato (fair value) dei singoli elementi patrimoniali, basato sul valore che gli operatori di mercato riconoscerebbero alle singole attività e passività aziendali identificabili, in funzione degli effetti economici futuri da esse ritraibili.

Nel modello del rinvio dei costi la rappresentazione riguarda solo le transazioni effettuate dall’impresa e l’incertezza è ascrivibile agli effetti attesi delle transazioni in corso, prevalentemente riguardante la recuperabilità dei costi sospesi.

Nel modello dei valori di mercato la rappresentazione riguarda anche le valutazioni del mercato sulle singole attività e passività aziendali in funzione dei loro effetti economici attesi e l’incertezza è ascrivibile all’efficienza del mercato e alle tecniche di valutazione da esso applicate (che devono riflettere i comportamenti dei partecipanti al mercato).

Nel modello dell’anticipazione dei ricavi la rappresentazione riguarda anche le valutazioni degli operatori sull’azienda nel suo complesso in funzione degli effetti economici complessivamente attesi e l’incertezza diviene quella propria

---

<sup>1</sup> Quale ad esempio il “*Conceptual Framework for Financial Reporting*” dei principi contabili internazionali IFRS, del 2010 e attualmente in corso di revisione.

<sup>2</sup> L’“accounting theory” ha visto fiorire alcune pregevoli sistemazioni negli anni ’60 e ’70 del secolo scorso. Solo per fare un esempio, che trova nella ricerca di un ponte tra economia e ragioneria, nonché tra teoria e pratica, il suo aspetto distintivo: E.O. Edwards – P.W. Bell, *The theory and measurement of business income*, University of California Press, 1965.

<sup>3</sup> Questo approccio e questa terminologia è, in particolare, utilizzata in: P. Capaldo, *Reddito, Capitale e bilancio d’esercizio*, Giuffrè, 1998.

delle valutazioni d'azienda, ascrivibile alla globalità dei benefici futuri ritraibili dall'azienda sulla base delle condizioni di gestione in cui essa si trova alla data di riferimento.

Il modello del rinvio dei costi è il modello della tradizione aziendalistica italiana, basato sul sistema del reddito<sup>4</sup> e mirato a rappresentare gli effetti economici delle transazioni effettuate. Il risultato di periodo corrisponde al profitto realizzato quale differenza tra i ricavi e i costi dei cicli gestionali completati. I ricavi e i costi dei cicli gestionali in corso sono invece rinviati al futuro, nello stato patrimoniale, che conseguentemente comprende il capitale effettivamente impiegato e le relative fonti di finanziamento.

Il modello dell'anticipazione dei ricavi è un modello teorico puro, che comporterebbe la rappresentazione nello stato patrimoniale non solo dei valori correnti di mercato delle singole attività e passività, ma anche del valore di avviamento, quale valore che gli investitori pagherebbero per l'intera azienda, in funzione dei benefici futuri da essa ritraibili. Il risultato di periodo corrisponde alla creazione di valore azionario, ossia alla differenza nel valore dell'azienda tra inizio e fine esercizio, corretta dei conferimenti (da sottrarre) e dei dividendi (da aggiungere).

L'impiego per l'informazione esterna del modello dell'anticipazione dei ricavi si scontra con ovvie criticità in termini di soggettività, incertezza e verificabilità dell'informazione.

Il modello dei valori di mercato è un modello che integra gli effetti economici delle transazioni effettuate con i valori attribuiti dal mercato alle singole attività e passività, a loro volta funzione degli effetti economici attesi da tali elementi patrimoniali. Il risultato di periodo corrisponde alla somma tra profitto realizzato sui cicli gestionali completati e variazioni nel valore di mercato delle singole attività e passività aziendali, pur non espresse da transazioni effettivamente realizzate.

É fisiologico, in qualche misura, che i modelli in concreto attuati si

---

<sup>4</sup> La sistemazione che ha ispirato decenni di letteratura aziendalistica italiana è quella di Gino Zappa. Ad esempio: G. Zappa, *Il reddito d'impresa*, Giuffrè, 1939.

discostino da quelli teorici a causa di specifiche esigenze pratiche.

Gli obblighi di bilancio disegnati dalle norme e dai principi contabili dovrebbero tuttavia avere quale riferimento, espressamente dichiarato da norme di principio, uno specifico modello contabile.

L'evoluzione della regolamentazione contabile, invece, non è andata in questa direzione. Gli Ias/lfrs, che sono attualmente i principi contabili più diffusi al mondo, sono ispirati dal modello dei valori di mercato, pur non richiamandone espressamente i principi e comunque non prevedendo una chiara esposizione separata tra il risultato relativo ai processi gestionali e quello ascrivibile alle variazioni di fair value.

Queste ultime, infatti, trovano ampio accoglimento nel bilancio, ma sono presentate in parte nel prospetto dei profitti e delle perdite ("profit and loss account", c.d. PL) e in parte nelle altre componenti del conto economico complessivo ("other comprehensive income", c.d. OCI), senza però che vi sia una chiara distinzione tra reddito realizzato e variazioni di fair value non realizzate.

Come già osservato in questi lavori<sup>5</sup> gli Ias/lfrs, assumendo la prospettiva degli investitori finanziari, hanno comportato una "finanziarizzazione" dell'informazione di bilancio, che ora accoglie non solo gli effetti delle transazioni dell'impresa, ma anche quelli delle valutazioni degli investitori sugli elementi patrimoniali della stessa.

L'idea di base è che, in tal modo, si perviene a un'informazione più completa e rilevante per le decisioni degli investitori.

Il punto è discutibile e non è questa la sede per approfondirlo. Tuttavia, ritengo importante sottolineare due aspetti.

In primo luogo, la rilevanza decisionale dei valori di mercato delle attività e delle passività dipende dal modello di business dell'impresa e dagli scopi con i quali un'attività e una passività sono detenuti. Ad esempio, la rilevanza dei valori di mercato è molto maggiore per gli intermediari finanziari (le banche) o le società di gestione di patrimoni (le holding, le immobiliari), ma lo è meno per le imprese

---

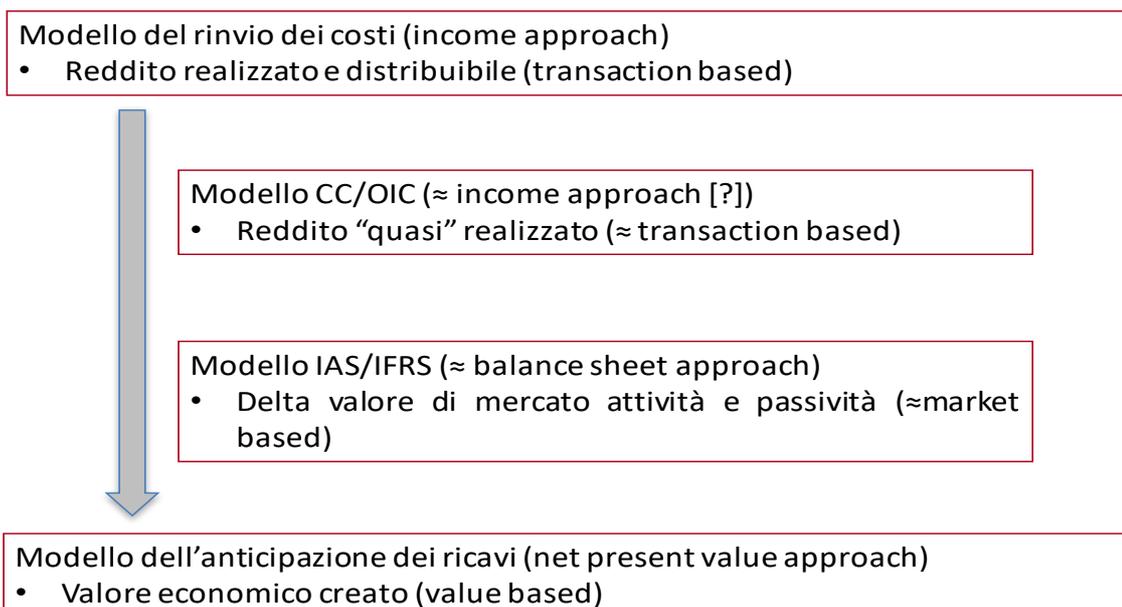
<sup>5</sup> Si veda, in particolare, l'intervento del prof. Giorgio Meo.

industriali e commerciali, per le quali l'obiettivo principale degli investitori è comprendere la capacità di generare redditi in futuro, che dipende dai profitti generati dalle transazioni gestionali (tendenzialmente ricorrenti) e non dalle variazioni dei valori di mercato (tendenzialmente non ricorrenti).

In secondo luogo, proprio quale conseguenza di ciò, è importante che l'informazione relativa ai profitti generati dalle transazioni sia presentata separatamente da quella relativa alle variazioni dei valori di mercato, proprio per mettere il lettore in condizioni di comprendere distintamente il risultato delle scelte gestionali dell'impresa e quello ascrivibile alle oscillazioni non realizzate nei valori di mercato. Il prospetto delle altre componenti del conto economico complessivo degli IAS/IFRS va in questa direzione<sup>6</sup>, ma non raggiunge pienamente lo scopo.

La riforma del d.lgs. 139/2015 compie alcuni passi che avvicinano il modello italiano, tradizionalmente ispirato al rinvio dei costi, a quello IAS/IFRS, ispirato alla valutazione di mercato degli elementi patrimoniali.

### Modello teorico di riferimento



<sup>6</sup> IAS 1, Presentation of financial statements.

Nell'ovvio interrogarsi se ciò sia un bene o un male e se convenga, per il futuro, proseguire nel processo di avvicinamento, occorre tenere conto sia delle finalità del bilancio, che dei suoi concreti utilizzi.

La finalità è quella di dare informazioni sulla gestione.

Un'informazione più ampia, che accolga i valori di mercato, è utile per gli investitori (senza dubbio interessati, ad esempio, alle consistenze reali degli attivi immobiliari o finanziari, e non solo ai loro costi storici), ma a patto di non confondere gli effetti delle transazioni con quelli sui valori di mercato.

Ciò richieda una chiara separazione tra risultato delle transazioni e risultato derivante dai valori di mercato, che non c'è negli IAS/IFRS e neanche nel sistema codice civile/OIC (in cui comunque l'accoglimento dei valori di mercato è ancora molto limitato).

L'evoluzione dell'informazione di bilancio verso i valori espressi dai mercati finanziari è da correlarsi alla "finanziarizzazione" dei sistemi economici, che ha consentito processi di creazione di valore in misura moltiplicata rispetto a quelli dell'economia reale.

Sulla spinta di tale "finanziarizzazione", i principi contabili hanno progressivamente aperto ai valori di mercato, che hanno per lunghi anni ampliato i risultati delle imprese, soprattutto bancarie, salvo poi correre ai ripari cambiando le regole quando, con la crisi del 2008, il mercato ha voltato le spalle a grandi comparti di prodotti finanziari strutturati, trascinando con sé anche i valori espressi dal mercato per l'economia reale (si è parlato, a tale proposito, di prociclicità del fair value)<sup>7</sup>.

Le regole contabili sono state in sostanza utilizzate quale strumento di politica economica, piegandosi prima all'interesse di riflettere nei bilanci l'euforia

---

<sup>7</sup> In particolare, il riferimento è alla circostanza che nel 2008, su pressione del mondo finanziario, lo IASB emanò una modifica allo IAS 39, recepita nell'ordinamento comunitario con il Reg. 1004 del 15 ottobre 2008, che consentiva la riclassificazione tra i "finanziamenti e crediti" delle attività "disponibili per la vendita", così prevedendone la valutazione al costo ammortizzato e non al fair value (finalizzata di fatto a evitare la rilevazione di ingenti perdite quale conseguenza del crollo delle quotazioni dei titoli c.d. "tossici"). Le valutazioni al fair value furono da molti messe sotto accusa, tra l'altro, per la loro prociclicità, riferita al fatto che in contesti recessivi e di sfiducia i valori di mercato calano (talvolta anche eccessivamente rispetto ai valori fondamentali) e ciò erode il patrimonio delle banche, le quali per conseguenza, dati i requisiti patrimoniali per l'esercizio dell'attività, riducono il credito all'economia reale, aggravando la crisi.

dei mercati finanziari e poi alla necessità di limitare i danni della crisi di fiducia sul sistema economico mondiale.

La crisi degli ultimi dieci anni ha moderato, ma non eliminato, il fenomeno. Nel mondo moderno la finanza non è più soltanto al servizio dell'industria (e dovrebbe forse esserlo di più), ma è essa stessa industria e ha suoi processi di creazione di valore.

Di qui la rilevanza decisionale dell'informativa sui valori espressi dai mercati, ma anche l'importanza di distinguerli dai valori espressi dalle transazioni d'impresa, perché le dinamiche e i rischi dei processi di creazione di valore dell'industria reale e dell'industria finanziaria sono assai diversi e l'informazione contabile dovrebbe rappresentarne distintamente le specificità.

Il business degli intermediari finanziari è nella gestione integrata di attivi e passivi, sicché un approccio di tipo patrimoniale, basato sui valori di mercato, è coerente con il modello di business.

Nel business delle imprese non finanziarie, invece, le attività e le passività sono investimenti e finanziamenti funzionali all'attività produttiva, che non rendono in modo autonomo, ma solo attraverso la combinazione produttiva aziendale. Per tali imprese, l'approccio del sistema del reddito è necessario per dare visibilità ai processi di creazione di valore dell'attività produttiva e l'approccio patrimoniale ai valori di mercato delle attività e delle passività può esserne un utile completamento, ma non dovrebbe con esso confondersi.

L'esigenza di una rappresentazione distinta è ancora più rilevante se si considerano gli utilizzi concreti del bilancio a fini civilistici e fiscali.

Il bilancio è strumento aziendale d'informazione, ma esso di fatto regola la vita delle imprese, determinando effetti concreti quali la condivisione assembleare sulla gestione, la distribuzione dei dividendi, i meccanismi di allerta sul capitale, il funzionamento dei contratti di finanziamento, il carico fiscale, ecc.

Le regole contabili dovrebbero rimanere neutrali rispetto ai concreti utilizzi dell'informazione e non piegarsi a essi, ma ciò può ottenersi solo se il bilancio presenta distintamente gli effetti di cicli gestionali e fenomeni di mercato, sicché le regole e i rapporti contrattuali che da esso dipendono possono selettivamente,

ma senza equivoci, attingere alle informazioni di volta in volta rilevanti.

Così il reddito distribuibile come dividendo dovrà limitarsi a quello effettivamente realizzato, i contenziosi sulla correttezza del bilancio potranno graduarsi diversamente a seconda che riguardino i fatti gestionali o le oscillazioni del mercato, le soglie di patrimonio netto che attivano fabbisogni di ricapitalizzazione o i *covenant* dei contratti di finanziamento potranno escludere le oscillazioni dei valori di mercato, ecc.

Sotto il profilo fiscale, la tassazione potrà apprezzare quale chiaro indice di capacità contributiva il reddito realizzato dalle transazioni aziendali, mentre non sembrano esserlo le oscillazioni del valore di mercato di attività e passività operative e finanziarie. Il principio della derivazione rafforzata, a mio giudizio condivisibile, avrebbe più efficace e semplice attuazione con una chiara distinzione tra reddito da transazioni e oscillazioni dei valori di mercato.

In conclusione, quanto più i due piani delle informazioni sulle transazioni aziendali e sulle variazioni dei valori di mercato sono tenuti distinti, tanto più l'interesse dei diversi *stakeholders* può essere correttamente perseguito utilizzando selettivamente le informazioni del bilancio. Al contrario, quanto più i piani si confondono, tanto più il bilancio è oggetto di pressioni indebite dei gruppi di *stakeholders* in sede di regolamentazione e di redazione, e tanto più si rendono necessarie regole civilistiche, fiscali e contrattuali che, non potendosi poggiare con chiarezza su di esso, tendono a ricostruire aggregati di valori *ad hoc*, a svantaggio della chiarezza e della certezza dei rapporti d'impresa.

**2. Il costo ammortizzato.** Il criterio del costo ammortizzato è previsto dall'art. 2426 c.c. per i crediti, i debiti e i titoli (art. 2426 c.c., nn. 1 e 8).

Esso introduce due sostanziali novità nella rappresentazione di bilancio:

- la rappresentazione unitaria di tutte le componenti economiche di uno strumento finanziario lungo la sua vita utile, attraverso il calcolo del tasso d'interesse effettivo;
- la rilevazione iniziale al valore attuale per gli strumenti finanziari regolati

a tassi diversi da quelli di mercato<sup>8</sup>.

L'impiego del tasso d'interesse effettivo per rappresentare gli effetti economici dello strumento finanziario ha effetti generalmente limitati sui risultati d'esercizio, ascrivibili alla più uniforme e corretta spalmatura dei costi e dei ricavi dello strumento lungo la sua vita utile, e comporta una più corretta classificazione nell'area finanziaria dei suoi effetti economici.

In tal modo, l'interesse nominale, i costi iniziali di transazione, le commitment fees e ogni altra forma di onerosità di un finanziamento vengono considerati unitariamente calcolando il tasso interno di rendimento dello strumento e redistribuiti sulla base di esso fino a scadenza (mentre prima, ad esempio, i costi iniziali di un finanziamento confluivano quali oneri da ammortizzare nell'area della produzione e alcune componenti commissionali iniziali potevano trovare imputazione direttamente tra i costi dell'esercizio).

Valga il seguente esempio:

### L'applicazione del costo ammortizzato ai debiti

- La società riceve un finanziamento a 5 anni da una banca, per 1000, con un interesse nominale del 4%, una commitment fee al primo anno del 5%, rimborso bullet e costi di transazione del 1%
- Il tasso è "di mercato"

#### DEBITO FINANZIARIO / BANCA A TASSI DI MERCATO

Anno	Flussi di cassa	Valore contabile	Interesse effettivo	Variazione debiti	Costi Old OIC	Delta Costi CE
0	940	940				
1	-40	950,77	50,77	10,77	52,00	-1,23
2	-40	962,13	51,35	11,35	52,00	-0,65
3	-40	974,09	51,97	11,97	52,00	-0,03
4	-40	986,71	52,61	12,61	52,00	0,61
5	-1040	0,00	53,29	-986,71	52,00	1,29

Tasso Interesse effettivo 5,40%

Si tratta di un'applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, che specifica criteri di classificazione e imputazione temporale i quali, in

<sup>8</sup> In particolare, si vedano l'OIC 15 e l'OIC 19.

fondo, non contrastano con i previgenti principi di redazione del bilancio e non introducono elementi di discontinuità nel modello contabile di riferimento.

L'attualizzazione dello strumento finanziario ai fini della rilevazione iniziale per gli strumenti non regolati a tassi di mercato rappresenta, invece, un importante scostamento dal modello del rinvio dei costi, poiché imputa all'esercizio di stipula del contratto l'intero effetto dello scostamento rispetto al valore di mercato dello strumento, lasciando che la redditività degli esercizi successivi si allinei al rendimento di mercato.

Ad esempio, nel caso di un finanziamento a medio-lungo termine a tassi inferiori al mercato, il bilancio rappresenta un finanziamento di minore entità a tassi di mercato e un ricavo per la differenza tra valore nominale e valore di mercato del finanziamento, che corrisponde al valore attuale delle differenze tra costo di mercato e costo contrattualmente pattuito.

Il presupposto logico è che il vantaggio o lo svantaggio di determinare condizioni fuori mercato deve ricadere nell'esercizio in cui si compie la scelta, e non in quelli successivi in cui la scelta esplica i suoi effetti giuridici.

Valga il seguente esempio:

## L'applicazione del costo ammortizzato ai debiti

- La società riceve un finanziamento a 5 anni da una banca, per 1000, con un interesse nominale del 1%, rimborso bullet, senza costi di transazione
- Il tasso "di mercato" è il 5%

Account economico (proventi finanziari) D/B/PN (se finanziamento della controllante)

### DEBITO FINANZIARIO / BANCA A TASSI INFERIORI AL MERCATO

Anno	Flussi di cassa	Valore contabile	Interesse effettivo	Variazione debiti	Costi d'OIC	Delta costi CE
0	1000	826,82	-173,18		0	-173,18
1	-10	858,16	41,34	31,34	10,00	31,34
2	-10	891,07	42,91	32,91	10,00	32,91
3	-10	925,62	44,55	34,55	10,00	34,55
4	-10	961,90	46,28	36,28	10,00	36,28
5	-1010	0,00	48,10	-961,90	10,00	38,10

Tasso Interesse Effettivo

Non si tratta però di una contabilizzazione degli strumenti finanziari al valore di mercato, poiché le oscillazioni successive dei tassi e dei prezzi di mercato sono irrilevanti per la rappresentazione in bilancio dello strumento.

Si può discutere se, sotto il profilo dell'utilità decisionale per gli utilizzatori del bilancio, sia preferibile rappresentare un finanziamento poco costoso, e correlativamente maggiori utili e patrimonio netto lungo la durata del prestito, oppure un finanziamento a costi di mercato e un beneficio economico iniziale, progressivamente riassorbito dai correlativi minori utili lungo la durata del prestito.

L'eventuale ricavo iniziale ha tuttavia una natura diversa da un provento finanziario ordinario e, in linea con la prospettiva di separare gli effetti delle transazioni da quelli degli andamenti del mercato, meriterebbe un'allocatione separata nel conto economico, attualmente non prevista dalla normativa. Essa consentirebbe di presentare con chiarezza entrambe le informazioni: nel reddito realizzato il risultato derivante dalle clausole contrattuali, separatamente gli effetti dell'attualizzazione ai valori di mercato.

Non vi sono dubbi, in ogni caso, sul fatto che si tratta solo di una diversa imputazione temporale dei medesimi componenti economici lungo l'intera durata dello strumento (il totale dell'effetto economico non cambia).

Conseguentemente, l'eventuale beneficio economico iniziale non dovrebbe essere distribuibile come dividendo, poiché rappresenta il valore attuale dei maggiori costi che contabilmente transiteranno in bilancio negli esercizi successivi<sup>9</sup>.

Analogamente, sotto il profilo fiscale, non sembra che il beneficio economico iniziale possa essere considerato un indice di capacità contributiva al pari dei profitti realizzati.

Sul punto sono sorte rilevanti incertezze applicative, risolte con la precisazione del d.m. 3.8.2017 del MEF solo per i finanziamenti tra controllante

---

<sup>9</sup> L'effettivo conseguimento degli utili (coerentemente con il disposto dell'art. 2433, comma 2), si avrà in effetti solo se si genereranno, nell'orizzonte del finanziamento, ricavi sufficienti a coprire tutti i costi, incluso il costo del finanziamento stesso.

e controllata (anche indiretta), secondo cui “assumono rilevanza fiscale esclusivamente i componenti positivi e negativi imputati a conto economico desumibili dal contratto di finanziamento, laddove siano rilevati nello stato patrimoniale componenti derivanti dal processo di attualizzazione a tassi di mercato previsto dal criterio del costo ammortizzato”<sup>10</sup>.

La tassazione quale reddito d'impresa dell'effetto attualizzazione sui finanziamenti a tassi inferiori al mercato sembra in effetti un'irragionevole anticipazione d'imposta rispetto all'effettiva realizzazione dei redditi<sup>11</sup>.

Pur nella convinzione che il principio di derivazione rafforzata sia la strada giusta nella prospettiva dell'equità e della semplificazione della tassazione del reddito d'impresa, non può negarsi che la tassazione immediata del differenziale da attualizzazione appare illogica.

L'evidenza separata degli effetti dell'attualizzazione, coerente con l'approccio teorico di separare i flussi da transazioni da quelli da mercato, contribuirebbe a una soluzione chiara e semplice del problema, dovendo la norma fiscale fare riferimento a un'informazione già presente nel conto economico (nella parte del reddito realizzato) e non ricostruita ai soli fini fiscali (come attualmente necessario ex d.m. 3.8.17).

**3. I beni immateriali.** I beni immateriali (c.d. *Intangibles*) rappresentano nei nostri tempi gli assets distintivi e i principali drivers del vantaggio competitivo delle imprese.

Nella competizione moderna, raramente i beni materiali sono responsabili del successo delle imprese, e quando lo sono (come ad esempio nel caso di alcuni impianti produttivi robotizzati) è perché in essi risiede una tecnologia distintiva, che è a sua volta un bene immateriale.

Gli *Intangibles* sono oggetto di investimenti aziendali crescenti, che tendono

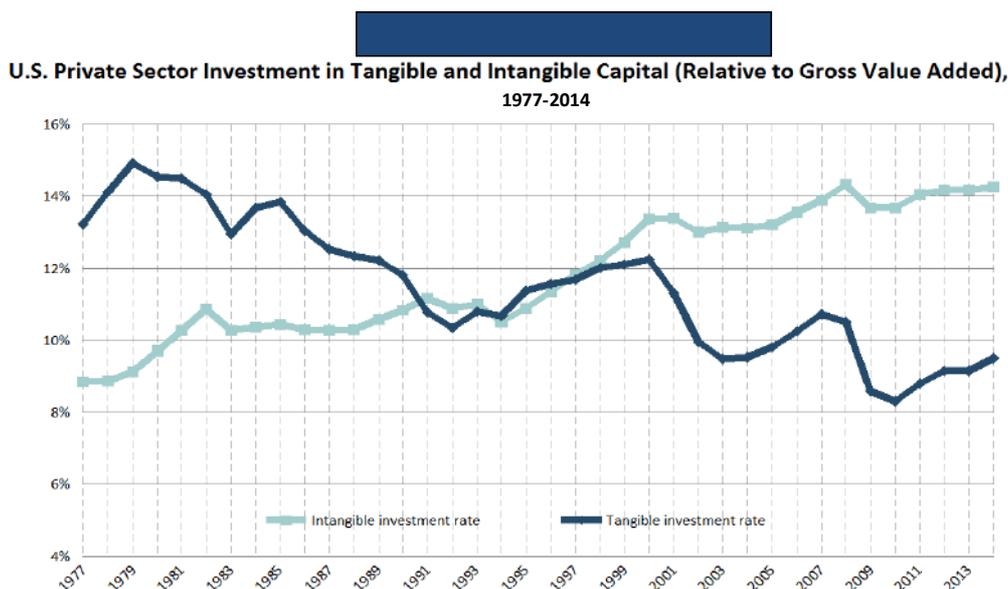
---

<sup>10</sup> Art. 1 d.m. 3.8.17, richiamato per i soggetti OIC-adopter dall'art. 2 del medesimo decreto.

<sup>11</sup> Le medesime considerazioni valgono per la deduzione del costo in capo al finanziatore e, all'opposto, per l'ipotesi di tassi superiori al mercato. Naturalmente, i rapporti di finanziamento a tassi non allineati al mercato sussistono principalmente tra soggetti tra i quali sussiste il controllo, ma la disciplina lascia aperti spazi d'incertezza molto ampi per i soggetti correlati o partecipati con percentuali tali da non costituire controllo.

verso livelli quasi doppi rispetto ai beni materiali, capovolgendo i dati di quarant'anni or sono.

## Beni immateriali: evoluzione storica



Source: Coral Carrado and Charles Hulten

Ai beni immateriali tradizionali, quali marchi, brevetti e licenze, si affiancano nuove tipologie di beni immateriali legati all'economia digitale, quali i dati sulla clientela e le piattaforme di social networking (es. Facebook), i portali e le piattaforme di business (es. Amazon), gli algoritmi dei motori di ricerca (es. Google). Tali imprese dominanti (c.d. "Over the top") sono in realtà costituite da un nesso di risorse immateriali il cui impiego innovativo ha consentito di acquisire un forte potere monopolistico e di erigere insuperabili barriere competitive, pur in assenza *ex ante* di barriere all'ingresso formali o tecnologiche.

Ne consegue una crescente rilevanza delle informazioni contabili sui beni immateriali, che tuttavia trovano in bilancio rappresentazioni parziali, eterogenee e caratterizzate da elevata incertezza.

In linea di principio, poiché il valore delle imprese è sempre più rappresentato da beni immateriali, sembrerebbe razionale che anche in bilancio ne emerga in via crescente il valore, quantomeno nei limiti degli investimenti effettuati su di essi, coerentemente con il modello di rinvio dei costi.

Su questo punto, invece, la riforma contabile nazionale, avvicinandosi agli IAS/IFRS, va nella direzione opposta.

I requisiti per la capitalizzazione degli investimenti in ricerca e sviluppo e nel marketing sono ora più stringenti<sup>12</sup>.

La ricerca applicata, se non qualificabile come sviluppo, non è più capitalizzabile. La voce spese di pubblicità è stata cancellata, ancorché, nell'interpretazione prevalente, continuano a essere capitalizzabili i costi di marketing per il lancio di nuove iniziative quando rientrano nei costi di impianto e ampliamento.

Le innovazioni normative intendono salvaguardare l'attendibilità, la comparabilità e la verificabilità dei bilanci, dettando criteri più rigorosi per la capitalizzazione dei costi, limitata alle circostanze nelle quali è più probabile e concreta l'esistenza dei benefici futuri capaci di consentire il recupero dell'investimento.

La portata delle nuove norme è quindi nell'impedire le capitalizzazioni quando non vi sia un chiaro legame con lo sviluppo e il lancio di nuovi prodotti o nuovi processi produttivi identificabili. Poiché, però, anche nel regime previgente era necessario dimostrare la concretezza dei benefici futuri attesi, la portata innovativa è in concreto minore di quanto sembri. I costi per l'alimentazione dei beni immateriali legati al marketing e alla tecnologia rimangono capitalizzabili, purché vi sia un chiaro legame con nuovi prodotti o processi, e siano ragionevolmente probabili benefici attesi sufficienti a recuperarli.

Per contro, i vincoli sulla durata dell'ammortamento delle spese di sviluppo e dell'avviamento sono stati allentati.

La norma previgente prevedeva l'ammortamento delle spese di (ricerca e)

---

<sup>12</sup> Art. 2426 c.c., comma 1, n. 5.

sviluppo e dell'avviamento acquisito a titolo oneroso entro cinque anni. Per l'avviamento, era prevista quale eccezione la possibilità di una durata superiore, con specifica motivazione sulla vita utile economica.

La norma attuale inverte il principio, prevedendo l'ammortamento lungo la durata della vita utile, con l'eccezione di un termine fisso di cinque anni per le spese di sviluppo e di dieci anni per l'avviamento, ma solo quando, eccezionalmente, la vita utile economica non sia stimabile attendibilmente. Tali casi sono però da ritenersi rari, perché l'OIC 24 detta, in linea con il precedente principio, criteri che consentono alle aziende con una adeguata funzione di pianificazione un'attendibile stima della vita utile attesa delle spese di sviluppo (ciclo di vita del prodotto o del processo) e dell'avviamento (la durata dei benefici attesi, il payback period, la vita media ponderata degli assets nelle acquisizioni, ecc.).

Ancorché le innovazioni sui requisiti per la capitalizzazione e sulla durata dell'ammortamento appaiano tendere in senso opposto (più restrittivo sul primo aspetto, più permissivo sul secondo), il criterio ispiratore è in entrambi i casi il rispetto di un più rigoroso criterio di utilità futura, da valutarsi in concreto caso per caso in base al modello di business e alla pianificazione aziendale, e non in base a criteri standard precostituiti (la ricerca sui progetti aperti capitalizzabile tout court, l'avviamento da ammortizzare in cinque anni, ecc.).

Il criterio è quindi strettamente coerente con il modello del rinvio dei costi e del reddito realizzato, non lasciando spazio all'accoglimento di valori di mercato o all'anticipazione di ricavi.

Ciò appare corretto e non lede le ragioni informative degli utilizzatori del bilancio, giacché date le caratteristiche di unicità dei beni immateriali e l'incertezza nel loro recupero, un approccio più aperto alla capitalizzazione dei costi avrebbe reso i bilanci meno comparabili e meno attendibili, lasciando maggior spazio a incentivi distorti quali l'aumento dei costi nei casi di profitti tassabili elevati o la loro riduzione nei casi di squilibrio economico.

Il principio contabile Oic 24 offre invece una guida sufficientemente circostanziata per contrastare gli abusi e consentire l'iscrizione all'attivo della

sola parte degli investimenti in beni immateriali della quale i piani d'impresa dimostrino la recuperabilità mediante una correlazione diretta con nuovi prodotti, processi o progetti d'impresa.

Sulla base di stime di bilancio più attendibili e verificabili, ben può operare il principio di derivazione rafforzata che ha consentito di eliminare le norme fiscali che dettavano criteri di ammortamento degli Intangibles sganciati dalla effettiva vita utile (quali ad esempio quelli sulla R&S e sulla pubblicità).

In tal modo, si perviene alla tassazione delle imprese sull'effettivo reddito realizzato, il che appare, in prima battuta, interpretazione corretta del principio di capacità contributiva.

Degli eventuali maggiori valori di mercato dei beni immateriali rispetto ai costi capitalizzati potrebbe darsi adeguata informativa in nota integrativa o, nella prospettiva (ipotetica) di un modello contabile basato sui valori correnti, nella fascia di patrimonio netto dedicata ai valori dei beni immateriali eccedenti il costo, senza in tal modo interferire con la rappresentazione del reddito realizzato e con la determinazione della base imponibile fiscale.

**4. Conclusioni.** Il modello contabile teorico di riferimento per la redazione dei bilanci è tradizionalmente stato, nel tempo, quello del rinvio dei costi. L'evoluzione della regolamentazione contabile internazionale negli ultimi decenni, sia sul fronte degli Us Gaap di matrice americana che su quello degli Ias/Ifrs di matrice europea, ha spostato l'impianto concettuale verso un modello a valori correnti, senza tuttavia assumerlo chiaramente come principio di riferimento e senza adottarne un'applicazione sistematica.

In concreto, i modelli Us Gaap e Ias/Ifrs sono quindi modelli "ibridi", che tentano di offrire agli investitori un quadro informativo più ampio e ricco di quello offerto dal modello del rinvio dei costi, ma senza pervenire a una rappresentazione separata e sistematica del reddito realizzato e delle variazioni di fair value. Tali valori negli aggregati contabili si confondono in modo non sempre facilmente intellegibile, a detrimento della chiarezza del messaggio.

L'evoluzione della regolamentazione contabile nazionale, finora

concettualmente ancorata al modello del rinvio dei costi e alla rappresentazione di un reddito realizzato, ha ora intrapreso la stessa strada, pur in modo assai limitato.

La riforma avvicina, con passi misurati, il sistema Codice civile/Oic a quello Ias/Ifrs. Solo il futuro dirà se è l'inizio di un percorso o meno. Di certo, però, il modello concettuale si è ibridato (come del resto è ancor più ibrido il sistema Ias/Ifrs).

Vi è da chiedersi se ciò sia un bene e la risposta richiede la soluzione di alcuni *trade-offs* non irrilevanti per effetti sostanziali sulla competitività delle imprese italiane.

Il primo è il trade-off tra integrità del modello e armonizzazione dei linguaggi contabili.

In linea di principio, ritengo che le norme contabili dovrebbero riferirsi a un modello teorico e muoversi all'interno di esso, pur con le fisiologiche specificazioni conseguenti alla necessità di calare i principi teorici nella pratica delle imprese.

Tuttavia, le imprese competono in un contesto globalizzato e ha poco senso, salvo per quelle molto piccole e puramente domestiche, che il linguaggio con cui si rappresentano all'esterno sia molto diverso da quello dei loro interlocutori.

In non rari casi, l'adozione dei principi contabili nazionali costringe le imprese a un doppio binario perché, con finalità di gestione di alcune relazioni di business (partecipazioni a gare, ottenimento di finanziamenti, accordi di partnership, ...), si rende necessaria la redazione di bilanci pro-forma secondo i principi contabili internazionali.

La perdita di integrità del modello del reddito realizzato può quindi giustificarsi alla luce della convergenza verso un linguaggio contabile uniforme, che renda la gestione delle imprese più intellegibile agli operatori internazionali.

Allo stato, però, i passi verso la convergenza sono limitati. Introducono novità che rendono meno integro il modello rispetto alla logica del rinvio dei costi e del reddito realizzato, senza tracciare un percorso di convergenza verso

gli IAS/IFRS. È comprensibile che una tale convergenza spaventi le imprese, ma occorre considerare che la moltiplicazione dei linguaggi contabili genera inefficienze, maggiori costi di transazione e soprattutto minore trasparenza informativa.

La riforma, con i suoi primi passi di convergenza, potrebbe incoraggiare le nostre medie imprese (che competono e che si finanziano - o dovrebbero maggiormente finanziarsi - sui mercati internazionali) all'adozione degli IAS/IFRS. Sarebbe un passo condivisibile, perché purtroppo parlare una lingua migliore e più semplice, ma non diffusa, non è un vantaggio nel contesto economico globale.

L'altro trade-off, intimamente collegato, è tra semplificazione e comparabilità del messaggio. Con la riforma vi sono oggi quattro possibili regimi di bilancio per le società di capitali italiane: gli IAS/IFRS, il regime ordinario Codice civile/OIC, il bilancio in forma abbreviata e il bilancio in forma semplificata per le micro-imprese.

Credo inopportuno moltiplicare i regimi nel tentativo di semplificare gli adempimenti alle imprese di dimensione minore, se questo comporta una minore trasparenza e una più difficile comparabilità dei bilanci.

Il bilancio in forma abbreviata non consente di comprendere adeguatamente gli equilibri economico e finanziario delle aziende, eppure è adottabile da imprese di dimensione apprezzabile, il cui operato coinvolge interessi non trascurabili di dipendenti, banche, fornitori, ecc.

Per le microimprese è prevista l'esenzione dalle principali innovazioni della riforma contabile in commento, ma evitare le innovazioni non comporta necessariamente un vantaggio di semplificazione, soprattutto se le novità spaventano più per l'assenza di abitudine che per la loro complessità intrinseca.

Anche in questo caso, il tema dovrebbe risolversi assumendo un modello contabile di riferimento e nell'ambito di esso, semmai, declinare semplificazioni per le imprese di dimensione minore. Non sembrano esservi grandi vantaggi nel moltiplicare le opzioni contabili in nome di una semplificazione che in realtà sembra piuttosto assecondare l'avversione al cambiamento.

I principali criteri guida per la regolamentazione contabile dovrebbero essere, ad avviso di chi scrive, la rilevanza decisionale per gli utilizzatori dell'informazione e la competitività delle imprese. Tra essi non c'è alcun *trade-off*, perché un'informazione utile per le decisioni degli *stakeholders* rafforza il supporto di questi ultimi verso l'impresa, a beneficio della sua stessa competitività.

All'armonizzazione delle regole è inopportuno rinunciare solo in difesa della (pur brillante) tradizione contabile, ma il percorso di cambiamento dovrebbe trovare chiara meta in un modello di bilancio internamente coerente e concettualmente corretto, che consenta di distinguere tra il reddito realizzato, cui peraltro ancorare effetti giuridici quali la distribuzione dei dividendi, la tassazione del reddito e i presidi a salvaguardia del capitale, e le variazioni dei valori correnti di mercato, che completano il quadro informativo per gli investitori e gli altri *stakeholders*, ma non rappresentano profitti realizzati con la gestione.



*Il nuovo principio di derivazione rafforzato per i soggetti OIC adopter*

di **GIUSEPPE MELIS**

**SOMMARIO:** **1.** PREMESSA: L'ART. 83, CO. 1, PRIMO PERIODO, TUIR E IL PRINCIPIO DI DERIVAZIONE PARZIALE. – **2.** I DIFFERENTI MODELLI. – **3.** RATIO DELLA SCELTA DELLA DERIVAZIONE E DELLA SUA PARZIALITÀ. – **4.** RISULTATO DI BILANCIO, RAPPORTO DI PRESUPPOSIZIONE E SINDACATO DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA SULLE SCELTE DI BILANCIO. – **5.** DEROGHE ALLA DERIVAZIONE PARZIALE: LA DERIVAZIONE CD "RAFFORZATA" PER I SOGGETTI IAS. – **6.** SEGUE: E PER GLI OIC ADOPTER. – **7.** QUESTIONI ULTERIORI E PROFILI DI DIRITTO TRANSITORIO. – **8.** CONCLUSIONI

**1. Premessa: l'art. 83, co. 1, primo periodo, TUIR e il principio di derivazione parziale.** Come noto, il principio di derivazione trova la sua fonte nell'art. 83, co. 1, primo periodo, a mente del quale il reddito d'impresa viene determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle disposizioni del TUIR. Come emerge dalla formulazione del citato art. 83, la dipendenza del reddito d'impresa dal risultato di esercizio è non già assoluta, ma soltanto parziale, in quanto il reddito d'impresa, seppur determinato assumendo quale punto di partenza l'utile o la perdita risultante dal bilancio civilistico, costituisce il risultato finale dell'applicazione delle opportune variazioni di natura fiscale in aumento oppure in diminuzione.

**2. I differenti modelli.** Per meglio comprendere la scelta fatta dal legislatore italiano e le sue conseguenze sul piano giuridico, va premesso che, in linea generale, il rapporto tra reddito fiscale e reddito civile può ispirarsi a tre differenti modelli.

Un primo modello, c.d. del "binario unico", assume il reddito civilistico

come valore direttamente rilevante ai fini fiscali. Una simile opzione presuppone una fiducia di fondo del legislatore tributario nei confronti delle scelte operate dai redattori del bilancio civilistico che, in quanto caratterizzate da un inevitabile margine valutativo, si prestano per loro natura a facili manipolazioni del risultato imponibile. Al fine di contrastare eventuali abusi, l'amministrazione finanziaria viene tuttavia dotata di pregnanti poteri di sindacato sulle scelte di bilancio, con l'effetto di introdurre ampi margini di incertezza a sfavore del contribuente nella fase di accertamento del reddito, con i conseguenti risvolti civilistici in ordine alla legittimità del bilancio. Tale modello, peraltro, può difficilmente riscontrarsi in una versione "pura", in quanto alcune variazioni si rendono comunque necessarie per rispondere ad imprescindibili esigenze di natura puramente fiscale, qual è il caso della tassazione solo parziale (o nulla) dei dividendi per attenuare (o eliminare) la doppia imposizione economica.

Un secondo modello prevede la netta separazione tra determinazioni civilistiche e fiscali. Esso richiede l'individuazione di regole analitiche di determinazione del reddito fiscale, tali da poter sostituire integralmente, secondo una valutazione esclusivamente fiscale, le determinazioni civilistiche, dando così luogo ad un vero e proprio "bilancio fiscale". Un simile sistema – noto come "doppio binario" (anche se tale espressione viene talvolta utilizzata per designare pure l'ipotesi in cui vi sia una dipendenza tra risultato civilistico e fiscale, ma le variazioni ai fini fiscali non influenzino in alcun modo la rappresentazione del reddito secondo le regole civilistiche) – appare, peraltro, proprio per tale obiettivo, non agevolmente perseguibile in termini legislativi, per la difficoltà di rappresentare compiutamente in un sistema normativo autonomo un contesto così ricco ed articolato qual è quello degli accadimenti economici aziendali e tale da richiedere, di conseguenza, almeno una norma di chiusura che rinvii alla determinazione di bilancio in tutti i casi non espressamente previsti dalla disciplina tributaria. Un "doppio binario" si potrebbe peraltro verificare anche nell'ipotesi in cui il reddito fiscale venisse determinato sulla base dei meri flussi di cassa (c.d. "*cash flow tax*").

Un terzo ed ultimo modello postula, infine, la dipendenza (o "derivazione")

del risultato fiscale dalle determinazioni civilistiche, intese quale punto di partenza da cui muovere per procedere all'applicazione di regole fiscali che, con riferimento a specifiche voci, provvedano a dettare limiti e condizioni per la relativa rilevanza ai fini fiscali. Limiti e condizioni cui, per loro natura, viene normalmente riconnesso l'effetto di escludere ogni ingerenza dell'Amministrazione finanziaria nelle valutazioni operate a livello civilistico, all'opposto di quanto accade con il c.d. "binario unico".

Tale dipendenza può peraltro essere diversamente intesa nei suoi contenuti e concretizzarsi, all'estremo, sin anche in una c.d. "dipendenza rovesciata", laddove la concessione di benefici fiscali sia subordinata all'appostazione di un fondo nel passivo dell'impresa non giustificata dalla normativa civilistica, con l'effetto finale di "inquinare" il bilancio con poste cui è sottesa una motivazione esclusivamente fiscale (c.d. "inquinamento del bilancio").

**3. Ratio della scelta della derivazione e della sua parzialità.** Per quanto appena visto, è al terzo modello che si ascrive dunque la scelta del legislatore italiano. Non esiste, di conseguenza, nell'ordinamento italiano, un "bilancio fiscale", inteso come autonomo documento riepilogativo, ai fini tributari, delle componenti reddituali e patrimoniali delle società, ma solo un prospetto fiscale che accoglie le variazioni rispetto al risultato civilistico.

La *ratio* alla base della scelta del legislatore italiano di instaurare, in generale, un nesso di dipendenza tra risultato civilistico e reddito d'impresa, viene tradizionalmente rinvenuta nella circostanza che il bilancio d'esercizio – che, giusta gli artt. 2423 e ss. c.c. deve conformarsi al principio di chiarezza nell'esposizione dei dati e rappresentare in modo veritiero e corretto sia la situazione patrimoniale che gli utili conseguiti o le perdite sofferte dall'impresa individuale o collettiva (Cass., n. 5926/2009) – costituisce il documento che più fedelmente, ancorché pur sempre in modo convenzionale, rispecchia l'incremento di ricchezza provocato dall'esercizio di un'attività imprenditoriale; incremento di ricchezza che risulta espressivo anche della capacità contributiva

attribuibile al soggetto passivo.

La scelta di rendere tuttavia tale nesso solo “parziale”, è a sua volta riconducibile ad una molteplicità di ragioni.

Una prima ragione può ricercarsi nelle finalità dei due settori del diritto qui in considerazione. Le norme dettate dal codice civile sul bilancio d’esercizio hanno una funzione essenzialmente informativa: il bilancio d’esercizio, infatti, è un documento riepilogativo dei fatti intervenuti all’interno dell’esercizio, al fine di rappresentarli tanto ai soci quanto ai terzi interessati alle vicende economiche dell’impresa. A ciò si aggiunga che le norme civilistiche si basano sul principio di prudenza per salvaguardare il patrimonio sociale ed evitare la distribuzione di utili non effettivamente conseguiti. Tali finalità potrebbero risultare in antitesi rispetto alle esigenze del legislatore tributario, soprattutto allorché si tratti di evitare eccessive sottovalutazioni dei componenti positivi di reddito ed eccessive sopravvalutazioni dei componenti negativi. In questa prospettiva, il prudente apprezzamento, con i conseguenti margini di discrezionalità, utilizzato dagli amministratori al momento di valutare i fenomeni oggetto di rappresentazione contabile, pur dovendo riflettere un dato “veritiero e corretto”, potrebbe non conciliarsi con le esigenze proprie dell’ordinamento tributario. Ciò risulta particolarmente evidente non tanto con riferimento alle vicende risultanti da rapporti con soggetti terzi rispetto all’impresa – rapporti che, di norma, sono basati su precise pattuizioni contrattuali e per i quali la valutazione si fonda sui corrispettivi pattuiti – quanto per i componenti di carattere estimativo, quali, tipicamente, gli ammortamenti, gli accantonamenti, le rimanenze, in relazione ai quali la normativa civilistica riconosce ai redattori del bilancio il potere di individuare il valore che meglio consente di fornire attraverso il bilancio stesso un’immagine veritiera della situazione patrimoniale e del risultato economico della gestione. Tali componenti, in quanto frutto di giudizi dotati di un margine più o meno ampio di opinabilità e in quanto basati su un ineliminabile apprezzamento di carattere soggettivo, risultano difficilmente verificabili da parte di un soggetto esterno all’impresa, qual è a tutti gli effetti il Fisco. La necessità di certezza e semplicità nelle determinazioni quantitative fiscalmente

rilevanti ha pertanto indotto il legislatore tributario a prevedere una disciplina più analitica di tali ipotesi di valutazione, predeterminando i margini di giudizio e delimitando, quindi, il processo valutativo da parte dell'impresa. In taluni casi è prevista la parziale, in altri la totale irrilevanza ai fini fiscali delle determinazioni adottate in sede civilistica. È quanto avviene, ad esempio, con riferimento alle misure previste per l'imputazione delle quote di ammortamento, alla valorizzazione delle rimanenze, alle limitazioni alla deduzione di accantonamenti a fronte della svalutazione dei crediti o, ancora, agli specifici criteri di determinazione degli interessi passivi deducibili.

Altra ragione che osta alla dipendenza assoluta tra bilancio civilistico e reddito d'impresa è quella sottesa al contrasto dei comportamenti elusivi ed evasivi, ciò che avviene mediante l'inserimento di norme che vietano o limitano la deducibilità di alcuni componenti negativi di reddito (ad es., le spese di rappresentanza, i beni utilizzati promiscuamente dai soci, ecc.) o la riconduzione a valore normale di alcuni componenti di reddito (ad es., le operazioni infragruppo poste in essere con società residenti all'estero).

Ancora, la deviazione dalla disciplina civilistica si rende necessaria per incentivare – ad es., prevedendo per i beni strumentali nuovi un periodo di ammortamento particolarmente breve onde favorire la sostituzione dei beni ormai obsoleti – oppure per disincentivare – ad es., limitando la deducibilità degli interessi passivi, onde disincentivare l'eccessivo indebitamento – determinati comportamenti, oppure per evitare la doppia imposizione economica nel caso di utili distribuiti tra società (ad es., prevedendo un'esenzione).

La deviazione potrebbe essere infine dovuta a mere ragioni di aumento del gettito: in tal caso, tuttavia, ben potrebbero emergere profili di incostituzionalità della disciplina per violazione dell'art. 53 Cost. (ad es., in materia di indeducibilità parziale dell'IMU e dell'IRAP dal reddito di impresa).

Va rilevato, peraltro, che la derivazione, oltre che parziale, è anche "formale", essendo previsto un principio di previa imputazione a conto economico ai fini della deducibilità dei costi.

**4. Risultato di bilancio, rapporto di presupposizione e sindacato dell'Amministrazione finanziaria sulle scelte di bilancio.** Tanto premesso, poiché il punto di partenza per le eventuali “deviazioni” è rappresentato, come detto, dal “risultato” (utile o perdita) del bilancio, la relativa disciplina viene “presupposta” dal legislatore tributario, nel senso che il legislatore non entra nel merito delle valutazioni effettuate dal redattore del bilancio per giungere a tale dato di partenza.

Ciò non significa che i “principi contabili” non possano talvolta rilevare in quanto tali, come ad esempio accade per le perdite su crediti, allorquando la cancellazione dei medesimi sia effettuata in “*applicazione dei principi contabili*” (in specie, l’OIC 15: Circ., n. 14/E/2014). Ai fini IRAP, poi, i principi contabili assumono diretta rilevanza, atteso che l’art. 5, d.lgs. n. 446/1997, dopo aver sancito la regola generale secondo cui la base imponibile è determinata “*dalla differenza tra il valore e i costi della produzione di cui alle lett. A) e B) dell’art. 2425 del codice civile*” (con esclusione di talune voci) – è la c.d. “presa diretta” dell’imponibile IRAP dai dati di bilancio – fa espresso rinvio ai “*criteri di corretta qualificazione, imputazione temporale e classificazione previsti dai principi contabili adottati dall’impresa*”, i quali valgono “*indipendentemente dalla effettiva collocazione nel conto economico*” dei componenti positivi e negativi del valore della produzione.

Più in generale, la circostanza che l’utile di bilancio sia assunto quale “mero fatto” ai fini della determinazione del reddito di impresa, esclude che l’Amministrazione finanziaria possa sindacare le scelte compiute in sede di redazione del bilancio. Si pensi, ad esempio, al valore presumibile di realizzazione dei crediti iscritti in bilancio; alla scelta del metodo di valutazione delle rimanenze di magazzino ex art. 92, co. 4, TUIR; alla scelta se capitalizzare o meno un onere di manutenzione ex art. 102, co. 6, TUIR (Cass., n. 7885/2016); alla determinazione della “*quota imputabile a ciascun esercizio*” per le spese relative a più esercizi ex art. 108, co. 3, TUIR (Cass., n. 377/2006); alla classificazione di un elemento dell’attivo tra le voci immobilizzate oppure tra

quelle circolanti (Cass., nn. 11240/2002 e 8292/2003). Anche l'Amministrazione finanziaria pare essersi orientata in tal senso (Circ., n. 73/E/1994), riservandosi tuttavia di valutare che le scelte di bilancio non si inquadrino in un più ampio disegno elusivo.

Ciò non impedisce peraltro che sia il legislatore stesso, facendo riferimento alla "corretta" applicazione dei principi contabili – ad es., nell'art. 94, co. 4-*bis*, TUIR in tema di valutazione dei titoli non costituenti immobilizzazioni; nell'art. 112, co. 6, TUIR, in tema di derivati con funzione di copertura; oppure, come sopra indicato, ai fini IRAP – e ad ammettere implicitamente il potere dell'Amministrazione finanziaria di sindacare le scelte di bilancio. Potere che potrà essere esercitato direttamente in sede di accertamento, senza necessità di procedere all'impugnativa di bilancio.

**5. Deroghe alla derivazione parziale: la derivazione c.d. "rafforzata per i soggetti IAS.** La regola generale della "derivazione parziale" appena esposta, contenuta nell'art. 83, co. 1, primo periodo – con i relativi corollari – ha subito negli ultimi anni due importanti deroghe.

La prima deroga ha riguardato i soggetti che redigono il bilancio di esercizio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS (soggetti c.d. *IAS adopter*), vuoi in quanto obbligati, vuoi in quanto essi abbiano esercitato la facoltà di optare per la relativa adozione, opzione dalla quale sono esclusi (ex d.l. n. 91/2014) i soli soggetti che possono redigere il bilancio in forma abbreviata di cui all'art. 2435-*bis*, c.c., nonché le c.d. "micro-imprese di cui all'art. 2435-*ter*, c.c..

Infatti, a seguito dell'intervento operato dall'art. 1, co. 58, L. n. 244/2007 – che ha introdotto all'art. 83, co. 1, un terzo periodo – per tali soggetti si attua un vero e proprio rinvio, anche in deroga alle disposizioni del TUIR, a "*i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio*" previsti dai predetti principi contabili. Si assiste, pertanto, per i soggetti *IAS adopter* ad un "rafforzamento" della portata del principio di derivazione – si parla, infatti, in tal caso di principio di derivazione rafforzata – che consente a tali soggetti di mantenere le rappresentazioni già adottate in sede di bilancio improntate

all'aspetto economico-sostanziale proprio dei principi IAS/IFRS e, correlativamente, di sottrarsi alla complessità delle rettifiche imposte dal TUIR nella riclassificazione dei fenomeni secondo criteri giuridico-formali.

Al tempo stesso, tuttavia, la circostanza che il legislatore ricorra alla tecnica del rinvio ai principi IAS/IFRS – e non alla mera presupposizione della disciplina civilistica e dei principi contabili nazionali, come per i soggetti di cui al primo periodo – fa sì che l'Amministrazione finanziaria possa accertare la corretta applicazione di tali principi (Circ., n. 7/E/2011). In ogni caso, il punto di partenza è rappresentato dal c.d. "conto economico separato", che non include le voci (proventi e oneri) imputate direttamente a patrimonio netto (che pure, come si dirà a breve, hanno rilevanza fiscale).

Per puntualizzare l'estensione della deroga alle norme del TUIR per i soggetti IAS *adopter* sono stati emanati due decreti – il d.m. n. 48/2009 e il d.m. 8/6/2011 – i quali contengono numerose regole, non di rado complesse, che derogano a loro volta alla derivazione rafforzata nel prevedere la prevalenza delle norme tributarie. Inoltre, con il d.l. n. 225/2010, il legislatore tributario, per i principi IAS approvati dopo il 31.12.2010, ne ha escluso l'immediata applicabilità, riservandosi di emanare apposite norme di coordinamento per la determinazione della base imponibile IRES e IRAP (c.d. "procedura di validazione" o di "*endorsement*").

Tanto premesso e passando adesso all'oggetto del rinvio, esso è così declinato.

Quanto ai criteri di qualificazione, si tratta dell'individuazione del modello giuridico-negoziale di riferimento in cui assume rilievo il principio della prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica, secondo il quale gli atti dell'impresa vanno qualificati sulla base degli effetti "sostanziali" che essi producono, piuttosto che sulla scorta delle loro forme ed effetti giuridici (ad es., per il *leasing* finanziario, gli IAS impongono di considerare il locatario quale "proprietario" dell'attività e non già quale mero committente di un servizio finanziario). Questa operazione serve a chiarire se l'operazione presenti unicamente profili patrimoniali – e dunque sia priva di rilevanza ai fini impositivi

– o si manifesti, in tutto o in parte, come fenomeno reddituale. In ogni caso, l'art. 2, co. 2, d.m. n. 48/2009 dispone che concorrono comunque alla formazione del reddito imponibile i componenti positivi e negativi, fiscalmente rilevanti ai sensi delle disposizioni del TUIR, imputati direttamente a patrimonio per effetto dell'applicazione degli IAS.

Quanto ai criteri di classificazione in bilancio, occorre individuare gli specifici effetti che il suddetto modello giuridico-negoziale di riferimento eventualmente produce sul reddito (e, contestualmente, individuare la specifica appostazione in bilancio dei relativi elementi reddituali e/o patrimoniali). Sotto il profilo reddituale, si tratta in sintesi di individuare la specifica tipologia (o "classe") di provento o di onere di ciascuna operazione così come qualificata nella rappresentazione IAS *compliant*. I suddetti criteri dipendono, a loro volta, dai criteri di qualificazione (ad es., sempre per il *leasing* finanziario, dalla qualificazione del locatario quale "proprietario" dell'attività, deriva la rilevazione del cespite tra le immobilizzazioni del locatario e la rilevazione da parte del medesimo degli ammortamenti, degli interessi passivi, ecc.).

Quanto ai criteri di imputazione temporale, si tratta della corretta individuazione del periodo d'imposta in cui i componenti reddituali fiscalmente rilevanti devono concorrere a formare la base imponibile. A tal fine, si deroga all'art. 109, commi 1 e 2, TUIR (art. 2, d.m. n. 48/2009) e si rinvia alle regole di rilevazione contabile espresse dai principi contabili internazionali, a quelle regole, cioè, che sono destinate ad individuare l'esercizio nel quale gli elementi di bilancio (attività, passività, patrimonio netto, ricavi, costi) devono essere contabilizzati, e quindi esposti nello stato patrimoniale o nel conto economico. Anche qui le differenze possono essere di non poco conto, a motivo della prevalenza della maturazione "economica" su quella "giuridica" (ad es., per la cessione di beni mobili, l'art. 109 TUIR fa riferimento alla spedizione o alla consegna, mentre per gli IAS rileva il trasferimento all'acquirente dei rischi significativi e dei benefici connessi alla proprietà dei beni).

Restano invece fuori dalla "derivazione" le valutazioni (ad es., gli ammortamenti del bene acquisito in *leasing* finanziario), non contemplate dalla

formulazione dell'art. 83, TUIR, ivi compresi i relativi limiti quantitativi, così come le disposizioni che prevedono la deduzione per cassa anziché per competenza (dividendi, compensi agli amministratori, ecc.), quelle che non consentono o limitano la deduzione di costi non inerenti o che prevedono la tassazione di componenti positivi frazionata nel tempo per motivi di opportunità fiscale (ad es., per le plusvalenze patrimoniali ex art. 86 TUIR), quelle che esentano o escludono, parzialmente o totalmente, determinati componenti positivi dalla formazione del reddito imponibile (ad es., Pex, dividendi, ecc.).

Il d.m. n. 48/2009 prevede, inoltre:

- che il riconoscimento ai fini fiscali dei criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio IAS, non determina, in ogni caso, in capo al medesimo soggetto passivo d'imposta, doppia deduzione ovvero nessuna deduzione di componenti negativi né doppia tassazione ovvero nessuna tassazione di componenti positivi (c.d. "principio della rilevanza impositiva dei componenti almeno e non più di una volta sola");

- che nel caso di operazioni tra soggetti IAS e soggetti non-IAS la rilevazione e il trattamento ai fini fiscali di tali operazioni sono determinati, per ciascuno dei predetti soggetti, sulla base della corretta applicazione dei principi contabili da essi adottati. Analogo principio si applica nel caso di operazioni in cui entrambi i soggetti applicano gli IAS anche quando siano utilizzati differenti criteri di iscrizione e di cancellazione dal bilancio di attività e passività: non è dunque richiesta una coerenza di rappresentazione di bilancio tra i partecipanti ad una medesima relazione negoziale;

- che per talune fattispecie la natura giuridica prevale in ogni caso sulla sostanza (ad es., per l'imputazione di ritenute e crediti d'imposta, da riferire sempre al soggetto titolare del rapporto giuridico, anche se in applicazione degli IAS non rilevi il reddito su cui tali prelievi risultino applicati).

Tra le disposizioni del d.m. 8.6.2011, va ricordato l'art. 3, che prevede che i requisiti di strumentalità dei fabbricati vadano apprezzati con esclusivo riferimento all'art. 43 TUIR, difettando la quale trova applicazione l'art. 90 TUIR relativo ai beni meramente patrimoniali.

**6. Segue: e per gli OIC adopter.** La seconda deroga riguarda quei soggetti che non abbiano adottato gli IAS – né per obbligo, né per opzione – e diversi dalle c.d. “micro-imprese”, che “*redigono il bilancio in conformità alle disposizioni del codice civile*”, da intendersi nel senso di essere destinatari dei nuovi principi contabili nazionali elaborati dall’OIC, come aggiornati ed adottati nel corso del 2016 in attuazione dell’art. 12, d.lgs. n. 139/2015.

Tale decreto legislativo, che recepisce in gran parte la direttiva n. 2013/34/UE, ha invero introdotto rilevanti novità nella disciplina del bilancio contenuta nel codice civile – nel complesso ispirata, come per gli IAS, ad una nuova concezione per lo più “finanziaria” dell’informativa di bilancio, basata sul c.d. “*fair value*” e sulla “sostanza” degli atti dell’impresa – rendendo necessario l’aggiornamento dei principi contabili nazionali da parte dell’Organismo italiano di contabilità (OIC), organismo costituito nel 2001 quale *Standard Setter* nazionale dotato di ampia rappresentatività (e pertanto capace di esprimere in modo coeso le istanze in materia contabile delle varie categorie interessate), e al quale la legge assegna il compito, tra gli altri, di emanare “*i principi contabili nazionali, ispirati alla migliore prassi operativa, per la redazione dei bilanci secondo le disposizioni del codice civile*” (art. 9-bis, d.lgs. n. 38/2005, come introdotto dalla L. n. 116/2014).

Tra le principali novità della riforma della disciplina del bilancio vi è la chiara affermazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma – segnatamente, l’art. 2423-bis, c.c. afferma doversi tenere “*conto della sostanza dell’operazione o del contratto*” – la cui declinazione pratica viene affidata alla legge e ai principi contabili nazionali, con contenuti peraltro non sempre coincidenti con le regole IAS (ad es., il *leasing* continua ad essere contabilizzato secondo il metodo patrimoniale).

L’affermazione di tale principio – che impone di rappresentare gli effetti giuridici dei contratti nel modo più efficace possibile, evidenziando gli effetti sostanziali che gli stessi producono in termini di diritti e obbligazioni – ha posto il legislatore dinanzi alla necessità, come a suo tempo accaduto per i soggetti

*IAS adopter*, di evitare ai contribuenti *OIC adopter* di dover gestire in dichiarazione un proibitivo “raccordo” tra le nuove disposizioni contabili e le disposizioni fiscali del TUIR, anche qui risolto mediante l’estensione – in sede di conversione del d.l. n. 244/2016 – del principio di derivazione rafforzata già previsto per i soggetti IAS.

A livello normativo, ciò si è tradotto nell’aggiunta di un inciso nel terzo periodo dell’art. 83, co. 1, TUIR, che statuisce l’idoneità dei criteri di “*qualificazione, imputazione temporale e classificazione di bilancio*” previsti dai principi contabili nazionali a derogare alle disposizioni del TUIR, nonché mediante un rinvio “*in quanto compatibil*” ai d.m. n. 48/2009 e 8.6.2011, dei quali il legislatore ha previsto una revisione demandata a decreti di natura regolamentare.

La revisione è stata poi attuata con d.m. 3.8.2017, confermando, in sostanza, la declinazione del concetto di derivazione rafforzata prevista per i soggetti IAS, generalizzando il principio della non necessaria coerenza di rappresentazione di bilancio tra i partecipanti ad una medesima relazione negoziale, quale che sia la loro natura (*IAS adopter*, *OIC adopter* diversi della microimprese, microimprese), e prevedendo, infine, talune regole specifiche, quali l’applicazione del “doppio binario” per i finanziamenti tra soci, dove i componenti reddituali rilevano secondo canoni giuridico-formali, indipendentemente dal trattamento contabile adottato. Come per i soggetti IAS, la tecnica del rinvio utilizzata dal legislatore farà sì che l’Amministrazione finanziaria possa accertare la corretta applicazione dei principi contabili nazionali che ne formano oggetto.

In ogni caso, come già previsto per i principi IAS con il d.l. n. 225/2010, anche per i futuri principi OIC il legislatore ha introdotto una c.d. “procedura di validazione”, impedendo così un loro automatico recepimento fiscale.

Al fine di dare un’idea più precisa della portata del nuovo principio di derivazione rafforzata per i soggetti *OIC adopter*, è interessante svolgere alcuni esempi.

1) quanto al principio di competenza, nel caso di cessione o di acquisto di

un bene o di prestazione di un servizio, l'OIC 15 e l'OIC 19 prevedono, rispettivamente per i ricavi e i costi, la rilevanza del "*passaggio sostanziale e non formale del titolo di proprietà*", assumendo quale parametro di riferimento, per tale passaggio sostanziale, il "*trasferimento dei rischi e benefici*": siffatto trasferimento si verificherà, in linea generale, al momento della consegna o spedizione per i beni mobili, della stipulazione del contratto per i beni immobili e dell'avvenuta ultimazione per le prestazioni di servizi – momenti coincidenti, di fatto, con quelli individuati dall'art. 109, co. 2, TUIR in materia di competenza – ma ciò solo ove le condizioni degli accordi contrattuali non prevedano che il trasferimento dei rischi e benefici avvenga in un diverso momento, al quale occorrerà altrimenti fare riferimento, senza che si renda pertanto necessaria una corrispondente variazione in dichiarazione; ne risulta, ad esempio, che laddove il soggetto non assuma alcun rischio (mera intermediazione), non iscriverà in bilancio né il ricavo della vendita, né il costo di acquisto della materia prima, bensì le sole commissioni ad esso spettanti e i ricavi derivanti da eventuali servizi prestati;

2) nel caso di *lease back*, la circostanza che l'OIC 12 preveda l'iscrizione della plusvalenza tra i risconti passivi e la sua imputazione graduale a conto economico in base alla durata del contratto di locazione finanziaria, sarà vincolante anche ai fini fiscali, come peraltro riconosciuto dalla stessa Amministrazione finanziaria (Ris., n. 77/E/2017); viene pertanto definitivamente superata la tesi dell'Amministrazione finanziaria medesima circa la necessaria imputazione della plusvalenza al solo esercizio di cessione del bene, peraltro già respinta dalla giurisprudenza con riferimento al regime di derivazione "semplice" (Cass. pen., n. 35294/2016);

3) nel caso di adozione del criterio del costo ammortizzato e dell'attualizzazione per i crediti e debiti commerciali, la rilevazione di un ricavo (ad es., di 1000) dilazionato oltre 12 mesi ad un valore inferiore (ad es., 950), con iscrizione degli interessi attivi corrispondenti alla differenza (50), da imputare poi contabilmente per la durata del periodo di incasso, origina l'automatico riconoscimento fiscale quali "interessi" degli interessi contabilizzati

come tali a seguito della “rideterminazione” dei ricavi; il medesimo criterio trova applicazione dal lato passivo (con riferimento agli acquisti con pagamento differito oltre 12 mesi), nonché per i crediti o debiti di natura finanziaria (con l’eccezione del finanziamento soci sopra evidenziata);

4) per le azioni proprie, la loro rivendita viene collocata dai nuovi principi contabili sul piano esclusivamente patrimoniale, con conseguente irrilevanza impositiva delle relative plus- e minusvalenze;

5) nel caso di adozione del criterio del costo ammortizzato per i finanziamenti passivi, i costi di transazione non origineranno più quote di ammortamento, bensì interessi, con i conseguenti effetti sull’art. 96 TUIR.

A tale novità, se ne aggiungono altre, talvolta applicabili a tutte le imprese, altre volte alle sole imprese che redigono il bilancio in forma ordinaria: l’eliminazione dallo schema di bilancio della sezione straordinaria; il divieto di capitalizzazione dei costi di pubblicità (salvi i casi in cui siano capitalizzabili tra i costi di impianto e di ampliamento) e di ricerca; la valutazione dei derivati al *fair value*; il criterio del trasferimento dei rischi e benefici per la rilevazione delle rimanenze (OIC 13) e delle immobilizzazioni materiali (OIC 16).

Dal quadro appena tracciato, deriva che il principio della derivazione “semplice” di cui al primo periodo dell’art. 83, co. 1, resta ormai applicabile alle sole c.d. “microimprese” di cui all’art. 2435-ter, c.c. – poiché espressamente escluse dal principio di derivazione rafforzata – nonché, deve ritenersi, alle società di persone (con l’eccezione di quelle interamente controllate da società di capitali, che, ex art. 111-*duodecies*, disp. att. c.c., sono vincolate nella redazione del bilancio alle regole previste per le società di capitali) e alle imprese individuali. Per le società di persone e le imprese individuali, infatti, l’art. 2217 c.c. non prevede un vero e proprio obbligo di redazione del bilancio secondo i principi OIC, che costituisce il presupposto per l’applicazione della disciplina fiscale appena descritta. Dubbia è, invece, l’inclusione o meno degli enti non societari.

Nel caso delle c.d. “micro-imprese” si tratta, tuttavia, di una differenziazione difficilmente giustificabile, dal momento che anch’esse

applicano le norme del codice civile e i principi OIC, con l'unica esclusione del criterio del "costo ammortizzato" – peraltro non applicabile neanche alle imprese che redigono il bilancio in forma abbreviata – e della valutazione dei derivati al *fair value* (ex art. 2435-ter, co. 3, c.c.). A ciò si aggiunge la constatazione che, con riferimento all'IRAP, la rappresentazione contabile "sostanziale" dei fatti di gestione trova invece pieno riconoscimento fiscale, attesa l'applicazione della c.d. "presa diretta" dal bilancio di esercizio.

In questa situazione, peraltro, potrebbero trovarsi anche soggetti di rilevanti dimensioni in termini patrimoniali – si pensi alle *holding* industriali – in quanto con caratteristiche tali (pochi dipendenti e componenti positivi non costituenti ricavi) da non superare i limiti di cui all'art. 2435-ter e, pertanto, soggette alla più penalizzante disciplina (in termini di variazioni e di fiscalità differita) della derivazione "semplice" (neanche oviabile con la scelta di redigere il bilancio in forma ordinaria, stante il rinvio ai "soggetti" di cui all'art. 2435-ter). Ad esempio, la rivendita di azioni proprie in portafoglio continuerà a determinare l'emersione di plus- e minusvalenze nonostante a livello contabile esso si rifletta solo sul patrimonio netto contabile.

Al momento, il problema è reso meno acuto dal fatto che il principio della rilevanza della sostanza dell'operazione e del contratto – una cui applicazione generalizzata avrebbe l'effetto di costringere le "microimprese" ad un sistematico "doppio binario" tra sostanza contabile e forma fiscale – si ritiene limitato, come peraltro risulta espressamente dalla relazione di accompagnamento sia al d.lgs. n. 139/2015, sia al d.m. 3.8.2017, alle sole fattispecie puntualmente declinate in tal senso dalla legge e dai nuovi principi contabili nazionali, almeno in attesa della revisione dell'OIC 11 riguardante le finalità e i postulati del bilancio di esercizio.

In prospettiva, tuttavia, un'eventuale estensione generalizzata del principio della rilevanza della sostanza dell'operazione e del contratto, se da un lato avrebbe l'effetto di "allineare" maggiormente il trattamento contabile (e dunque fiscale) tra soggetti IAS *adopter* e OIC *adopter* di una serie di fattispecie (tra cui, ad es., le *stock option*) non puntualmente disciplinate dagli attuali principi

contabili e per le quali la prevalenza della sostanza sulla forma è attualmente limitata ai soggetti IAS *adopter*, dall'altro essa potrebbe invece avere proprio l'effetto di "acuire" le problematiche di quei soggetti cui viene attualmente precluso l'accesso al regime della derivazione rafforzata.

**7. Questioni ulteriori e profili di diritto transitorio.** La L. n. 19/2016, in sede di conversione del d.l. n. 244/2016, oltre a prevedere il principio della derivazione rafforzata, ha inteso disciplinare ulteriori questioni, tra l'altro qui in gran parte riferibili anche alle microimprese escluse dall'applicazione del principio di derivazione rafforzata.

La prima questione ha riguardato l'eliminazione dallo schema di conto economico della sezione straordinaria, che comporta adesso la riallocazione delle voci precedentemente qualificabili come straordinarie nelle voci A, B e C del conto economico. Il legislatore si è limitato a precisare che sono esclusi da Irap i "*componenti positivi e negativi di natura straordinaria derivanti da trasferimenti di azienda o rami d'azienda*" (da sempre ritenute estranee alla base imponibile: Circ. n. 27/E/2009), mentre tutte le altre voci "straordinarie" assumono ormai rilevanza indipendentemente dall'operare del principio di "correlazione" già contenuto all'art. 5, co. 4, d.lgs. n. 446/1997 (salvo che siano collocabili nell'area finanziaria, quali le sopravvenienze attive da ristrutturazione del debito, collocate dall'OIC 12 nella voce finanziaria C.16.d). Analoga (limitata) esclusione è stata prevista ai fini di qualsiasi altra disposizione fiscale che faccia riferimento alle lettere A) e B) dell'art. 2425 c.c., quali: il calcolo del ROL (art. 96, co. 2, TUIR, peraltro oggetto di un'apposita disposizione), il calcolo del *plafond* per le spese di rappresentanza (art. 108, co. 2, TUIR), i ricavi minimi delle società di comodo (art. 30, co. 1, L. n. 724/94) e il rispetto dei c.d. "criteri di vitalità" per consentire il riporto delle perdite delle società partecipanti ad operazioni di fusione e scissione (art. 172, co. 7, TUIR; art. 173, co. 10, TUIR).

Per quanto riguarda gli strumenti finanziari derivati non di copertura, è stato modificato l'art. 112 TUIR, che consente adesso il pieno riconoscimento

fiscale delle componenti positive e negative iscritte in bilancio per effetto del nuovo OIC 32 (restando pertanto applicabili alle sole “microimprese” le limitazioni alla deducibilità di cui al comma 3).

Quanto poi ai costi di pubblicità e ricerca, l’art. 108 co. 1 e co. 2, primo periodo, TUIR, che ne prevedevano la deducibilità *“nell’esercizio in cui sono state sostenute ovvero in quote costanti nell’esercizio stesso e nei successivi ma non oltre il quarto”*, sono stati modificati per consentirne la deducibilità *“nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio”* (modifica rilevante anche per i costi di sviluppo, precedentemente ammortizzabili entro un periodo massimo di cinque anni e adesso sulla base della loro “vita utile” anche ove maggiore di cinque anni: art. 2426, co. 1, n. 5, c.c.). Per quelli capitalizzati negli esercizi precedenti, la deduzione continuerà a seguire il precedente piano di rateizzazione, in attuazione della regola generale che prevede la continuità (anche ai fini IRAP) per le qualificazioni, classificazioni, valutazioni e imputazioni temporali risultanti dal bilancio in corso al 31.12.2015.

A tale ultimo riguardo e più in generale, l’articolato normativo prevede le seguenti disposizioni che regolano il regime transitorio:

- le nuove disposizioni fiscali si applicano ai componenti reddituali e patrimoniali rilevati in bilancio a decorrere dall’esercizio successivo a quello in corso al 31.12.2015;

- tuttavia, viene conservata la rilevanza delle qualificazioni, classificazioni, valutazioni ed imputazioni risultanti dai bilanci in corso al 31.12.2015, che vengono assoggettati alla disciplina fiscale previgente;

- in sede di prima applicazione dei nuovi principi contabili i costi imputati direttamente a patrimonio netto sono fiscalmente rilevanti (con conseguente modifica dell’art. 109, co. 4, TUIR);

- tuttavia, vengono “sterilizzate” le rettifiche dell’attivo patrimoniale derivanti dalla prima applicazione dei nuovi OIC: sono infatti irrilevanti, ai fini della determinazione del reddito e del valore fiscalmente riconosciuto, sia il ripristino di costi già imputati a conto economico di precedenti esercizi, sia l’eliminazione di costi iscritti e non più capitalizzabili (ad es., la cancellazione

dall'attivo dei costi di ricerca non più capitalizzabili, con imputazione diretta delle quote residue al saldo di apertura del patrimonio netto), per i quali resta tuttavia ferma la deducibilità sulla base dei criteri applicabili negli esercizi precedenti il 2016 (in considerazione dell'avvenuta modifica all'art. 109, co. 4, TUIR, che presume comunque avvenuto il transito da conto economico e dunque rispettato il principio di previa imputazione);

- ai fini IRAP, sempre in sede di prima applicazione, i componenti imputati a patrimonio netto concorrono a formare il reddito ove sarebbero stati classificati nelle voci di cui alle lettere A) e B) del conto economico rilevanti ai fini IRAP.

**8. Conclusioni.** In conclusione, nel mentre resta ferma la sostanziale identità nel profilo "procedurale" della determinazione del reddito d'impresa – che tuttora si snoderà attraverso i seguenti passaggi: (i) quantificazione dell'utile o della perdita sulla base delle regole dettate dal codice civile e/o dai principi contabili (nazionali o internazionali); (ii) analisi di quali fatti e quali valutazioni trovano nella norma tributaria una specifica regolamentazione (fatti salvi, nel caso di derivazione rafforzata, i criteri di classificazione, imputazione temporale e qualificazione in bilancio, e nei limiti operativi che sopra si sono indicati); (iii) verifica dell'esistenza o meno di una coincidenza tra la valutazione operata ai fini civilistici e quella richiesta dalla normativa tributaria e, nel caso in cui tale coincidenza non vi sia; (iv) rettifica in sede di dichiarazione dei redditi del risultato di esercizio, apportando ad esso le variazioni in aumento ed in diminuzione del reddito imponibile richieste dalla normativa tributaria – altrettanto non accade, come visto, sotto il profilo "sostanziale".

Sotto tale profilo, infatti, non solo permane, sia pure in termini decisamente attenuati, una "non neutralità" tra i soggetti IAS e quei soggetti non IAS adesso oggetto dell'applicazione del principio di derivazione rafforzata – attesa la non piena identità di contenuto tra i principi contabili internazionali e nazionali – ma ad essa si aggiunge quella tra le imprese soggette al principio di derivazione "rafforzata" e quelle soggette al principio di derivazione

“semplice” e, nell’ambito di queste ultime, tra quelle tenute all’applicazione dei principi OIC e quelle che non vi sono tenute.

In altri termini, la determinazione del reddito di impresa è funzione dei principi contabili adottati, talvolta (per gli IAS) per opzione, delle dimensioni dell’impresa e della sua natura giuridica.

In prospettiva – oltre all’estensione del principio di derivazione rafforzata alle microimprese e alla previsione della generalizzata applicazione dei principi contabili OIC quale che sia la forma giuridica rivestita per l’esercizio dell’impresa (mantenendo ferma, per i soggetti meno “attrezzati”, l’esclusione delle regole più complesse, quali ad esempio il costo ammortizzato e l’attualizzazione) – due sembrano le ulteriori soluzioni su cui ragionare.

Da un lato, una più generale “riscrittura” delle norme del TUIR sul reddito di impresa e un loro “adeguamento” alla nuova realtà contabile, anche tenuto conto che la soluzione della “derivazione rafforzata” per i soggetti IAS era stata concepita quale disciplina “transitoria”, in attesa appunto di un riordino complessivo della disciplina del reddito di impresa; revisione, tuttavia, che si rende adesso ancor più complessa per effetto della nuova dimensione dei principi OIC e della più volte rilevata non identità di contenuto tra i medesimi principi IAS e i principi OIC.

Dall’altro lato, una più generale riflessione sul passaggio a nuove metodologie di determinazione del reddito delle imprese, ivi compresa l’applicazione del principio c.d. “di cassa” (secondo il modello della *cash flow tax* oppure del c.d. “reddito liquido”) – con una conseguente netta separazione tra bilancio e reddito fiscale – tenuto anche conto che il principio di competenza ha mostrato limiti significativi a riflettere, in tempi di crisi, la reale “capacità contributiva” delle imprese.

### **Riferimenti bibliografici**

ANDREANI G., TUBELLI A., *L’estensione del principio di derivazione rafforzata alle imprese OIC: una riforma a metà?*, in *Il Fisco*, 2017, p. 2907 ss..  
ANDREANI G., TUBELLI A., *L’impatto fiscale della declinazione del principio di rappresentazione sostanziale*, in *Il Fisco*, 2017, p. 3011 ss.  
ASSONIME, Circolare n. 48 del 1 dicembre 2004; ASSONIME, Circolare n. 22 del 31 marzo

2008.

ASSONIME, Circolare n. 14 del 21 giugno 2017.

ATTARDI C., *Abrogazione delle deduzioni extracontabili e riallineamento dei valori civili e fiscali*, in *Il Fisco*, 2008, n. 20, fasc. 1, p. 3624 ss.

BEGHIN M., *Immobilizzazioni materiali, IAS 16 e determinazione del reddito d'impresa*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3571 ss.

DAMIANI M., *Rilevanza fiscale del criterio di "competenza" IAS dei ricavi*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1100 ss.

DAMIANI M. – RICCI C., *Inquinamento fiscale del bilancio e potere di sindacato del Fisco sulle valutazioni civilistiche*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 857 ss.

DEL FEDERICO L., *Forma e sostanza nella tassazione del reddito d'impresa: spunti per qualche chiarimento concettuale*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, p. 139 ss.

FALSITTA G., *Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nel progetto di riforma della imposta sulle società (Ires)*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 921 ss.

FERRANTI G., *Le spese relative a più esercizi per i soggetti IAS*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 175 ss.

FUSA E., *Principi contabili OIC: quale valenza giuridica ai fini civilistici e fiscali?*, in *Il Fisco*, 2017, p. 1663 ss.

GALLO F., *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 272 ss.

GRANDINETTI M., *Il principio di derivazione nell'IRES*, Padova, 2016.

LUPI R., *Nuove prospettive di raccordo tra valutazioni civilistiche e reddito fiscale*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1095 ss.

MELIS G., RUGGIERO E., *Pluralità di sistemi contabili, diritto commerciale e diritto tributario: l'esperienza italiana*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 1624 ss.

MICHELUTTI R., *Gli effetti della Finanziaria 2008 sulle attività immateriali disciplinate dallo IAS 38*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3577 ss.

MOLINARO G., *La sostanziale indeducibilità degli oneri di aggregazione aziendale per i soggetti IAS/IFRS* (nota a Ris. Ag. Entrate, 12 ottobre 2007, n. 289/E), in *Corr. trib.*, 2007, p. 3701 ss.

POTITO E., *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989.

SALVINI L., *Diritto societario e diritto tributario: dieci anni dalle riforme*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 698 ss.

TABET G., *I lavori della Commissione Gallo con particolare riferimento al tema del disinquinamento del bilancio*, in *Il Fisco*, 2003, fasc. 1, p. 6063 ss.

TINELLI G., *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991.

VACCA I., *Gli IAS/IFRS e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: effetti sul bilancio e sul principio di derivazione nella determinazione del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 757 ss.

VACCA I., *L'impatto degli IAS sul principio di derivazione dei redditi di impresa dalle risultanze di bilancio*, in Assonime, Note e studi n. 113, novembre 2007.

VALACCA R., *Deduzione dei canoni di leasing per imprese IAS e non IAS*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 351 ss.

VERSIGLIONI M., *Il reddito liquido: lineamenti, argomenti ed esperimenti*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 741 ss.

VICINI RONCHETTI A., *Il leasing finanziario nello IAS 17*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3606 ss.

ZIZZO G., *Gli IAS e la determinazione del reddito d'impresa nella "relazione Biasco"*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2899 ss.

ZIZZO G., *La soppressione della deduzione extracontabile: un passo avanti o un passo indietro?*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3753 ss.; ZIZZO G., *I principi contabili internazionali*, in AA.VV. (a cura di G. Tesauro), *Imposta sul reddito delle società*, Milano, 2007, p. 715 ss.

ZIZZO G., *L'Ires e i principi contabili internazionali: dalla neutralità sostanziale alla neutralità procedurale*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 316 ss.



*Il principio di derivazione nella determinazione dell'imposta delle società: profili comparati*

di **MARIO GRANDINETTI**

**SOMMARIO:** **1.** PREMESSA. – **2.** I MODELLI DI DETERMINAZIONE DELLA BASE IMPONIBILE DELL'IMPOSTA SOCIETARIA IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA. – **3.** I PRINCIPI CONTABILI INTERNAZIONALI IAS/IFRS E LA DETERMINAZIONE DELLA BASE IMPONIBILE. – **4.** L'IMPATTO DELLA DIRETTIVA 2013/34 UE NEGLI ORDINAMENTI TRIBUTARI DI FRANCIA, GERMANIA E REGNO UNITO. PROSPETTIVE DI RIFORMA PER L'ORDINAMENTO TRIBUTARIO ITALIANO

**1. Premessa.** Il principio di derivazione o dipendenza del reddito imponibile rispetto al risultato emergente dal bilancio d'esercizio è analizzato in questo studio in una prospettiva comparata.

L'approfondimento che ci proponiamo di effettuare assume una particolare rilevanza in ragione delle novità intervenute nella disciplina contabile europea. Il riferimento è al recepimento della Direttiva Europea 2013/34/UE e ai connessi riflessi fiscali.

In particolare, lo studio intende affrontare tre profili che rappresentano – a nostro avviso – i temi di maggiore interesse.

Un primo profilo riguarda l'individuazione e la descrizione dei principali modelli di derivazione o dipendenza presenti in alcuni ordinamenti giuridici europei.

Un secondo ambito di indagine è relativo agli effetti fiscali derivanti dall'evoluzione della normativa contabile.

Un terzo approfondimento si concentra sulle soluzioni fornite dai singoli ordinamenti giuridici analizzati rispetto ad una particolare categoria di soggetti passivi del tributo societario, vale a dire le piccole e medio imprese.

**2. I modelli di determinazione della base imponibile dell'imposta societaria in una prospettiva comparata.** Avendo riguardo alla disciplina

positiva rinvenibile all'interno degli ordinamenti dei paesi dell'Unione Europea, ma non solo<sup>1</sup>, si possono individuare tre principali modelli di determinazione della base imponibile dell'imposta societaria.

In tale ambito, anticipando in parte le conclusioni cui giungeremo, non appare corretto proporre la tradizionale dicotomia tra il modello della totale derivazione del reddito imponibile dal risultato di bilancio e quello della totale separazione tra le due determinazioni quantitative. Invero, la dottrina<sup>2</sup>, anche tenendo conto delle soluzioni offerte dalle legislazioni nazionali<sup>3</sup>, ha identificato tre principali schemi di determinazione dell'imposta.

Il primo modello, denominato della "dipendenza formale", è basato su una stretta correlazione tra quanto indicato in sede di redazione del bilancio d'esercizio e quanto poi riportato nella dichiarazione dei redditi. In particolare, la stretta correlazione tra i due ambiti disciplinari implica, quale ulteriore condizione, la previa imputazione a bilancio dei componenti negativi di reddito mentre, solo per il tramite di specifiche disposizioni tributarie, è possibile deviare dal risultato di conto economico.

Il secondo modello, denominato della "dipendenza materiale", impone di utilizzare il risultato dell'esercizio quale base di partenza per determinare il reddito imponibile, ma non obbliga, in linea generale, ad una necessaria previa imputazione a conto economico dei componenti negativi di reddito quale condizione per poter usufruire di specifiche opzioni di natura tributaria.

Infine, il terzo dei modelli individuati, denominato della "materiale indipendenza", assume il dato di conto economico quale punto di partenza per la determinazione dell'imposta societaria, pur tenendo presente che la

---

<sup>1</sup> Al momento in cui si scrive il Regno Unito non ha ancora definito con le Istituzioni competenti gli aspetti giuridici derivanti dall'uscita dell'Unione Europea a seguito del referendum del 23 giugno 2016. Per tale ragione, e per i fini che interessano questo scritto, il Regno Unito verrà considerato come appartenente all'Unione Europea. Molte delle considerazioni che verranno svolte restano comunque valide, indipendentemente dall'appartenenza (o meno) all'Unione Europea.

<sup>2</sup> P. ESSERS – R. RUSSO, *The precious relationship between IAS/IFRS, national tax accounting systems and the CCCTB*, in AA. VV., *The influence of IAS/IFRS on the CCCTB*, The Hague, 2009, p. 32.

<sup>3</sup> Un'approfondita analisi è rinvenibile in D. ENDRES (edited by), *The determination of corporate taxable income in the EU Member States*, The Hague, 2007, pp. 25 e ss.

disciplina tributaria permette di riqualificare, autonomamente, tutte le fattispecie rilevanti per la determinazione della base imponibile.

La maggior parte delle discipline fiscali dei paesi dell'Unione Europea, tra cui quella francese (oltre a quella italiana), è orientata verso il primo dei modelli individuati, in cui la dipendenza formale è comunque di tipo "parziale".

Sono ascrivibili al secondo dei modelli considerati le discipline fiscali del Regno Unito e, solo da qualche anno, quella della Germania, mentre un sistema di materiale indipendenza è ravvisabile nella disciplina dell'imposta societaria olandese.

L'analisi dei modelli rinvenibili all'interno delle discipline fiscali dei paesi dell'Unione Europea ci permette di affrontare, in maniera più puntuale, lo studio comparatistico.

Gli ordinamenti oggetto della nostra attenzione sono quello francese, quello tedesco e quello del Regno Unito.

Nella scelta si è tenuto conto del fatto che i sistemi fiscali di Francia e Germania, sebbene entrambi ascrivibili a modelli di dipendenza, presentano, anche per ragioni storiche e per l'evoluzione che hanno subito negli ultimi anni, specifiche peculiarità, tali da poter giustificare una distinta trattazione.

Allo stesso tempo, la scelta di analizzare la disciplina del Regno Unito è dettata, oltre che dall'interesse ad approfondire un differente modello di determinazione dell'imposta societaria, anche per evidenziare come l'incidenza dell'introduzione dei nuovi principi contabili internazionali muti all'interno di un ordinamento giuridico da cui "derivano" tali principi contabili.

Un'ulteriore motivazione che ci ha condotto alla scelta di questi ordinamenti giuridici sta nella tipicità dei rispettivi modelli di determinazione del reddito i quali appartengono a due sistemi giuridici differenti, di *civil law* e di *common law*, e quindi in grado di offrire ulteriori e interessanti spunti di comparazione rispetto al modello italiano.

L'ipotesi è di verificare l'evoluzione (adeguamento) che gli Stati richiamati mostrano rispetto alle indicazioni che sono individuate dalla disciplina europea in materia contabile, con i connessi riflessi fiscali. L'obiettivo non è quindi solo lo

studio del diritto straniero, ma (anche) un'analisi comparata, atteso che i due approcci sono concettualmente e metodologicamente diversi, e ciò vale anche per le problematiche di diritto tributario.

Quanto al metodo occorre seguire le indicazioni che vengono dagli studiosi di diritto comparato, ovvero accedere allo studio del diritto straniero direttamente dalle fonti di un sistema giuridico, fonti "formanti", comprensivi della "mediazione" interpretativa della dottrina dello stesso Stato oggetto di studio<sup>4</sup>.

Ulteriore avvertenza per il comparatista attiene alla necessità di tener conto che i fatti e gli atti ai quali si dirigerà la propria analisi spesso sono assunti, come avviene in materia tributaria, da altri settori dell'ordinamento, in questo caso straniero, con la necessità di effettuare lo studio con un campo di indagine più ampio e tenendo conto di tale peculiarità del dato di partenza oggetto di analisi e comparazione<sup>5</sup>. Nel nostro caso, la determinazione della base imponibile per l'imposta societaria assume dati e definizioni che attengono al diritto commerciale o a disposizioni di legge in materia contabile, strumentali alla determinazione dell'imposta.

Quanto ai metodi individuati dalla dottrina<sup>6</sup> comparatistica, particolarmente utile per la nostra indagine appare il metodo funzionale, in base al quale si può comparare solo ciò che adempie a medesime funzioni. In base a tale metodo, il comparatista pone a confronto le regole operazionali seguite in un ordinamento, vale a dire il diritto effettivamente applicato, c.d. *law in action*, che può non coincidere con l'enunciato contenuto negli atti legislativi, c.d. *law in the book*<sup>7</sup>. In tal modo vengono in evidenza gli elementi impliciti di un istituto e, in particolare,

---

<sup>4</sup> Per tutti R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 12 e ss., ove viene descritta brillantemente la funzione che compete al diritto comparato; sulla diversità con lo studio del diritto straniero, A. GAMBARO – P.G. MONATERI – R. SACCO, *Comparazione Giuridica*, p. 53, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Vol. IV, Torino, 1988. In ambito tributario si veda M. BARASSI, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, p. 1501 e ss., in V. UCKMAR, *Diritto Tributario Internazionale*, 2005.

<sup>5</sup> M. BARASSI, *Comparazione (Dir. Trib.)*, p. 1073, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006; C. SACCHETTO, *Introduction*, p. 10, in C. SACCHETTO – M. BARASSI (a cura di), *Introduction to comparative tax law*, Soveria Mannelli, 2008.

<sup>6</sup> A. GAMBARO – P.G. MONATERI – R. SACCO, *Comparazione Giuridica*, cit., p. 51.

<sup>7</sup> M. ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*, Napoli, 1974, p. 70.

la comparazione può dimostrare che partendo da testi normativi diversi si può giungere a regole applicative simili o viceversa.

L'applicazione di questo metodo, si rivela particolarmente utile perché permette di ridimensionare, apportando maggiore chiarificazione, le tradizionali e storiche dicotomie o contrapposizioni sistematiche che vedevano, da un lato, il modello di tassazione societaria del Regno Unito come prototipo della netta contrapposizione tra il reddito d'esercizio e quello imponibile e, dall'altro lato, il modello tedesco e quello francese ispirati al principio della derivazione. Una contrapposizione che, alla luce dell'evoluzione dei vari formanti, soprattutto della giurisprudenza, non trova più effettivo riscontro nei modelli che analizzati<sup>8</sup>.

Pur non essendo possibile in questa sede un approfondimento dei diversi formanti relativi all'oggetto della nostra indagine si può comunque giungere ad alcune riflessioni di sintesi.

In primo luogo, appare chiara la convergenza, dei diversi modelli analizzati verso l'utilizzo del dato contabile per determinare la base imponibile dell'imposta societaria.

Si tratta di una conclusione confermata anche dagli studi comparatistici più recenti<sup>9</sup>, in cui viene rilevato che in tutti i paesi dell'Unione Europea vi è un collegamento tra la determinazione contabile e quella fiscale. Pertanto, pur in presenza di una teorica dicotomia tra il modello della derivazione e quello della totale autonomia, nei principali ordinamenti giuridici europei il modello prevalente è quello della derivazione.

In particolare, ciò che emerge con maggiore evidenza è la presenza di modelli di dipendenza che divergono sia per ciò che attiene alla fonte normativa

---

<sup>8</sup> Una puntuale ricostruzione tesa a dimostrare quanto sostenuto è rinvenibile in W. SCHÖN, *The Odd Couple: A Common Future for Financial and Tax Accounting?*, in *Tax Law Review*, 2005, p. 115. V. THURONYI, *Comparative tax law*, The Hague, 2003, p. 269, mette in evidenza, al fine di individuare il rapporto tra la determinazione contabile e quella fiscale, la necessità di tenere conto, oltre che delle singole disposizioni, anche della prassi e della giurisprudenza. Inoltre, ci sia consentito rinviare a M. Grandinetti, *Il principio di derivazione nell'IRES*, Padova, 2016, p. 260 e ss.

<sup>9</sup> D. ENDRES – C. SPENGLER, *International Company Taxation and Tax Planning*, Ah Alphen aan den Rijn, 2015, p. 143; M. BARASSI, *A Comparative perspective*, p. 251, in M. GRANDINETTI (edited by), *Corporate tax base in the light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34: A comparative Approach*, Alphen aan den Rijn, 2016.

che stabilisce il collegamento tra l'imponibile fiscale e il risultato di bilancio, sia per la concreta applicazione della medesima norma alla fattispecie oggetto d'indagine. Infatti, da una parte, si può constatare la presenza di modelli di dipendenza formale, in cui la scelta di bilancio incide anche sulle condizioni di deducibilità dei componenti negativi di reddito, e dall'altra parte, vi sono casi in cui opera una dipendenza materiale, vale a dire che l'impostazione contabile non condiziona la variabile fiscale.

In secondo luogo, una volta individuata la tendenza di molti ordinamenti stranieri a delineare un modello di dipendenza, la comparazione permette di sottolineare che sebbene i singoli *starting points* siano (tendenzialmente) molto simili, i risultati a cui si perviene nella fase di determinazione dell'imposta societaria non sempre coincidano.

Ciò in ragione di una diversità "culturale" degli ordinamenti giuridici analizzati.

Tale circostanza è verificata nell'ordinamento tributario del Regno Unito, in cui sebbene una specifica disposizione preveda la dipendenza del reddito imponibile dal risultato determinato secondo i principi contabili, la giurisprudenza esercita un ruolo rilevante nella determinazione della base imponibile dell'imposta. Infatti, a seguito di un processo evolutivo che ha interessato la disciplina fiscale del Regno Unito, la sezione 46 del *Corporation tax Act 2009* ha previsto una derivazione del reddito imponibile dai principi contabili nazionali, i c.d. *generally accepted accounting practice* (GAAP). Tuttavia, il risultato contabile può essere modificato in aumento o in diminuzione in ragione di quanto richiesto dalla disciplina tributaria. Il legislatore si esprime nel senso di permettere le variazioni "*required o authorised by law in calculiting profits for corporation tax purposes*". L'utilizzo del termine *law* in luogo di *statute*<sup>10</sup> implica che la definizione della base imponibile per le società dipende,

---

<sup>10</sup> Nell'ordinamento del Regno Unito, che appartiene ai sistemi di *common law*, assume notevole rilevanza la differenza tra *statute* e *law*. Invero, il concetto di "legge" assume diverse caratterizzazioni a seconda della fonte e della forma. Quando ci si riferisce alla *statute law* si intende la legislazione in generale, ad esempio, l'atto del Parlamento (*Act of Parliament*), per distinguerla dal concetto di "*law*". In un ordinamento giuridico di *common law* la legge è quella stabilita in base al sistema del *case law* derivante, anche in presenza di una legge scritta,

oltre che dagli aggiustamenti previsti dagli annuali *Finance Act*, anche dalle interpretazioni che la giurisprudenza può fornire in merito all'applicazione dei principi contabili nazionali e internazionali. Tale intervento può essere effettuato in tutti i casi in cui il giudice ritenga che la rappresentazione contabile dei fatti di gestione non sia delineata correttamente dal punto di vista fiscale o quando sulla stessa problematica siano riscontrabili alternativi e differenti metodi di contabilizzazione.

**3. I principi contabili internazionali IAS/IFRS e la determinazione della base imponibile dell'imposta societaria.** Un secondo profilo che intendiamo affrontare è quello del recepimento dei principi contabili internazionali IAS/IFRS all'interno dei singoli ordinamenti che abbiamo individuato per lo studio comparatistico.

Le soluzioni fornite dagli ordinamenti nazionali nel dare applicazione al regolamento europeo n. 1606/2002 sono state disomogenee.

Tale discordanza è legata, in primo luogo, alle differenze storiche e culturali su cui si è imperniata l'imposizione societaria. Si pensi, ad esempio, alla funzione che, storicamente, è stata attribuita al bilancio di esercizio in paesi di *civil law*, come l'Italia, la Germania o la Francia, quale strumento per la tutela dei soggetti terzi (i creditori in particolare) e le correlate cautele in ordine ai criteri di redazione di tale documento. Invero, sebbene tutti i modelli analizzati individuino nella derivazione contabile il punto di partenza per la

---

dall'interpretazione giurisprudenziale. La differenza incide anche sull'interpretazione da fornire per la nuova disciplina contenuta nel *Finance Act* 2004 (già presente nel *finance Act* 1998 e 2002) laddove viene indicato che la base di partenza è quella contabile, fermi restando gli aggiustamenti previsti dalla legge. Nella disciplina fiscale del Regno Unito, sia per le persone fisiche sia per le società, l'ordinamento prevede, accanto alla vigenza di una serie di *Tax and Corporation Act*, contenenti i principi generali della materia oggetto d'indagine, il c.d. *Finance Act*. Il *Finance Act* può correttamente farsi rientrare all'interno della categoria degli *Statute*, quali atti del Parlamento (*Acts of Parliament*), comprensivi inoltre degli atti di legislazione delegata e di quelli di carattere regolamentare, sia a livello centrale che locale. Anche all'interpretazione della *statute law* si applica la regola del precedente e in alcuni casi è stato necessario emanare una nuova legge per modificare l'interpretazione giurisprudenziale, ciò per evidenziare che in un sistema come quello del Regno Unito, la supremazia del Parlamento è pur sempre da analizzare con il ruolo della giurisprudenza. Sul punto si veda F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico, Inglese-Italiano, Statute law*, Milano, 1984, p. 139; Id., *Dizionario giuridico, Italiano – Inglese, Legge*, Milano, 1996, p. 925.

determinazione della base imponibile non è possibile giungere, in fase di recepimento dei principi contabili internazionali, a risultati conformi tra i diversi ordinamenti analizzati.

Per effetto dell'operare del modello della derivazione, l'emanazione del regolamento europeo n. 1606/2002 ha posto (anche) la relativa problematica fiscale, sia per gli ordinamenti che hanno previsto l'obbligo di redigere i bilanci d'esercizio secondo i principi contabili internazionali, sia per quegli Stati che non hanno esercitato l'opzione concessa dal regolamento.

In alcuni casi, come quello italiano, si è data piena rilevanza fiscale ai principi contabili *IAS/IFRS* mentre, diversamente, in altri ordinamenti è stata prevista solo una facoltà di utilizzo degli *IAS/IFRS*, come nel caso del Regno Unito.

Una specifica peculiarità presentano gli ordinamenti fiscali di Francia e Germania. In entrambi i casi si è assistito all'introduzione di alcuni dei principi *IAS/IFRS*, ma all'interno della normativa contabile nazionale, generando un processo indiretto di convergenza verso gli *IAS/IFRS*, pur se limitato ad alcune poste di bilancio.

Da un punto di vista generale, non potendo in questa sede approfondire le singole legislazioni nazionali, si può sostenere che, in una prima fase, vi è stata una similarità delle misure adottate da paesi di *civil law* (l'Italia) e da paesi di *common law* (il Regno Unito). Tuttavia, se si analizzano nel dettaglio gli interventi operati, ci si rende conto che il passaggio ai principi *IAS/IFRS* per le imprese italiane è risultato di più difficile applicazione rispetto al medesimo processo relativo al Regno Unito. Infatti, i principi contabili *IAS* si sono formati nella realtà giuridica anglosassone. Ciò ha comportato, in prima approssimazione, una minore difficoltà applicativa per i soggetti passivi della *Corporation Tax*. Una indiretta conferma di tale minore impatto può essere rinvenuta nell'analisi della disciplina riguardante l'introduzione dei principi contabili *IAS/IFRS* nel Regno Unito. Nel *finance act 2004, section 50*, è stato previsto che, a partire dal 1° gennaio 2005, la definizione di principi contabili "accettati" per la determinazione della base imponibile, i c.d. GAAP, venisse

estesa anche ai principi contabili *IAS/IFRS*. Tale scelta è stata compiuta senza la necessità di prevedere particolari disposizioni di raccordo riguardante la novità legislativa e stabilendo, inoltre, che le società interessate potessero utilizzare anche principi contabili non ancora omologati dalla Commissione europea. Tale ultima previsione può, sebbene indirettamente, dimostrare la similarità sostanziale tra i principi contabili nazionali e quelli internazionali.

Nell'attività di comparazione occorre, pertanto, tenere conto, quale primo elemento di valutazione, del tipo di rapporto esistente tra la determinazione del reddito dell'esercizio e del risultato imponibile e, in una seconda fase, del grado di convergenza tra i principi contabili nazionali e quelli internazionali. Tale approfondimento ci permette di verificare l'effettivo grado di similarità tra le soluzioni offerte dai diversi ordinamenti, senza assumere *sic et simpliciter* il dato normativo.

**4. L'impatto della Direttiva 2013/34 UE negli ordinamenti tributari di Francia, Germania e Regno Unito. Prospettive di riforma per l'ordinamento tributario italiano.** Il terzo e ultimo profilo che intendiamo affrontare è quello di verificare l'impatto che ha avuto la direttiva europea 2013/34/UE sulla determinazione della base imponibile dell'imposta societaria. Per rispondere al quesito che ci siamo posti può essere utile riprendere quanto abbiamo analizzato nei paragrafi precedenti.

Tra le conclusioni a cui siamo giunti vi è quella di aver verificato che partendo da problematiche comuni – la determinazione del reddito imponibile – esiste un processo di convergenza delle soluzioni adottate dai legislatori fiscali, vale a dire quello di fare affidamento sulla determinazione contabile.

Tale scelta è, nostro avviso, dettata sia da ragioni teoriche, ovvero collegate alla preferenza verso un sistema di determinazione del reddito imponibile "agganciato" a quello contabile, sia da ragioni di semplificazione

della determinazione dell'imposta, sia per il contribuente sia per l'amministrazione finanziaria<sup>11</sup>.

È proprio la prospettiva della semplificazione che ci permette un collegamento tra il principio di derivazione dell'imponibile fiscale rispetto al risultato d'esercizio e la Direttiva europea 2013/34/UE, relativa ai bilanci d'esercizio e consolidato, e al recepimento negli ordinamenti giuridici oggetto della nostra indagine.

Se si analizzano i considerando della Direttiva e gli obiettivi che con tale strumento legislativo si intende (o si intendevano) raggiungere, è facilmente verificabile che tra questi vi è quello della semplificazione per i soggetti di piccole dimensioni, vale a dire considerare diversi set di regole, in funzione delle dimensioni. Tuttavia, avendo riguardo al testo della Direttiva, la differenziazione delle regole per la redazione del bilancio d'esercizio avviene in maniera graduale ed è prevalentemente di natura opzionale. Proprio su tale profilo, tra le principali critiche rivolte al legislatore europeo vi è quella di aver lasciato troppe opzioni agli Stati membri<sup>12</sup> impedendo, in ultima istanza, di pervenire ad una reale armonizzazione contabile. Tuttavia, ciò che occorre rilevare è che nel recepimento della Direttiva vi è una costante rappresentata dall'introduzione di uno specifico regime dedicato alle micro – imprese<sup>13</sup>.

Fatta tale premessa, occorre porsi (almeno) due interrogativi.

Il primo riguarda l'impatto che ha avuto la direttiva europea nei vari ordinamenti giuridici.

Il secondo, invece, riguarda il collegamento tra il principio di derivazione e l'ambito dimensionale delle imprese oggetto della direttiva contabile. Invero,

---

<sup>11</sup> C. NORBERG, *Kari Tikka Memorial lecture: Accounting and Taxation*, in M. LANG-F. VANISTENDAEL, *Accounting and Taxation with special regard to trading emission rights & Assessment of ECJ case law*, Amsterdam, 2007, p. 12. Sul tema ci sia consentito rinviare nuovamente a M. Grandinetti, *Il principio di derivazione nell'IRES*, Milano, 2016, p. 47 e ss.

<sup>12</sup> In senso critico, rispetto a tale profilo, G. STRAMPELLI – M. L. PASSADOR, *The unfinished harmonization of the accounting law in EU*, p. 13, in M. GRANDINETTI (edited by), *Corporate tax base in the light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34: A comparative approach*, Alphen aan den Rijn, 2016. Secondo gli Autori citati, diversamente, una completa armonizzazione è avvenuta per ciò che attiene al bilancio consolidato.

<sup>13</sup> M. Venuti, *I principi ispiratori della nuova disciplina dei bilanci societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, parte I, p. 194.

abbiamo rilevato che il modello della derivazione risulta essere quello prevalente. Le ragioni che giustificano il ricorso al dato emergente dall'applicazione delle regole contabili sono diverse, tra cui la oggettività, la conformità del risultato rispetto a principi quali la capacità contributiva, l'utilità della sintetica rappresentazione per l'accertamento del reddito da parte dell'Amministrazione finanziaria, ecc. Inoltre, anche in relazione all'evoluzione della disciplina contabile, abbiamo verificato che si può sostenere che tali obiettivi non sempre possono essere raggiunti per le imprese di minori dimensioni, poiché proprio le ridotte dimensioni fanno assumere al dato contabile una minore affidabilità. In base a tali considerazioni, il quesito che possiamo porci, in una prospettiva comparata, è verificare come i diversi ordinamenti giuridici oggetto di studio hanno disciplinato (ed eventualmente differenziato) la determinazione della base imponibile per le imprese di minori dimensioni.

In relazione al primo quesito che ci siamo posti, avendo riguardo agli studi più recenti sul tema<sup>14</sup>, si può facilmente concludere che sia per la disciplina francese, sia per quella tedesca l'impatto della direttiva è stato molto modesto.

Tale conclusione poggia su almeno due considerazioni. La prima riguarda il fatto che in entrambi i casi la disciplina nazionale (e i relativi principi contabili) avevano recepito, attraverso un indiretto processo di adeguamento, alcuni dei principi alla base dell'attuale Direttiva contabile. Se si considera – ad esempio – il principio della sostanza sulla forma, si può agevolmente verificare che si tratta di una scelta che il legislatore francese, aveva già effettuato con il processo di convergenza verso alcuni principi *IAS/IFRS* e che, pertanto, non rappresenta una specifica novità<sup>15</sup>, mentre nel caso dell'ordinamento tedesco la dottrina ritiene che la Direttiva non ha richiesto uno specifico intervento

---

<sup>14</sup> Ci si riferisce, per l'ordinamento tributario francese a R. Jaune, *Accounting and Taxation: France*, in M. Grandinetti (edited by), *Corporate tax base in the light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Ah Alphen aan den Rijn, 2016, p. 110, e per l'ordinamento tributario tedesco a A. Eggert, *Accounting and Taxation: Germany*, in M. Grandinetti (edited by), *Corporate tax base in the light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Ah Alphen aan den Rijn, 2016, p. 123.

<sup>15</sup> A. De Bissy, *Comptabilité et fiscalité*, Paris, 2016, p. 231 e ss.

normativo poiché la disciplina civilistica era conforme alla *ratio* sottesa a tale principio.

Anche nel caso dell'ordinamento giuridico del Regno Unito può sostenersi che l'approccio che ha prevalso è stato quello volto alla semplificazione delle regole per la redazione del bilancio per le piccole e medie imprese, mentre per le restanti categorie di soggetti, le medio – grandi imprese, l'impatto è stato limitato in ragione del fatto che molti dei principi alla base della Direttiva erano già contenuti negli *UK GAAP*. Questi ultimi sono espressamente distinti tra quelli dedicati alle piccole e medie imprese e quelli relativi alle medio – grandi imprese o alle imprese quotate in un mercato regolamentato<sup>16</sup>.

Il limitato impatto, nonostante la prevalenza del modello della derivazione, discende – a nostro avviso – anche dalla considerazione che sia nell'ordinamento francese sia in quello tedesco, gli *IAS/IFRS* non sono obbligatori per il bilancio d'esercizio e, pertanto, molte delle opzioni della Direttiva che potevano generare delle conseguenze fiscali non sono state esercitate.

In relazione al secondo interrogativo che ci siamo posti si può rilevare che, storicamente, la disciplina fiscale francese ha tenuto conto delle differenze dimensionali, sia per ciò che attiene ai diversi metodi di determinazione dell'imposta e ai relativi adempimenti contabili, sia per ciò che riguarda i meccanismi di controllo (e di *compliance*) da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Per ciò che attiene ai metodi di determinazione del tributo societario, i regimi individuati dal legislatore francese variano in funzione delle dimensioni. Accanto al regime ordinario (*régime du réel normal*) vi è quello semplificato (*régime du réel simplifié*) e quello dedicato alle micro – imprese e agli imprenditori individuali.

---

<sup>16</sup> S. James, *Accounting and Taxation: UK*, in M. Grandinetti (edited by), *Corporate tax base in the light of the IAS/IFRS and EU Directive 2013/34*, Ah Alphen aan den Rijn, 2016, p. 212.

Diversamente, per i due regimi semplificati, gli adempimenti contabili si riducono notevolmente e rappresentano delle “sintesi” rispetto a quelli previsti per il regime ordinario<sup>17</sup>.

Tuttavia, per rispondere compiutamente al nostro quesito è utile soffermarsi sugli strumenti di controllo e di *compliance* a disposizione dell'Amministrazione finanziaria e del contribuente, rispetto a quanto indicato all'interno del bilancio e della dichiarazione dei redditi

L'esperienza della legislazione francese è stata quella di non utilizzare (solo) forme di predeterminazione forfettaria della base imponibile per i soggetti di piccole e medie dimensioni, ma di coinvolgere nel procedimento di determinazione del tributo soggetti “terzi”, quali i centri di gestione aggregata (*centre de gestion agrégés*).

I centri di gestione aggregata sono stati costituiti con il compito di supportare l'Amministrazione finanziaria nella determinazione analitica della base imponibile, ma in un'ottica di collaborazione con il contribuente e coinvolgendo anche le associazioni di categoria poiché, quest'ultime, partecipano alla formazione dei centri medesimi<sup>18</sup>.

Il centro di gestione aggregata verifica la rispondenza tra i documenti contabili e la dichiarazione dei redditi della società, comunicando l'esito di tale attività anche all'Amministrazione finanziaria. Le funzioni dei centri e delle associazioni coinvolte è, da una parte, quello di orientare e assistere le imprese iscritte e, dall'altra parte, quello di prevenire verifiche e contenziosi con l'Amministrazione finanziaria. A tal fine, i centri di gestione aggregata effettuano controlli di coerenza e di verosimiglianza dei dati dichiarati, rispetto alle ulteriori informazioni economiche e statistiche utilizzate dall'Amministrazione finanziaria nei confronti dei soggetti di piccole dimensioni. Presso ogni centro di gestione aggregata è presente anche un funzionario dell'amministrazione finanziaria,

---

<sup>17</sup> Una dettagliata descrizione è rinvenibile in M. COUZIAN – F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris, 2014, p. 223.

<sup>18</sup> Il modello francese è analizzato da E. LONGOBARDI, *L'esperienza francese del forfait*, in M. LECCISOTTI (a cura di), *Per un'imposta normale*, Bologna, 1990, p.165.

con funzioni di assistenza e consulenza che effettua un controllo prima dell'invio della dichiarazione.

Fino al 2006, il vantaggio principale dell'adesione ad un centro di gestione aggregata consisteva nell'abbattimento del venti per cento della base imponibile su cui si determinava il tributo. Nella disciplina in vigore, l'adesione garantisce un termine di decadenza per l'accertamento ridotto a due anni (rispetto ai tre previsti per tutti i contribuenti) e l'applicazione del tributo senza la maggiorazione del venticinque per cento che, diversamente, è applicata a chi non aderisce ai centri di gestione aggregata<sup>19</sup>.

La nuova disciplina va, pertanto, nella direzione di disincentivare il regime ordinario di derivazione contabile dell'imposta rispetto al quale si presume una sottostima dei valori da parte del contribuente. Tuttavia, l'adesione al centro di gestione aggregata non comporta l'abbandono del dato contabile, poiché l'obiettivo è pur sempre la ricerca del reddito effettivo da sottoporre a tassazione, in collaborazione tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente.

Nella prima fase d'introduzione si è dubitato dell'efficacia dei centri di gestione aggregata poiché avrebbero assolto esclusivamente alla funzione di controllo della regolarità formale della contabilità e della dichiarazione, mentre sarebbe mancata la parte relativa alla verifica di compatibilità e verosimiglianza dei dati dichiarati, anche in collaborazione con l'Amministrazione finanziaria<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La maggiorazione del venticinque per cento è stata dichiarata conforme all'ordinamento costituzionale francese con la decisione del *Conseil Constitutionnel* n. 16 del 2010. Décision n. 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Nella sentenza indicata il giudice costituzionale francese ha sottolineato che la maggiorazione del venticinque per cento limitata ai soggetti passivi non aderenti ai centri di gestione aggregata segue, nell'ambito di una riforma globale dell'imposizione reddituale in vigore dal 2006, la soppressione dell'abbattimento del venti per cento dedicato (invece) ai soli soggetti aderenti. Tuttavia, per meglio comprendere l'orientamento dei giudici costituzionali occorre tenere conto di quanto sostenuto nella sentenza n. 89-268 del 29 dicembre 1989 laddove i giudici costituzionali francesi hanno giustificato la differenza di trattamento tra i due soggetti (aderenti e non aderenti ai centri di gestione aggregata) in virtù di una differente "propensione" all'evasione fiscale, sottolineando la discrezionalità in capo al legislatore ordinario di individuare i criteri e le modalità, anche attraverso degli incentivi, per favorire l'obiettivo "costituzionale" di lotta all'evasione.

<sup>20</sup> Così E. LONGOBARDI, *L'esperienza francese del forfait*, in M. LECCISOTTI (a cura di), *Per un'imposta sul reddito normale*, Bologna, 1990, p. 184, in cui viene citato uno studio del *Conseil des Impôts* del 1984 svolto in occasione dei 10 anni dall'introduzione dei centri di gestione aggregata.

Tuttavia, in studi più recenti<sup>21</sup>, anche grazie al maggior utilizzo delle banche dati, si è dimostrata la validità di uno strumento di collaborazione al fine di ridurre l'evasione fiscale di questa specifica categoria di soggetti passivi dell'imposta societaria. In particolare, è stato messo in evidenza che attraverso l'intermediazione dei centri di gestione aggregata, il reddito medio annuo dichiarato dagli aderenti è superiore a quello dei non aderenti, così come il numero di verifiche fiscali conclusesi senza alcun rilievo è di gran lunga superiore nei soggetti passivi che hanno scelto di aderire ad un centro di gestione aggregata. Queste indicazioni, ad avviso della commissione di studio che ha predisposto il rapporto, mostra la validità dell'adesione ai centri di gestione aggregata per ciò che attiene al rispetto dei requisiti formali e permette, inoltre, di sostenere l'efficacia del confronto preventivo tra il contribuente, il centro di gestione e il funzionario dell'Amministrazione finanziaria quanto ai dati dichiarati. Infatti, prima dell'invio della dichiarazione viene svolta un'analisi di "coerenza e verosimiglianza" dei dati forniti dal contribuente rispetto a quelli in possesso dall'amministrazione finanziaria.

Nel Regno Unito diversamente, la differenziazione della determinazione della base imponibile in base alle dimensioni deriva dagli effetti generati dal caso *William Grant & Sons etc*<sup>22</sup>. Con tale sentenza è stata confermata la supremazia dei principi contabili GAAP rispetto alla valutazione giurisprudenziale, ragion per cui solo gli *statutes* possono prevedere variazioni in aumento o in diminuzione del reddito contabile. Infatti, secondo i giudici proprio lo sviluppo e il maggior dettaglio raggiunto dai principi contabili rispetto a quelli elaborati in passato riduce notevolmente il margine di intervento della giurisprudenza.

Tuttavia, proprio a fronte di tale evoluzione giurisprudenziale, e del maggior ricorso ai principi contabili, ha mostrato la necessità di disporre di un

---

<sup>21</sup> Direction Général des Finances Publiques, *Les organismes agréés, Présentation et bilan*, 2008, in [http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_4667/fichedescriptive\\_4667.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4667/fichedescriptive_4667.pdf)

<sup>22</sup> *Revenue and Customs Commissioners v. William Grant & Sons Distillers Ltd; Small (Inspector of Tax) v. Mars UK Ltd*, sentenza del 28 marzo 2007.

affidabile sistema di determinazione del reddito d'esercizio (e di conseguenza fiscale), di cui difettano – in linea generale – le piccole e medie imprese.

Al fine di sopperire a questo deficit informativo da parte del bilancio, strumentale alla determinazione della base imponibile, anche il legislatore del Regno Unito è intervenuto sulla disciplina sostanziale. Con il *Finance Act 2013*, *Section 17-18*, è stato istituito un sistema di determinazione dell'imposta "semplificato" a cui possono accedere le società di piccole dimensioni che, diversamente dagli altri soggetti passivi della *Corporation tax*, possono utilizzare un sistema di determinazione dell'imposta per cassa, con un obbligatorio confronto preventivo con l'amministrazione finanziaria.

In conclusione, nella prospettiva della semplificazione, che rappresenta (anche) uno degli obiettivi della Direttiva, appare evidente che alcuni ordinamenti, quali quello francese e quello del Regno Unito, pur considerando la derivazione contabile come regola generale all'interno della disciplina positiva, hanno fornito strumenti "alternativi" e semplificati per i soggetti di minori dimensioni, già nella fase di determinazione dell'imposta.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, volendo proporre una comparazione rispetto a quanto abbiamo analizzato, è stato già rilevato<sup>23</sup> che per effetto dell'applicazione dei principi contabili internazionali e del recepimento della Direttiva europea 2013/34/UE, l'articolo 83 del TUIR, dedicato alla determinazione del reddito complessivo, individua una tripartizione dei soggetti passivi del tributario societario. Da una parte, vi sono i soggetti passivi dell'IRES cui si applicano gli *IAS/IFRS*, e dall'altra parte i soggetti passivi dell'IRES destinatari delle regole civilistiche e dei principi contabili nazionali elaborati dall'Organismo Italiano di contabilità (OIC). All'interno di quest'ultima categoria, è possibile distinguere tra i soggetti di minori dimensioni, nello specifico le c.d. micro – imprese<sup>24</sup>, rispetto a tutti gli altri soggetti che

---

<sup>23</sup> G. Melis, *Il nuovo principio di derivazione rafforzato per i soggetti OIC "adopter"*, in questo numero della rivista, p. 159.

<sup>24</sup> Sono considerate micro-imprese le società che nel primo esercizio o successivamente per due esercizi consecutivi non abbiano superato: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 175.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 350.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità.

comprendono le piccole<sup>25</sup> e le medio-grandi imprese. Per quest'ultimo raggruppamento viene previsto che, in deroga alle regole individuate dal Testo Unico delle imposte sui redditi, i criteri qualificazione, imputazione temporale e classificazione assumono rilevanza fiscale così come previsti dai principi contabili OIC. Tale principio, c.d. della derivazione rafforzata, non è applicabile alle micro – imprese.

Per la determinazione della base imponibile siamo pertanto in presenza di una “neutralità” dal punto di vista procedurale, poiché tutti i soggetti passivi dell'IRES assumono quale base di partenza del reddito imponibile il risultato di conto economico, mentre vi sono rilevanti differenze dal punto di vista sostanziale. Come è stato opportunamente rilevato<sup>26</sup>, la determinazione del reddito d'impresa è in funzione dei principi contabili adottati, *IAS/IFRS* oppure OIC, delle dimensioni dell'impresa e della natura giuridica.

Pertanto, sebbene attraverso regole differenti, per tutti i soggetti passivi IRES si assume che il dato emergente dal conto economico rappresenti una garanzia di affidabilità su cui impennare la tassazione della società, sia essa piccola, media o grande. Come abbiamo già rilevato, e l'evoluzione della disciplina contabile conferma quanto abbiamo sostenuto, si tratta di una conclusione facilmente confutabile poiché è ben noto che la dimensione organizzativa dell'impresa e il livello di *compliance* richiesto muta man mano che aumentano le dimensioni dell'impresa. Storicamente, tale differenziazione è stata “recuperata” in sede di accertamento del reddito dichiarato, laddove per i soggetti di piccole e medie dimensioni la disciplina tributaria italiana ha previsto l'utilizzabilità di strumenti presuntivi di determinazione del reddito imponibile, con risultati non sempre soddisfacenti. Possono rientrare in tale ambito anche gli studi di settore che, quantomeno fino a quando non è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, hanno rappresentato uno strumento per la

---

<sup>25</sup> Le piccole società, abilitate a redigere il bilancio in forma abbreviata, sono quelle che nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità.

<sup>26</sup> G. Melis, *Il nuovo principio di derivazione rafforzata per i soggetti OIC “adopter”*, in questo numero della rivista, p. 159.

determinazione “automatica” dei proventi tassabili su cui poi fondare dei successivi accertamenti.

Tuttavia, come è stato opportunamente rilevato<sup>27</sup>, per la categoria dei soggetti passivi medio – piccoli, il sistema di determinazione del reddito imponibile e la successiva (eventuale) fase di accertamento del medesimo, ha perso coerenza e razionalità, poiché l’esistenza e l’ammontare del reddito sono stabiliti *ex post*, attraverso un articolato e dispendioso procedimento che può condurre ad “scollamento” tra la disciplina sostanziale di determinazione del tributo e quella procedimentale di accertamento del medesimo.

Il recepimento della Direttiva europea, ma ancora prima l’attuazione della Legge delega n. 23 dell’11 marzo 2014, potevano essere l’occasione per ripensare il metodo di determinazione della base imponibile per i soggetti passivi IRES medio – piccoli, e ipotizzare degli strumenti di *compliance ex ante*, in collaborazione con l’Amministrazione finanziaria, individuando degli strumenti di confronto preventivo, così come accade negli ordinamenti giuridici stranieri che abbiamo analizzato.

Tuttavia, l’attuazione della Legge delega n. 23 del 2014 ha introdotto dei nuovi istituti quali – ad esempio – l’adempimento collaborativo, gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale, l’interpello sui nuovi investimenti che, se analizzate dal punto di vista sia soggettivo sia oggettivo, rappresentano delle forme di interlocuzione avanzata tra l’Amministrazione finanziaria e la (grande) impresa. Diversamente, la parte della Legge delega dedicata “ad introdurre delle disposizioni per ampliare e revisionare il sistema di tutoraggio...al fine di garantire una migliore assistenza, in particolare a quelli di minore dimensione”<sup>28</sup>, non è stata attuata.

Un timido segnale nella direzione di differenziare l’affidabilità delle scritture contabili in funzione delle dimensioni può essere intravisto nella sostituzione degli studi di settore, dedicati come noto alle piccole e medie imprese, con gli indici sintetici di affidabilità fiscale introdotti dal Decreto Legge n. 193 del 22

---

<sup>27</sup> A. Giovannini, *Il Re fisco è nudo*, Bologna, 2016, p. 180.

<sup>28</sup> Articolo 6 della Legge delega n. 23 dell’11 marzo 2014.

ottobre 2016<sup>29</sup> poi ridefiniti con il successivo Decreto Legge n. 50 del 24 aprile 2017<sup>30</sup>. I futuri indici sintetici di affidabilità, sulla cui efficacia non è al momento possibile esprimere un giudizio, nelle intenzioni del legislatore non dovrebbero rappresentare degli indici statistici per determinare il reddito in via presuntiva, ma degli strumenti per individuare un livello di affidabilità fiscale della singola impresa, a cui collegare uno specifico regime premiale, collocandosi nell'ambito della c.d. *tax compliance*. Tuttavia, si tratta di strumenti rispetto ai quali non è stata ancora definita la piena operatività. Con un primo provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate<sup>31</sup> sono stati elaborati ed approvati i primi settanta indici sintetici di affidabilità fiscale, applicabili già dal periodo d'imposta 2017. Per la restante parte, circa ottanta indici, l'attuazione dovrebbe avvenire a partire dal 2018<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Articolo 7-bis del Decreto Legge n. 193, del 22 ottobre 2016, convertito con modificazioni dalla Legge n. 225 del 1° dicembre 2016.

<sup>30</sup> Articolo 9-bis del Decreto Legge n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con modificazioni dalla Legge n. 96 del 21 giugno 2017.

<sup>31</sup> Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 22 settembre 2017.

<sup>32</sup> Nel momento in cui si scrive, il Governo ha presentato un emendamento alla Legge di bilancio 2018, Atto camera n. 4127, in cui viene proposto il rinvio dell'abolizione degli studi di settore e della piena operatività dei nuovi indici sintetici di affidabilità fiscale solo a partire dal 2019.

## *La rilevanza fiscale dei nuovi criteri di rilevazione e valutazione di crediti e debiti*

di GIUSEPPE CARUCCI

**SOMMARIO:** **1.** PREMESSA. – **2.** IL QUADRO NORMATIVO. – **2.1.** ESENZIONI ED ECCEZIONI SOGGETTIVE E OGGETTIVE. – **2.2.** REGIME TRANSITORIO. – **3.** COSTO AMMORTIZZATO CON ATTUALIZZAZIONE: PROFILI CONTABILI. – **3.1.** IL CRITERIO DEL COSTO AMMORTIZZATO – **3.2** IL CRITERIO DELL'ATTUALIZZAZIONE. – **3.3.** CASO APPLICATIVO: CREDITI DA FINANZIAMENTI A TASSO SIGNIFICATIVAMENTE INFERIORE A QUELLO DI MERCATO – **3.3.1.** LA RILEVAZIONE INIZIALE DEI CREDITI E DEI DEBITI AL COSTO AMMORTIZZATO IN PRESENZA DI ATTUALIZZAZIONE. – **3.3.2.** LA VALUTAZIONE SUCCESSIVA DEI CREDITI E DEI DEBITI AL COSTO AMMORTIZZATO. – **4.** COSTO AMMORTIZZATO CON ATTUALIZZAZIONE: PROFILI FISCALI. – **4.1** CREDITI E DEBITI COMMERCIALI. – **4.2** CREDITI E DEBITI DI NATURA FINANZIARIA. – **4.2.1** CREDITI E DEBITI DI NATURA FINANZIARIA: PROFILI FISCALI ACE. – **5.** COSTO AMMORTIZZATO CON ATTUALIZZAZIONE: PROFILI FISCALI DEL REGIME TRANSITORIO.

**1. Premessa.** Per i soggetti che redigono il bilancio di esercizio applicando i principi contabili emanati dall'OIC, una delle novità più rilevanti introdotte dal D.Lgs. n. 139/2015 è rappresentata dall'applicazione del costo ammortizzato e dell'attualizzazione, per la valutazione dei debiti e dei crediti, anche di natura commerciale, oltre che dei titoli.

Anche nel nostro ordinamento, infatti, si è resa obbligatoria, con le eccezioni e gli esoneri di cui *infra*, l'applicazione di criteri applicati dalle imprese IAS-*adopter* da anni.

A seguito di tale cambiamento normativo, l'Organismo Italiano di Contabilità ha pubblicato le nuove edizioni dell'OIC 15 "Crediti", dell'OIC 19 "Debiti" e dell'OIC 20 "Titoli di debito", da applicarsi a tutti i bilanci con esercizio avente inizio a partire dal 1° gennaio 2016 e, pertanto, ai bilanci 2016 in ipotesi di esercizio coincidente con l'anno solare.

In particolare, per effetto delle citate modifiche, il codice civile ora dispone che i crediti, i debiti e i titoli debbano essere valutati al costo ammortizzato.

Inoltre, i crediti e i debiti devono essere attualizzati; in specie, la nuova formulazione dell'articolo 2426, comma 1, n. 8) del codice civile richiede che la loro valutazione debba tener conto del "fattore temporale". Pertanto, la valutazione dei crediti e debiti è stata profondamente innovata, introducendo la loro valutazione al costo ammortizzato che può trovare applicazione con o senza attualizzazione.

Tali nuovi criteri possono trovare una diffusa applicazione nei gruppi, in particolare per effetto delle frequenti situazioni di finanziamenti *intercompany* infruttiferi o a tassi inferiori a quelli di mercato.

Si tratta, inoltre, di un cambiamento che può generare delle ricadute fiscali ai fini della determinazione delle imposte dei soggetti ITA GAAP, per effetto del noto principio della c.d. derivazione rafforzata introdotto, di recente, dal "Decreto milleproroghe 2017".

Con il presente contributo si analizzano le regole contabili e fiscali concernenti l'applicazione ai debiti e ai crediti del costo ammortizzato con attualizzazione.

**2. Il quadro normativo.** A seguito delle modifiche apportate al codice civile, i nuovi crediti, debiti e titoli a partire dai bilanci 2016 (se si opta per l'applicazione prospettica del criterio del costo ammortizzato) devono essere iscritti in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato, tenendo conto del fattore temporale.

In particolare, per quanto riguarda i crediti e i debiti, è stato riformulato l'articolo 2426 comma 1, n. 8) del codice civile che ora prevede la loro rilevazione "*in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato, tenendo conto del fattore temporale e, per quanto riguarda i crediti, del valore di presumibile realizzo*". Al successivo comma 2 il citato articolo 2426 aggiunge che "*per la definizione di ... "costo ammortizzato" ... si fa riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'Unione Europea*".

Per quanto concerne i titoli, invece, viene modificato l'articolo 2426, comma 1, n. 1 del codice civile prevedendo che "*le immobilizzazioni*

*rappresentate dai titoli sono rilevate in bilancio con il criterio del costo ammortizzato, ove applicabile*<sup>1</sup>. Inoltre, l'articolo 2426, comma 1, numero 9), prevede che: “... i titoli ... che non costituiscono immobilizzazioni sono iscritti al costo di acquisto o di produzione, calcolato secondo il n.1), ovvero al valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato ...”. Per effetto di questo richiamo al n. 1 dell'art. 2426 c.c. anche i titoli di debito iscritti nell'attivo circolante devono essere rilevati in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato. Inoltre, l'articolo 2426, comma 1, numero 7) del codice civile stabilisce che “il disagio e l'aggio su prestiti sono rilevati secondo il criterio stabilito dal numero 8)”.

In definitiva, il criterio del costo ammortizzato è applicabile ai crediti, ai debiti e ai titoli di debito, mentre la necessità di procedere all'attualizzazione si può presentare, in termini generali, per i crediti e per i debiti ma non anche per i titoli di debito, poiché questi ultimi sono normalmente emessi a tassi di mercato; per questo motivo l'articolo 2426 del codice civile prevede l'attualizzazione solo per i crediti e per i debiti e non anche per i titoli di debito.

**2.1. Esenzioni ed eccezioni soggettive e oggettive.** Dal punto di vista soggettivo, l'applicazione della disciplina in esame è facoltativa per le società che redigono il bilancio in forma abbreviata che, in base all'articolo 2435-bis, comma 7, del codice civile, “*in deroga a quanto disposto dall'articolo 2426, hanno la facoltà di iscrivere i titoli al costo di acquisto, i crediti al valore di presumibile realizzo e i debiti al valore nominale*”. Anche per le società che redigono il bilancio in forma semplificata (c.d. micro-imprese), in base all'articolo 2435-ter del codice civile, l'utilizzo del criterio del costo ammortizzato per la rilevazione dei debiti e dei crediti è solamente opzionale.

Dal punto di vista oggettivo, in attuazione del postulato della “rilevanza”, sancito dall'articolo 2423 del codice civile, i principi contabili emanati dall'OIC prevedono la possibilità di:

---

<sup>1</sup> Articolo così modificato dall'articolo 6, comma 8, lett. a) del D.Lgs. n. 139/2015;

- non applicare i criteri del costo ammortizzato e dell'attualizzazione ai crediti e ai debiti a breve termine (i.e. con scadenza inferiore a 12 mesi) o ai crediti a lungo termine con costi di transazione di scarso rilievo;
- non attualizzare i crediti e i debiti qualora lo scostamento tra il tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali e il tasso di interesse di mercato non è significativo;
- non applicare il criterio del costo ammortizzato ai titoli di debito destinati a rimanere in portafoglio per un periodo di tempo inferiore a 12 mesi;
- non applicare il criterio del costo ammortizzato ai titoli di debito destinati ad essere detenuti durevolmente quando i costi di transazione, i premi/scarti di sottoscrizione/negoziazione e ogni altra differenza tra valore iniziale e valore a scadenza sono di scarso rilievo.

**2.2. Regime transitorio.** Le regole contabili introdotte dal D. Lgs. n. 139/2015 sono applicabili ai bilanci relativi agli esercizi iniziati a partire dall'1 gennaio 2016 (articolo 12, comma 1, D. Lgs. n. 139/2015).

In linea generale, è stata prevista l'applicazione retroattiva delle novità contabili che comporta l'adozione delle nuove regole di rappresentazione contabile anche alle operazioni iniziate in esercizi precedenti a quello di prima applicazione di tali regole.

Tuttavia, con riferimento al criterio del costo ammortizzato è stata prevista la facoltà di un'applicazione prospettica che comporta l'adozione dei nuovi criteri per la rilevazione dei soli crediti e debiti sorti successivamente all'esercizio avente inizio l'1 gennaio 2016, infatti, l'articolo 12, comma 2, del D. Lgs. n. 139/2015 dispone che *"le modificazioni previste dal presente decreto all'articolo 2426, comma 1, numeri 1) ... e 8), del codice civile, possono non essere applicate alle componenti delle voci riferite a operazioni che non hanno ancora esaurito i loro effetti in bilancio"*.

In sostanza, ai sensi di tale regime transitorio è consentito:

- applicare il costo ammortizzato e l'attualizzazione solo ai crediti, ai debiti e ai titoli di debito iscritti per la prima volta nei bilanci relativi agli esercizi iniziati a partire dal 1° gennaio 2016;

- continuare ad assoggettare alle regole contabili previgenti i crediti, i debiti e i titoli di debito già iscritti in bilanci di esercizi precedenti quello di prima applicazione delle nuove regole contabili.

Qualora la società si avvalga di tale facoltà, è necessario darne adeguata informativa in nota integrativa.

Al contrario, nel caso in cui tale facoltà di optare per la norma derogatoria non venga esercitata, l'impresa dovrà applicare retroattivamente i criteri del costo ammortizzato e dell'attualizzazione a tutti i crediti, i debiti e i titoli di debito, senza possibilità di attuare una deroga "parziale" e contabilizzare in maniera diversa alcune operazioni pregresse dello stesso genere.

**3. Costo ammortizzato con attualizzazione: profili contabili.** L'articolo 2426, comma 1, n. 8, stabilisce che i crediti<sup>2</sup> e i debiti<sup>3</sup> sono rilevati<sup>4</sup> in bilancio

---

<sup>2</sup> I crediti rappresentano diritti ad esigere, ad una scadenza individuata o individuabile, ammontari fissi o determinabili di disponibilità liquide, o di beni/servizi aventi un valore equivalente, da clienti o da altri soggetti (OIC 15, par. 6);

<sup>3</sup> I debiti commerciali originatisi dall'acquisto di beni sono rilevati in base al principio di competenza quando il processo produttivo dei beni è stato completato e quando si è verificato il trasferimento dei rischi e dei benefici che, salvo specifici accordi contrattuali, si verifica con la spedizione o la consegna dei beni (nel caso di beni mobili) e con la data di stipulazione dei contratti di compravendita (nel caso di beni che richiedono un atto pubblico per il trasferimento). I debiti originatisi da acquisti di servizi, invece, sono rilevati in base al principio della competenza quando la prestazione è stata effettuata (OIC 19, par. 38). I debiti sono passività di natura determinata ed esistenza certa, che rappresentano obbligazioni a pagare ammontari fissi o determinabili di disponibilità liquide, o di beni/servizi aventi un valore equivalente, di solito ad una data stabilita. Tali obbligazioni sono nei confronti di finanziatori, fornitori e altri soggetti (OIC 19, par. 4);

<sup>4</sup> I crediti commerciali originatisi dalla vendita di beni sono rilevati in base al principio di competenza quando il processo produttivo dei beni è stato completato e quando si è verificato il trasferimento dei rischi e dei benefici che, salvo specifici accordi contrattuali, si verifica con la spedizione o la consegna dei beni (nel caso di beni mobili) e con la data di stipulazione dei contratti di compravendita (nel caso di beni che richiedono un atto pubblico per il trasferimento). I crediti originatisi da vendite di servizi, invece, sono rilevati in base al principio della competenza quando la prestazione è stata effettuata (OIC15, par. 29). I crediti che si originano per ragioni differenti dallo scambio di beni e servizi (ad esempio per operazioni di finanziamento) sono iscrivibili in bilancio se sussiste "titolo" al credito, e cioè se essi rappresentano effettivamente un'obbligazione di terzi verso la società (OIC15, par 30). I debiti di finanziamento e quelli che si originano per ragioni diverse dallo scambio di beni e servizi sono iscrivibili in bilancio quando sorge l'obbligazione della società al pagamento verso la

secondo il criterio del costo ammortizzato tenendo conto del fattore temporale e, per quanto riguarda i crediti, del presumibile valore di realizzo.

I principi OIC 15 e OIC 19 trattano il tema del costo ammortizzato distinguendo tra applicazione in assenza o in presenza di attualizzazione.

Con il presente contributo si analizza l'utilizzo del costo ammortizzato con attualizzazione<sup>5</sup>, applicabile in presenza di un tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali significativamente diverso dal tasso di interesse di mercato<sup>6</sup> che, in sintesi, prevede la necessità:

- in sede di rilevazione iniziale dei crediti e dei debiti, anche di natura commerciale, di

- identificare il valore attuale del credito e del debito scorporando la componente finanziaria implicita dal loro valore nominale mediante l'attualizzazione a tasso di mercato dei flussi finanziari futuri;

- ottenere il valore di rilevazione iniziale del credito e del debito, rispettivamente, aggiungendo o sottraendo, al loro valore attualizzato, i relativi costi di transazione;

- utilizzare il valore di rilevazione iniziale così determinato per calcolare il tasso di interesse effettivo, ossia il tasso, costante lungo la durata del credito, che rende uguale il valore attuale dei flussi finanziari futuri derivanti dal credito e il suo valore di rilevazione iniziale;

- in sede la valutazione successiva dei crediti e dei debiti, di calcolare e imputare pro-rata *temporis*, rispettivamente, gli interessi attivi e passivi al tasso di interesse effettivo andando a rettificare il valore contabile del credito e del

---

controparte, da individuarsi sulla base delle norme legali e contrattuali (OIC19 par. 39). L'iscrizione di un debito di finanziamento avviene all'erogazione del finanziamento. I prestiti obbligazionari sono iscritti al momento della sottoscrizione (OIC19 par. 40);

<sup>5</sup> In caso di rilevazione iniziale in assenza di attualizzazione, il valore di rilevazione iniziale di un credito è pari a: valore nominale – sconti/premi/abbuoni + costi di transazione. I costi di transazione, i premi, gli sconti, le commissioni attive e passive e ogni differenza tra valore iniziale e valore a scadenza sono: (i) inclusi nel tasso d'interesse effettivo e (ii) ammortizzati lungo la durata attesa del credito. Il loro ammortamento integra o rettifica gli interessi attivi calcolati al tasso nominale;

<sup>6</sup> Questa situazione si verifica tipicamente nel caso di operazioni commerciali regolate con tempi di pagamento superiori a dodici mesi, prestiti infruttiferi erogati dai soci alla società, prestiti erogati dalla società ai propri lavoratori dipendenti a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato.

debito lungo la loro durata. In tal modo si riallinea, a scadenza, il costo ammortizzato del credito o del debito al valore nominale che verrà rispettivamente incassato o pagato.

In definitiva, rispetto alla rilevazione dei crediti e dei debiti sulla base del valore nominale, l'adozione del criterio del costo ammortizzato con attualizzazione presenta in sostanza due rilevanti differenze:

- la prima concerne l'obbligo di scorporare la componente finanziaria implicita dal valore nominale dei crediti o dei debiti attualizzando al tasso di mercato i relativi flussi futuri;
- la seconda consiste nel far concorrere i costi di transazione alla formazione del risultato di esercizio lungo la durata attesa del credito o del debito con una logica finanziaria.

**3.1 Il criterio del costo ammortizzato.** Il nostro Legislatore non ha dato però nessuna definizione del principio del costo ammortizzato limitandosi, nel comma 2 dell'articolo 2426, del codice civile, a disporre che debba farsi riferimento ai principi contabili internazionali IAS/IFRS.

È quindi all'appendice A dell'IFRS 9<sup>7</sup> che si deve fare risalire che definisce il costo ammortizzato come *“l'importo a cui l'attività o passività finanziaria è valutata al momento della rilevazione iniziale meno i rimborsi del capitale, più o meno l'ammortamento cumulato, secondo il criterio dell'interesse effettivo di qualsiasi differenza tra tale importo iniziale e l'importo alla scadenza e, per le attività finanziarie, rettificato per l'eventuale fondo a copertura perdite”*<sup>8</sup>.

Il criterio del costo ammortizzato, basato sul tasso di interesse effettivo e sull'inclusione di tutti gli oneri accessori nel valore del credito o nel costo del

---

<sup>7</sup> L'IFRS 9 - *Financial Instrument* è stato sviluppato dall'*International Accounting Standard Board* (IASB) per sostituire lo IAS 39 - *Financial Instruments*. La data di efficacia della versione completa dell'IFRS 9 è prevista per gli esercizi che iniziano dal 1° gennaio 2018;

<sup>8</sup> definizione analoga si rinviene nel paragrafo 15 dell'OIC 15, nel paragrafo 17 dell'OIC 19 e nel paragrafo 15 dell'OIC 20) *“Il costo ammortizzato di un'attività o passività finanziaria è il valore a cui l'attività o la passività finanziaria è stata valutata al momento della rilevazione iniziale al netto dei rimborsi di capitale, aumentato o diminuito dall'ammortamento cumulato utilizzando il criterio dell'interesse effettivo su qualsiasi differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza e dedotta qualsiasi riduzione (operata direttamente o attraverso l'uso di un accantonamento) a seguito di una riduzione di valore o di irrecuperabilità”*;

debito, è espressione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma: per un soggetto che eroga (riceve) denaro la misurazione dei proventi (oneri) finanziari derivanti dall'operazione deve tenere conto anche dei "costi di transazione", vale a dire dei costi marginali direttamente attribuibili all'acquisizione, emissione o dismissione dell'attività/passività finanziaria (i.e. dei costi che non sarebbero stati sostenuti se l'entità non avesse acquisito, emesso o dismesso lo strumento finanziario).

I costi di transazione attribuibili a un'attività o a una passività finanziaria<sup>9</sup>:

- includono gli onorari e le commissioni pagati a soggetti terzi (es.: consulenti, mediatori finanziari e notai), i contributi pagati a organismi di regolamentazione e le tasse e gli oneri sui trasferimenti;

- non includono i premi o sconti sul valore nominale del credito e tutti gli altri oneri previsti dal contratto di finanziamento e pagati alla controparte (di queste componenti si tiene conto, come si vedrà *infra*, per passare dal "tasso di interesse nominale" al "tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali").

Tali costi, assorbiti all'interno del tasso di interesse effettivo applicabile all'attività o alla passività finanziaria, saranno inclusi per la quota maturata in ciascun esercizio tra gli interessi attivi (per i crediti) o passivi (per i debiti) di periodo.

Pertanto, opera un meccanismo di "finanziarizzazione" in conseguenza del quale tali costi sono inclusi nell'area finanziaria del conto economico secondo una ripartizione dettata dalla durata, dalle condizioni e dal tasso di interesse effettivo applicabile.

In definitiva, per effetto del cambiamento delle regole di contabilizzazione, i costi di transazione, che prima delle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 139/2015 dovevano essere contabilizzati come oneri pluriennali comuni a più esercizi e ammortizzati per un periodo pari alla durata del credito o del debito, devono essere sommati o sottratti, rispettivamente al valore iniziale di iscrizione del credito o del debito.

---

<sup>9</sup> OIC 15, par. 19 e OIC 19 par. 20;

**3.2 Il criterio dell'attualizzazione.** Nel momento in cui sorge l'obbligo di iscrizione del debito e/o del credito, il punto 8 dell'art. 2426 del Codice civile prevede che detti debiti/crediti siano iscritti al costo ammortizzato, tenendo conto del fattore temporale e, per i soli crediti, del valore di presumibile realizzo.

Tralasciando l'aspetto del valore di presumibile realizzo, applicabile ai soli crediti, al fine di tenere conto del fattore temporale nella rilevazione dei crediti e dei debiti occorre confrontare:

- il tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali, inteso come il tasso che prende in considerazione tutti i flussi di cassa pagati tra le parti e previsti dal contratto (es. commissioni, pagamenti anticipati e ogni altra differenza tra valore iniziale e valore a scadenza del credito o del debito) ma non considera i costi di transazione<sup>10</sup>. Tuttavia, se le commissioni contrattuali tra le parti e ogni altra differenza tra valore iniziale e valore a scadenza non sono significativi, il tasso desumibile dalle condizioni contrattuali dell'operazione può essere approssimato dal tasso di interesse nominale<sup>11</sup>;

- il tasso di interesse di mercato, inteso come il tasso che sarebbe applicato se due parti indipendenti avessero negoziato un'operazione simile con termini e condizioni comparabili con quella oggetto di esame che ha generato il credito o il debito<sup>12</sup>.

In tutti i casi in cui alla data di rilevazione iniziale l'impresa rilevi una significativa differenza tra questi tassi, per attualizzare i flussi finanziari futuri derivanti dal credito o dal debito occorre sostituire il tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali con il tasso di interesse di mercato.

Un'altra valutazione che il criterio dell'attualizzazione impone all'impresa è quella di dover individuare la "natura" da attribuire ai differenziali che scaturiscono dalla sua applicazione.

L'attualizzazione del credito o del debito ad un tasso di mercato superiore rispetto al tasso di interesse contrattuale, infatti, genera un valore del credito e

---

<sup>10</sup> OIC 15, par. 9 e OIC 19 par. 10;

<sup>11</sup> OIC 15, par. 42 e OIC 19 par. 50;

<sup>12</sup> OIC 15, par. 41 e OIC 19, par. 49;

del debito inferiore rispetto al medesimo valore a scadenza, pertanto, è necessario identificare la natura da attribuire a tali differenziali tenendo in considerazione la sostanza economica delle vicende negoziali<sup>13</sup>.

Per i crediti e debiti commerciali, questo scorporo dal credito o dal debito impatta rispettivamente sul ricavo e sul costo sottostante che vengono conseguentemente contabilizzati per un importo inferiore al valore fatturato. Nel caso di un credito commerciale con scadenza superiore agli usi normali di mercato (i.e. quantomeno superiore a 12 mesi) l'attualizzazione riduce il ricavo derivante dalla cessione del bene o dalla prestazione de servizio, mentre il differenziale tra il valore nominale e il valore attuale del credito è ripartito *pro rata temporis* per la durata del credito.

Nel caso di crediti o debiti di natura finanziaria, invece, di regola, l'attualizzazione comporta la rilevazione di un componente finanziario negativo (c.d. "*day one loss*") o positivo (c.d. "*day one profit*") di immediata imputazione a conto economico al momento della rilevazione iniziale. Tuttavia, in talune circostanze, l'attualizzazione, valutata la sostanza economica dell'operazione o del contratto, può determinare una differente rappresentazione contabile attribuendo a tale componente una diversa natura. È il caso, ad esempio, di un finanziamento infragruppo, effettuato dalla società controllante a favore della società controllata, in cui la valutazione della sostanza dell'operazione può determinare l'attribuzione di una "natura patrimoniale" al differenziale derivante dall'attualizzazione. In questo caso, il finanziamento erogato con l'obiettivo di "patrimonializzare" la controllata determina la qualificazione come "apporto" del differenziale derivante dall'attualizzazione, che viene quindi portato a incremento del valore contabile della partecipazione detenuta dalla società creditrice e a incremento del patrimonio netto della società debitrice.

---

<sup>13</sup> Come detto, anche questa regola contabile discende dall'esigenza di rappresentare correttamente la sostanza economica dell'operazione e le sue finalità. Ad esempio, una società che eroga un finanziamento a tasso di mercato ed una società che eroga un finanziamento infruttifero stanno compiendo operazioni aventi una sostanza economica diversa, che in quanto tale deve trovare idonea rappresentazione contabile mediante l'iscrizione del credito infruttifero e del corrispondente debito a un valore inferiore a quello nominale;

**3.3. Caso applicativo: crediti da finanziamenti a tasso significativamente inferiore a quello di mercato.** Di seguito si analizzano le seguenti fasi dei criteri in esame:

- la rilevazione iniziale dei crediti e dei debiti al costo ammortizzato in presenza di attualizzazione;
- la valutazione successiva dei crediti e dei debiti al costo ammortizzato, mediante l'ausilio della seguente esemplificazione numerica.

Ipotizziamo<sup>14</sup> che la società Alfa Spa abbia erogato un finanziamento a tasso significativamente diverso da quello di mercato avente le seguenti caratteristiche:

- valore nominale del finanziamento 1.000;
- costi di transazione 15;
- tasso di interesse nominale 2%;
- tasso di interesse desumibile dal contratto 2%;
- interessi attivi incassati posticipatamente al 31/12 di ogni anno;
- durata del finanziamento 5 anni;
- rimborso del capitale alla scadenza del quinto anno;
- tasso di interesse di mercato 4%.

Sul piano applicativo gli OIC prevedono che si debba dapprima procedere all'attualizzazione e poi all'applicazione del costo ammortizzato.

**3.3.1. La rilevazione iniziale dei crediti e dei debiti al costo ammortizzato in presenza di attualizzazione.** Come detto nel caso di tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali significativamente diverso dal tasso di interesse di mercato occorre attualizzare tutti i flussi finanziari futuri derivanti dal credito, rappresentati dall'ammontare:

- annuo di interessi pari a 20 (1.000 X 2%)
- dal valore nominale del finanziamento pari a 1.000 utilizzando quest'ultimo tasso come segue

---

<sup>14</sup> Esempio 2A dell'OIC 15;

$$\text{Valore attuale dei flussi finanziari futuri} = 20/(1,04) + 20/(1,04)^2 + 20/(1,04)^3 + 20/(1,04)^4 + 1.020/(1,04)^5 = 910,97$$

L'attualizzazione comporta per l'impresa finanziatrice la rilevazione di un componente finanziario negativo (c.d. "*day one loss*") pari a 89,03 di immediata imputazione a conto economico al momento della rilevazione iniziale<sup>15</sup>.

Successivamente:

- il soggetto che eroga denaro deve aggiungere al valore iniziale del credito i costi di transazione sostenuti;
- il soggetto che riceve denaro deve sottrarre dal valore delle somme ricevute quelle di cui, a sua volta, ha dovuto privarsi a causa del sostenimento di costi di transazione.

Riprendendo i dati dell'esempio, pertanto, al valore del credito ottenuto mediante il processo di attualizzazione devono essere sommati i costi di transazione come segue:

$$\text{Valore di rilevazione iniziale} = 910,97 \text{ (valore attuale dei flussi)} + 15 \text{ (costi di transazione)} = 925,97$$

La scrittura contabile che la società finanziatrice effettua è la seguente:

		Dare	Avere
C.17	Oneri finanziari	89,03	
B.III.2.d-bis	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso altri	925,97	
D.7	Debiti verso fornitori (costi di transazione)		15,00
C.IV	Disponibilità liquide		1.000,00

<sup>15</sup> Per l'impresa finanziata, invece, l'attualizzazione comporta la rilevazione di un componente finanziario positivo (c.d. "*day one profit*") pari a 89,03 di immediata imputazione a conto economico al momento della rilevazione iniziale;

Laddove, invece, si consideri l'esempio in esame si riferisca a un finanziamento infragruppo<sup>16</sup> erogato dal socio con finalità di rafforzamento patrimoniale della controllata, l'attualizzazione comporta l'emersione di un differenziale che la controllante-finanziatrice imputerà in aumento al valore della partecipazione (invece che tra gli oneri finanziari), mentre, la controllante-finanziata iscriverà ad incremento delle riserve (invece che tra i proventi finanziari).

La scrittura contabile che la società controllante-finanziatrice effettua è la seguente:

		Dare	Avere
B.III.1. a	Partecipazioni in imprese controllate	89,03	
B.III.2. a	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso controllate	925,97	
D.7	Debiti verso fornitori (costi di transazione)		15,00
C.IV	Disponibilità liquide		1.000,00

La scrittura contabile che la società controllata-finanziata effettua è la seguente:

		Dare	Avere
D.3	Debiti verso soci per finanziamenti		910,97
A	Patrimonio netto		89,03
C.IV	Disponibilità liquide	1.000	

<sup>16</sup> Esempio 2B dell'OIC 15;

**3.3.2. La valutazione successiva dei crediti e dei debiti al costo ammortizzato.** Una volta determinato il valore di iscrizione iniziale a seguito dell'attualizzazione, occorre procedere alla determinazione del tasso di interesse effettivo, ossia di quel tasso che, applicato costantemente per tutta la durata del credito (o del debito), rende uguale il valore attuale dei flussi finanziari futuri previsti dal contratto e il suo valore di rilevazione iniziale. Tale tasso di interesse effettivo, in assenza di costi di transazione (o in presenza di costi di transazione non rilevanti), coincide con il tasso di interesse di mercato.

In sostanza, mediante l'applicazione del costo ammortizzato, i costi di transazione:

- rettificando il valore di rilevazione iniziale del credito (o del debito) incidono sulla determinazione del tasso di interesse effettivo;
- sono ripartiti lungo la durata attesa del credito o del debito con una logica finanziaria (cosiddetta "finanziarizzazione" dei costi di transazione).

Il tasso di interesse effettivo è calcolato al momento della rilevazione iniziale<sup>17</sup> del credito o del debito sulla base dei flussi finanziari futuri:

- tenendo conto delle tempistiche contrattualmente previste per tali flussi (i.e. scadenze previste di incasso/pagamento, considerando anche l'eventuale possibilità di pagamento anticipato);
- non tenendo conto delle perdite e delle svalutazioni future su crediti, salvo il caso in cui tali perdite siano riflesse nel valore iniziale di iscrizione del credito, in quanto esso è stato acquistato a un prezzo che tiene conto delle perdite stimate per inesigibilità<sup>18</sup>; qualora, successivamente alla rilevazione iniziale di un credito, emergano perdite future (i.e. flussi finanziari futuri previsti contrattualmente ma che non si prevede di incassare), il credito viene svalutato

---

<sup>17</sup> Il tasso di interesse effettivo determinato inizialmente rimane invariato e non viene adeguato: (1) al variare dei tassi di mercato, a meno che l'operazione sia regolata a tasso variabile; in quest'ultimo caso, ogni volta che avviene una variazione del parametro su cui si fonda il calcolo del tasso variabile il tasso di interesse effettivo deve essere ricalcolato prendendo in considerazione i flussi finanziari residui; (2) al variare della tempistica dei flussi finanziari futuri: se si modifica la tempistica degli incassi (anticipazione/posticipazione rispetto alle scadenze originarie) (i) non si ricalcola il tasso di interesse effettivo; (ii) si attualizzano i flussi finanziari utilizzando il tasso di interesse effettivo originario e tenendo conto della nuova tempistica; (iii) si imputa tra gli oneri/proventi finanziari il differenziale di valore che emerge.

<sup>18</sup> OIC15, par. 39.

di un importo pari alla differenza tra il suo valore contabile e il valore attuale dei flussi finanziari futuri residui che si prevede di incassare, calcolato utilizzando il tasso di interesse effettivo.

Riprendendo i dati dell'esempio, il valore di rilevazione iniziale del credito è da utilizzarsi per determinare il tasso di interesse effettivo che rappresenta

$$925,97 = 20/(1+X) + 20/(1+X)^2 + 20/(1+X)^3 + 20/(1+X)^4 + 1.020/(1+X)^5$$

$$\text{Tasso di interesse effettivo (X) = 3,6464\%}$$

l'incognita della seguente equazione:

Successivamente, in ciascun esercizio si devono calcolare gli interessi attivi moltiplicando il tasso di interesse effettivo per il valore contabile iniziale del credito. Tali interessi sono rilevati a conto economico e per la differenza rispetto agli interessi nominali, vanno a rettificare il valore contabile del credito come segue:

Esercizio	Valore contabile del credito all'inizio dell'esercizio (A)	Interessi attivi al tasso di interesse effettivo (B) = A x 3,6464%	Flussi finanziari in entrata (C)	Valore contabile alla fine dell'esercizio (D)=A+B+C
1	925,97	33,76	(20,00)	939,73
2	939,97	34,27	(20,00)	954,00
3	954,00	34,79	(20,00)	968,79
4	968,79	35,33	(20,00)	984,12
5	984,12	35,88	(20,00)	0,00

La scrittura contabile che la società finanziatrice effettua al termine del primo esercizio, per rilevare gli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse

effettivo e l'incasso degli interessi attivi nominali, è la seguente:

		Dare	Avere
C.16.2	Proventi finanziari		33,76
B.III.2. d-bis	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso altri	33,76	
C.IV	Disponibilità liquide	20,00	
B.III.2. d-bis	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso altri		20,00

Scritture contabili analoghe, salvo il diverso importo degli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse effettivo, sono effettuate al termine del secondo (34,27), terzo (34,79), quarto (35,33).

La scrittura contabile che la società finanziatrice effettua al termine del quinto esercizio, per rilevare gli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse effettivo e l'incasso degli interessi attivi nominali e del credito, è la seguente:

		Dare	Avere
C.16.2	Proventi finanziari		35,88
B.III.2. d-bis	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso altri	35,88	
C.IV	Disponibilità liquide	1.020,00	
B.III.2. d-bis	Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso altri		1.020,00

Laddove, invece, si consideri l'esempio in esame si riferisca a un finanziamento infragruppo erogato dal socio con finalità di rafforzamento patrimoniale della controllata, la scrittura contabile che la società controllante-finanziatrice effettua al termine del primo esercizio, per rilevare gli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse effettivo e l'incasso degli interessi attivi nominali, è la seguente:

		Dare	Avere
C.16.2	Proventi finanziari		33,76
a	B.III.2. Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso controllate	33,76	
C.IV	Disponibilità liquide	20,00	
a	B.III.2. Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso controllate		20,00

Scritture contabili analoghe, salvo il diverso importo degli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse effettivo, sono effettuate al termine del secondo (34,27), terzo (34,79), quarto (35,33).

La scrittura contabile che la società controllante-finanziatrice effettua al termine del quinto esercizio, per rilevare gli interessi attivi calcolati con il tasso di interesse effettivo e l'incasso degli interessi attivi nominali e del credito, è la seguente:

		Dare	Avere
C.16.2	Proventi finanziari		35,88
a	B.III.2. Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso controllate	35,88	
C.IV	Disponibilità liquide	1.020,00	
a	B.III.2. Immobilizzazioni finanziarie – crediti verso controllate		1.020,00

**4. Costo ammortizzato con attualizzazione: profili fiscali.** Nella prima parte del presente contributo ci si è soffermati sulla descrizione dei profili contabili concernenti l'applicazione degli istituti del costo ammortizzato e dell'attualizzazione. Si tratta a questo punto di verificare gli effetti fiscali delle nuove regole contabilizzazione.

Nella parte che segue, pertanto, vengono analizzate le tematiche fiscali che si pongono a seguito dell'applicazione ai crediti e ai debiti del costo ammortizzato con attualizzazione alla luce dell'introduzione, ad opera dell'articolo 13-bis, del DI 244/2016 (c.d. Decreto milleproroghe 2017), del principio di derivazione rafforzata del reddito Ires dalle risultanze di bilancio anche per i soggetti Oic<sup>19</sup>.

Ai fini Irap, invece, il criterio di derivazione rafforzata dell'imponibile dalle regole civilistiche era già sancito dall'articolo 5, ultimo comma, del D.Lgs. n. 446/1997.

Infine, viene analizzata la particolare questione concernente la rilevanza fiscale ai fini Ace della rappresentazione contabile dei finanziamenti infruttiferi (o a tasso significativamente diverso da quello di mercato) erogati dai soci alla società partecipata, alla luce del D.M. ACE del 3 agosto 2017.

**4.1. Crediti e debiti commerciali.** Come visto, i principi contabili OIC 15 e OIC 19 stabiliscono che nel caso di attualizzazione di crediti e debiti commerciali con scadenza superiore a 12 mesi, caratterizzati dall'assenza di interessi o da un tasso di interesse significativamente diverso da quello di mercato, la differenza tra il valore nominale e il valore attuale del credito (*i*) è espressione della presenza di un'operazione di finanziamento combinata alla vendita del bene o alla prestazione del servizio; (*ii*) è rilevata come onere finanziario per la parte di essa derivante dall'attualizzazione della quota del credito derivante dall'esercizio della rivalsa IVA ed a rettifica del ricavo per la parte di essa derivante dall'attualizzazione della restante quota del credito; (*iii*)

---

<sup>19</sup> Il coordinamento tra la disciplina fiscale di determinazione delle basi imponibili Ires e Irap e le nuove regole di redazione del bilancio di esercizio è stato regolamentato dall'articolo 13-bis del D.L. n. 244 del 2016. Per effetto delle modifiche apportate dall'articolo 13-bis al comma 1 dell'articolo 83 del Tuir è stato esteso anche ai soggetti, diversi dalle micro-imprese, che redigono il bilancio in base al codice civile, il principio della "derivazione rafforzata", già applicabile ai soggetti IAS/IFRS, in base al quale trovano riconoscimento fiscale i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione così come risultanti dalla corretta applicazione dei principi contabili di riferimento, anche in deroga alle regole del Tuir;

determina la successiva rilevazione di interessi attivi<sup>20</sup> relativi alla menzionata operazione di finanziamento<sup>21</sup>.

Si tratta ora di comprendere quale trattamento fiscale<sup>22</sup> debba essere applicato agli interessi passivi corrispondenti all'effetto dell'attualizzazione sull'IVA addebitata al cliente e a quelli attivi rilevati con riferimento al ricavo. Premesso che l'articolo 13-bis, del DI 244/2016, ha introdotto il principio di derivazione rafforzata del reddito Ires dalle risultanze di bilancio, il Dm 3 agosto 2017, per effetto del richiamo operato dall'articolo 2, comma 1, lettera a),

<sup>20</sup> Analogamente, per i debiti commerciali la differenza tra il valore di rilevazione iniziale del debito e il valore a termine deve essere rilevata a conto economico riducendo inizialmente il costo di esercizio e successivamente come onere finanziario lungo la durata del debito;

<sup>21</sup> Le società Oic adopter che abbiano effettuato cessioni di beni o prestazioni di servizi riconoscendo al cliente termini di pagamento differiti oltre le normali condizioni di mercato, senza prevedere la corresponsione di alcun interesse devono procedere all'attualizzazione del credito commerciale facendo attenzione a tenere distinta la parte di tale credito alimentata dal ricavo da quella che si genera per effetto della rilevazione dell'Iva a debito. Ipotizzando che una società all'inizio del 2017 abbia effettuato un'operazione di cessione di un bene ad un prezzo pari a 1.220, Iva al 22% inclusa, concedendo al cliente la possibilità di pagare il dovuto dopo 24 mesi, per valutare se sia necessaria l'attualizzazione del credito è necessario preliminarmente individuare il tasso di mercato ovvero il tasso che sarebbe stato applicato se due parti indipendenti avessero negoziato un'operazione simile di finanziamento con termini e condizioni comparabili. Proseguendo con l'esempio ed ipotizzando un tasso di mercato pari al 5%, la società al momento della cessione deve iscrivere il credito al valore attualizzato pari a 1.107 ( $1.220/1,05*1,05$ ). Inoltre, secondo quanto riportato nell'esempio 1A dell'OIC 15, si devono rilevare in avere un ricavo per 907 ( $1.000/1,05*1,05$ ) e Iva a debito per 220 mentre in dare si contabilizza un costo per oneri finanziari per 20 (pari all'Iva a debito di 220 meno il valore attualizzato dell'Iva a debito ( $200=220/1,05*1,05$ )). Al termine del primo e del secondo anno, inoltre, si devono rilevare gli interessi attivi al tasso del 5% sul credito iscritto a 1.107 e dunque pari rispettivamente a 55 e 58, riallineando in tal modo il valore del credito al suo nominale (1.107 più 55 più 58 è infatti uguale a 1.220, importo che il cliente deve pagare alla fine die 24 mesi);

<sup>22</sup> Un particolare problema attiene all'applicazione dell'articolo 106, comma 1, del Tuir, e, quindi, al calcolo della svalutazione crediti. Come noto le svalutazioni dei crediti sono deducibili entro il limite forfettario dello 0,5% del "valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi" e fino quando l'ammontare complessivo delle svalutazioni dedotte raggiunge il 5% del suddetto valore e le perdite su crediti sono determinate con riferimento al "valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi". Dato che l'applicazione del costo ammortizzato fa sì che il valore di rilevazione in bilancio dei crediti (e, per effetto del principio di derivazione rafforzata, il relativo valore fiscale) sia pari alla somma tra il loro valore nominale o di acquisizione (o il loro valore attualizzato, se sussistono i presupposti per l'attualizzazione) e i costi di transazione sostenuti dal creditore, occorre comprendere se, per la quantificazione delle svalutazioni di crediti fiscalmente deducibili e delle perdite su crediti, (i) bisogna ancora fare riferimento, come testualmente disposto, al valore nominale o di acquisizione dei crediti, oppure, (ii) adottando un'interpretazione logico-sistematica che supera il dato letterale, si deve fare riferimento al valore fiscalmente riconosciuto dei crediti, coincidente con quello emergente dall'applicazione del costo ammortizzato (previa eventuale attualizzazione). La soluzione corretta sembrerebbe essere la (ii) in quanto le disposizioni del TUIR intendono riferirsi al valore fiscalmente riconosciuto dei crediti, che, prima dell'applicazione del costo ammortizzato, coincideva sempre con il valore nominale o, nel caso di crediti acquistati da terzi, con il relativo costo di acquisto;

all'articolo 2, comma 1, del DM 1° aprile 2009, ha poi confermato che assumono rilevanza anche per i soggetti Oic gli elementi reddituali e patrimoniali rappresentati in bilancio in base al criterio della prevalenza della sostanza sulla forma, pur nel rispetto delle disposizioni del Tuir che prevedono limiti quantitativi alla deduzione di componenti negativi<sup>23</sup>.

Pertanto, con riferimento agli interessi contabilizzati per effetto dell'attualizzazione, in sede di determinazione del reddito Ires, nessuna variazione specifica deve essere operata. In fase di applicazione del test del Rol, invece, si ritiene che gli interessi attivi dovrebbero rilevare al netto di quelli passivi contabilizzati per tener conto dell'effetto Iva.

In definitiva, per effetto del principio di derivazione rafforzata la suddivisione contabile dell'unitaria operazione di cessione del bene o di prestazione di servizio in un'operazione commerciale e un'operazione di finanziamento risulta fiscalmente riconosciuta.

Il suddetto comportamento contabile avrà impatto sulla base imponibile Irap, infatti, si assiste a una riqualificazione di proventi e oneri ordinariamente iscritti nel valore e nei costi della produzione (rilevanti ai fini Irap) in oneri e proventi finanziari (irrilevanti ai fini Irap).

**4.2. Crediti e debiti di natura finanziaria.** Come visto nella prima parte del presente contributo, i principi contabili OIC 15 e OIC 19 stabiliscono che l'attualizzazione di crediti e debiti finanziari:

a) in generale, comporta la rilevazione di un componente finanziario negativo/positivo (c.d. "*day one loss*" / "*day one profit*") di immediata imputazione a conto economico);

---

<sup>23</sup> Tornando all'esempio riportato nella nota precedente, dunque, con riferimento agli interessi contabilizzati per effetto dell'attualizzazione, in sede di determinazione del reddito Ires, nessuna variazione specifica deve essere operata. In fase di applicazione del test del Rol (articolo 96 del Tuir), si ritiene che gli interessi attivi rilevino in misura pari a 35 (pari a 55 meno 20, e dunque al netto di quelli passivi contabilizzati per tener conto dell'effetto Iva);

b) in alcuni casi, invece, determina una differente rappresentazione contabile. Ad esempio<sup>24</sup>, l'attualizzazione di un finanziamento infruttifero (o a tasso significativamente inferiore a quello di mercato) erogato a una società controllata con l'obiettivo di "patrimonializzarla" determina la qualificazione come "apporto" del differenziale derivante dall'attualizzazione, che viene, quindi, portato a incremento del valore contabile della partecipazione detenuta dalla società creditrice e a incremento del patrimonio netto della società debitrice.

Con riferimento alla fattispecie *sub a)* il tema centrale consiste nel comprendere quale trattamento fiscale debba essere applicato al differenziale da prima iscrizione del credito o del debito attualizzato quando ne sia prevista l'iscrizione, rispettivamente, tra gli oneri o tra proventi finanziari (c.d. "*day one loss*" / "*day one profit*").

In particolare, la prima questione attiene alla "natura" del differenziale da attualizzazione imputato a conto economico, infatti, ci si domanda se queste componenti siano assimilabili o meno agli interessi passivi/attivi ai fini IRES e quindi, se debbano essere computate ai fini del calcolo degli interessi passivi deducibili in base alla disciplina prevista dall'articolo 96 del TUIR. La questione è controversa<sup>25</sup>.

Vi è chi risponde affermativamente a tali quesiti sottolineando che, qualora così non fosse, si determinerebbero distorsioni; ad esempio, se il differenziale da attualizzazione non fosse rilevante agli effetti dell'articolo 96 del TUIR, una società che abbia contratto un finanziamento passivo a un tasso di interesse significativamente inferiore a quello di mercato assoggetterebbe a IRES il "*day one profit*" e potrebbe scontare l'indeducibilità dei maggiori interessi passivi rilevati lungo la vita del debito a causa dell'incapienza del ROL.

Riprendendo i dati dell'esempio esposto nel precedente paragrafo 3.3, dunque, al componente negativo rilevato in sede di prima rilevazione del valore attualizzato del credito (pari a 89,03), dovrebbe essere riconosciuta la stessa

---

<sup>24</sup> Un altro esempio è rappresentato dal credito di finanziamento verso i dipendenti. In tal caso il differenziale derivante dall'attualizzazione assume la natura di costo del personale;

<sup>25</sup> Si veda al riguardo la circolare dell'Assonime n. 14 del 2017;

natura e lo stesso trattamento fiscale previsto per i maggiori interessi attivi successivamente imputati al conto economico in base a quanto previsto dalle regole contabili dell'attualizzazione (pari, rispettivamente a 33,76; 34,27; 34,79; 35,33 e 35,88). La successiva contabilizzazione dei proventi finanziari rilevati a conto economico, infatti, assume piena rilevanza fiscale.

Vi è chi, invece, ritenendo che la questione non potrebbe essere risolta in maniera diversa da quanto previsto per i soggetti IAS-*adopter*, nega l'assimilabilità agli interessi attivi/passivi del “*day one profit*” / “*day one loss*” fondando tale conclusione su quanto disposto, per la “*day one loss*”, dall'articolo 2, comma 3, D.M. 1° aprile 2009 n. 48 - applicabile ai soggetti OIC adopter in forza dell'articolo 2, comma 1, lettera a) D.M. 3 agosto 2017 - il quale stabilisce che “*i limiti di cui all'articolo 106, commi 1 e 3, del testo unico non si applicano alle differenze emergenti da prima iscrizione dei crediti*”; secondo questa tesi, la disattivazione dei limiti dell'articolo 106 del TUIR dimostra che, nell'ottica del legislatore, la “*day one loss*” (e, quindi anche il “*day one profit*”) costituisce una minusvalenza (plusvalenza) di natura valutativa, non assimilabile, pertanto, agli interessi passivi (attivi).

Con riferimento alla fattispecie *sub b)* (e.g. finanziamento a società controllata infruttifero o a tasso significativamente diverso da quello di mercato) la questione che si pone concerne la rilevanza fiscale della rappresentazione contabile. In tal caso la differenza di attualizzazione ha natura di “apporto” ed è, quindi, portata a incremento del valore della partecipazione detenuta dalla società creditrice (invece che come onere finanziario) e del patrimonio netto della società debitrice (e non un provento finanziario), ferma restando la successiva rilevazione contabile di interessi attivi (in capo al creditore) e corrispondenti interessi passivi (in capo al debitore) al tasso di interesse di mercato.

La questione è stata normativamente risolta dall'articolo 1, comma 1, lettera b) del D.M. 3 agosto 2017, il quale ha inserito nell'articolo 5 del D.M. 8 giugno 2011 il comma 4-*bis*, ai sensi del quale: “*nel caso di operazioni di finanziamento tra soggetti tra i quali sussiste il rapporto di controllo di cui*

*all'articolo 2359 del Codice Civile assumono rilevanza fiscale esclusivamente i componenti positivi e negativi imputati a conto economico desumibili dal contratto di finanziamento, laddove siano rilevati nello stato patrimoniale componenti derivanti dal processo di attualizzazione a tassi di mercato previsto dal criterio del costo ammortizzato".*

In altri termini, si è scelto di disapplicare il principio di derivazione rafforzata ai finanziamenti che (i) sono infruttiferi o, comunque, con un tasso di interesse significativamente diverso da quello di mercato; (ii) sono effettuati tra società tra cui sussiste un rapporto di controllo ex articolo 2359 del Codice Civile; (iii) hanno l'obiettivo di "patrimonializzare" la società finanziata, che determina la qualificazione come "apporto" del differenziale di attualizzazione (i.e. la differenza tra valore nominale del credito/debito e suo valore attuale), che incrementa il valore contabile della partecipazione detenuta dalla società creditrice e il patrimonio netto della società debitrice.

La disapplicazione del principio di derivazione rafforzata comporta, per il socio, che non sono tassati i maggiori interessi attivi rispetto a quelli contrattuali, mentre, per controllata, non sono deducibili i maggiori interessi passivi rispetto ai contrattuali, infatti:

- i maggiori interessi attivi/passivi contabilizzati dal creditore/debitore (corrispondenti alla differenza tra il tasso di interesse di mercato e il tasso di interesse desumibile dalle condizioni contrattuali) non hanno rilevanza fiscale;
- gli interessi attivi/passivi contabilizzati dal creditore/debitore rilevano fiscalmente solo per la quota di essi desumibile dal contratto di finanziamento (i.e. corrispondente al tasso di interesse contrattuale); tale quota è, quindi, pari a zero nel caso di finanziamento infruttifero).

Come chiarito dalla relazione al DM 3 agosto 2017, inoltre, non assumono rilevanza fiscale:

- per la società finanziata, la riserva di *demeed contribution* iscritta nel patrimonio netto;
- per la società finanziante, il maggior valore della partecipazione.

Al riguardo si osserva che la disposizione che deroga al principio di derivazione rafforzata opera soltanto:

- se il processo di attualizzazione del finanziamento infragruppo comporta la rilevazione di poste nello stato patrimoniale della società creditrice (incremento partecipazione) e di quella debitrice (incremento patrimonio netto), il che accade solo quando il finanziamento ha l'obiettivo di patrimonializzare la società finanziata; resta, quindi, ferma la derivazione rafforzata per i finanziamenti infragruppo per i quali il processo di attualizzazione comporta la rilevazione a conto economico del "*one day profit*" / "*one day loss*";
- per i finanziamenti tra società legate da rapporto di controllo ex articolo 2359 del Codice Civile; resta, quindi, ferma la derivazione rafforzata per i finanziamenti tra società tra cui manca un rapporto di controllo, anche se, avendo essi finalità di patrimonializzazione, l'attualizzazione determina la rilevazione di poste nello stato patrimoniale della società creditrice e di quella debitrice.

Da ultimo si sottolinea che:

- si ritiene che la disapplicazione della derivazione rafforzata si applichi solo alla differenza tra gli interessi attivi/passivi contabilizzati e quelli contrattuali derivante dall'attualizzazione, senza pregiudicare la rilevanza fiscale della quota di tale differenza derivante dalla "finanziarizzazione" dei costi di transazione;
- la disapplicazione della derivazione rafforzata opera, testualmente, solo per i componenti positivi/negativi imputati a conto economico; sembra, tuttavia, logico che essa operi anche per le poste patrimoniali contabilizzate dalla società creditrice e da quella debitrice; tale conclusione lascia aperto l'interrogativo di quale "natura" abbia, sotto il profilo fiscale, la riserva iscritta nel patrimonio netto della società debitrice.

Il suddetto comportamento contabile avrà impatto anche sulla base imponibile Irap, infatti, tale poste saranno escluse in ragione del principio di derivazione dai dati bilancistici e dell'esclusione dell'area finanziaria dalle voci rilevanti ai fini dell'imposta. Con specifico riferimento ai costi di transazione, si

noti che, assumendo una diversa natura, ora rientrano nell'area finanziaria e non possono più dar luogo a quote di ammortamento di immobilizzazioni immateriali. Conseguentemente, ai fini Irap, si ha un incremento del valore della produzione netta, dato che tali costi non potranno più abbattere la base imponibile in quanto estranei ad essa.

**4.2.1. Crediti e debiti di natura finanziaria: profili fiscali ACE.** La questione che si pone concerne la rilevanza fiscale ai fini Ace della rappresentazione contabile esaminata con riferimento ai finanziamenti infruttiferi (o a tasso significativamente diverso da quello di mercato) erogati dai soci alla società partecipata.

In particolare ci si chiede se l'incremento del patrimonio netto contabilizzato dalla società finanziata e l'incremento del valore della partecipazione contabilizzato dal socio finanziatore siano rilevanti o meno ai fini della determinazione della base dell'ACE<sup>26</sup>.

La questione è stata normativamente risolta del D.M. ACE del 3 agosto 2017 che<sup>27</sup>:

- all'articolo 5, comma 5, ultimo periodo dispone che: *“l'incremento di patrimonio netto derivanti da finanziamenti infruttiferi o a tasso diverso da quello di mercato erogati dai soci a favore delle società di cui all'articolo 2 (trattasi delle società di capitali residenti e delle società non residenti con stabile organizzazione in Italia n.d.a) non assume rilevanza ai fini della determinazione della variazione in aumento di cui alla lettera a) del comma 2 (i.e. della variazione in aumento derivante da conferimenti in denaro n.d.a.)”*;

---

<sup>26</sup> Articolo 1 del D.L. n. 201/2011;

<sup>27</sup> La disposizione (articolo 5, comma 4-bis, D.M. 8 giugno 2011) che disattiva la derivazione rafforzata per il calcolo degli interessi attivi/passivi fiscalmente rilevanti in presenza di poste patrimoniali derivanti dall'attualizzazione di un finanziamento infruttifero o a tasso significativamente diverso da quello di mercato si applica unicamente ai finanziamenti intercorrenti tra soggetti tra cui sussiste il rapporto di controllo di cui all'articolo 2359 del Codice Civile. Al contrario, si noti che le disposizioni che disciplinano l'irrilevanza - quali conferimenti in denaro, ai fini dell'incremento/decremento della base ACE, delle poste patrimoniali derivanti dall'attualizzazione di un finanziamento infruttifero o a tasso significativamente diverso da quello di mercato si applicano a tutti i finanziamenti concessi dai soci alla società partecipata e non solo ai finanziamenti concessi dal socio di controllo;

- all'articolo 10, comma 2, dispone che: *“ai fini del precedente periodo (che dispone la riduzione della base ACE di un importo pari ai conferimenti in denaro effettuati, successivamente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31/12/2010, a favore di soggetti del gruppo, oppure divenuti tali a seguito dei conferimenti n.d.a.) non assume rilevanza l'incremento di partecipazioni derivante da finanziamenti infruttiferi o a tasso diverso da quello di mercato erogati dai soci a favore delle società del gruppo”*.

Inoltre, la relazione illustrativa del D.M. ACE 3 agosto 2017 aggiunge che *“va da sé che l'apporto (imputato a incremento della partecipazione) iscritto dal finanziatore va considerato anch'esso come parte integrante del finanziamento ai fini della lettera c) del comma 3 dell'articolo 10”* (i.e. al fine di quantificare l'eventuale incremento, rispetto all'importo risultante dal bilancio relativo all'esercizio in corso al 31/12/2010, dei crediti di finanziamento nei confronti dei soggetti del gruppo)<sup>28</sup>.

Pertanto, le risposte alla questione posta in premessa sono le seguenti:

- l'incremento di patrimonio netto contabilizzato dalla società finanziata e corrispondente alla differenza tra il valore nominale del finanziamento e il suo valore attuale, calcolato applicando il tasso di interesse di mercato, non è considerato tra i conferimenti in denaro rilevanti ai fini dell'incremento della base ACE<sup>29</sup>;

- l'incremento del valore della partecipazione contabilizzato dal socio finanziatore e corrispondente alla citata differenza:

- non è considerato tra i conferimenti in denaro effettuati, successivamente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31/12/2010, a favore di società del gruppo, da computare a decremento della base ACE;

---

<sup>28</sup> Le disposizioni del D.M. ACE 3 agosto 2017 (e la relativa relazione illustrativa) non chiariscono se l'utile d'esercizio che, se accantonato a riserva disponibile, determina l'incremento della «base ACE» deve essere depurato degli interessi attivi/passivi contabilizzati a conto economico per effetto dell'attualizzazione che ha generato le menzionate poste patrimoniali. L'assenza di disposizioni fa propendere per la soluzione negativa;

<sup>29</sup> L'incremento di patrimonio netto rilevato dalla società finanziata a seguito dell'attualizzazione di un finanziamento infruttifero o a tasso significativamente diverso da quello di mercato rileva ai fini del computo del patrimonio netto complessivo che, ai sensi dell'articolo 11 del D.M. ACE 3 agosto 2017, costituisce il limite massimo della base ACE;

○ è considerato tra i finanziamenti effettuati a società del gruppo al fine di verificare l'eventuale incremento di tale voce rispetto all'importo da essa assunto nel bilancio relativo all'esercizio in corso al 31/12/2010 e del conseguente eventuale decremento della base ACE.

**5. Costo ammortizzato con attualizzazione: profili fiscali del regime transitorio.** Qualora si sia optato per l'applicazione retroattiva del criterio del costo ammortizzato ai crediti e ai debiti preesistenti alla data dell'1 gennaio 2016 (per i soggetti con l'esercizio coincidente con l'anno solare) è necessario applicare le regole contenute nei commi 5 e 7 dell'articolo 13-*bis* del D.L. n. 244/2016, che disciplinano il passaggio alle nuove regole contabili, prevedendo, rispettivamente, l'irrilevanza fiscale dei ripristini e delle eliminazioni di attività e passività e l'ultrattività del regime fiscale originario delle operazioni pregresse.

In particolare, qualora l'impresa decida di applicare retroattivamente il criterio del costo ammortizzato con attualizzazione:

- dal punto di vista contabile:
  - i costi di transazione iscritti tra gli oneri pluriennali, sostenuti in relazione a crediti o a debiti contratti ante 2016, devono essere eliminati in contropartita del patrimonio netto all'1 gennaio 2016;
  - tale eliminazione determina un differente importo di interessi di contabilizzare in base al criterio del costo ammortizzato in quanto i costi di transazione sostenuti dal creditore hanno determinato la contabilizzazione, da parte di quest'ultimo, di minori interessi attivi, mentre, i costi di transazione sostenuti dal debitore hanno determinato la contabilizzazione, da parte di quest'ultimo, di maggiori interessi passivi;
- dal punto di vista fiscale:
  - per effetto della disposizione che statuisce l'irrilevanza, ai fini fiscali, delle rettifiche contabili di attività/passività che vengono operate in sede di passaggio alle nuove regole contabili<sup>30</sup>, si continuano ad applicare i criteri di

---

<sup>30</sup> Articolo 13-*bis* del D.L. n. 244/2016, comma 7, lettera c): *“il ripristino e l'eliminazione, nell'attivo patrimoniale, rispettivamente, di costi già imputati a conto economico di precedenti*

deducibilità vigenti antecedentemente alla loro cancellazione. Pertanto, nel caso specifico, si prosegue nell'ammortamento extra-contabile dei costi di transazione in base al criterio di ammortamento applicato negli esercizi precedenti;

○ per effetto della regola che disciplina le cosiddette "operazioni pregresse"<sup>31</sup>, si continua ad applicare alle stesse la previgente specifica disciplina fiscale, qualora il recepimento fiscale, per effetto della derivazione rafforzata, della loro nuova qualificazione comporti effetti distorsivi. Pertanto, nel caso specifico, continuano ad assumere rilevanza fiscale tanto per il creditore quanto per il debitore gli interessi nominali (invece di quelli calcolati applicando il criterio del costo ammortizzato e l'attualizzazione) allo scopo di evitare effetti di "tassazione anomala".

---

*esercizi e di costi iscritti e non più capitalizzabili non rilevano ai fini della determinazione del reddito né del valore fiscalmente riconosciuto; resta ferma per questi ultimi la deducibilità sulla base dei criteri applicabili negli esercizi precedenti"; articolo 13-bis del D.L. n. 244/2016, comma 7, lettera d) "l'eliminazione nel passivo patrimoniale di passività e fondi di accantonamento considerati dedotti*

*... non rileva ai fini della determinazione del reddito; resta ferma l'indeducibilità degli oneri a fronte dei quali detti fondi sono stati costituiti, nonché l'imponibilità della relativa sopravvenienza nel caso di mancato verificarsi degli stessi";*

<sup>31</sup> L'articolo 13-bis, comma 5, del D.L. n. 244/2016 stabilisce che "continuano ad essere assoggettati alla disciplina fiscale pregressa gli effetti reddituali e patrimoniali sul bilancio" dell'esercizio 2016 "e di quelli successivi delle operazioni che risultano diversamente qualificate, classificate, valutate e imputate temporalmente rispetto alle qualificazioni, classificazioni, valutazioni e imputazioni temporali risultanti dal bilancio dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2015".



*'Liquid Incoming taxation system' as a way to tax business income based on cash flow statements\**

by **MARCO VRSIGLIONI**

**SUMMARY:** **1.** PREMISE – **2.** OUTLINE OF THE HYPOTHESIS OF A BUSINESS TAX SYSTEM BASED ON 'LIQUID INCOME' COMPARED TO THE DOCTRINE OF «CASH FLOW TAX» («CFT») – **3.** THE CONCEPT OF 'LIQUID INCOME' AS A 'SCIENTIFIC THEME' **4.** – THE DETERMINATION OF 'LIQUID INCOME' AS A 'SCIENTIFIC METHOD' – **5.** "LIQUID INCOME' AND «ECONOMIC INCOME»: IN BRIEF – **6.** THE CONCEPT AND FUNCTION OF A GENERAL 'BUSINESS WITHHOLDING TAX' – **7.** PROCEDURES FOR THE TRANSITION TO 'LITS' AND ITS ASSESSMENT. – **8.** CONCLUSION

**1. Premise.** Observing the fiscal context in which companies operate, a host of questions spring to mind. How can the taxation of business income be adapted to the present scenario, reversing the out-dated legislative trend that prefers 'ethical' <sup>(1)</sup> statements, controvertible to infinity, to 'scientific'<sup>(2)</sup> ones, in practice incontrovertible? How can the psychological reluctance to invest in a

<sup>1</sup> The concept expressed by the adjective 'ethical' needs to be briefly clarified. 'Ethical' is used here in its oldest sense, that underlying the *id quod plerumque accidit* as ethically understood, in other words, as normal or collective behavior, the logical antecedents of which are found in ancient concepts examined and explained by A. GIULIANI, in "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading," Juridical Review 62 (1969): 216-225, among others.

For the concept of 'ethical themes', see M. VRSIGLIONI, 'Mathematical Law', *Diritto e processo*, ESI, 2017, n. 1, 60 ss., where they are specified as themes that are controvertible within given limits or infinitely controvertible, inasmuch as they can be ascertained or determined by means of an argumentative or evaluative choice deriving from a prudent appreciation, the expression of discretionality or willpower. This choice is the consequence of the (informal) logic of controversy based on the equation 'truth = coherence', if the judgement is aimed at achieving the assessment of the truth, or, alternatively, on the equation 'truth = consensus' (if a deal is possible) or (if a deal is impossible) on the logic of 'the lesser evil for both parties'. In the latter cases the judgment is aimed only at eliminating the dispute without finding the truth.

For a different perspective, see A. AMBROSE, *A controversy in the Logic of Mathematics*, in *The Philosophical Review*, 1933, vol. 42, n. 6, 594 ss.

<sup>2</sup> For the concept of 'scientific themes' opposed, in a complementary way, to 'ethical themes', see M. VRSIGLIONI, 'Mathematical Law', *Diritto e processo*, ESI, 2017, n. 1, 60 ss. Scientific themes are 'absolutely incontrovertible' (as 'facts of mere knowledge' they can be known without assessment because logical and non-conjectural) or 'in practice incontrovertible' (they can be known only by an assessment because logical and conjectural). Moreover they are objectified by means of proofs based on the formal logic of 'truth = identity', as regards the first, and 'truth = correspondence', as regards the latter.

country where legal certainty is seriously threatened be overcome? How can the determination of taxable business income be made easier and the predictability of the consequences of tax behaviour more certain to avoid the negative effects that the current systems for assessing income, based on evaluations or legal presumptions, produce indirectly on consumer spending and employment? How can investment in assets, the provision of equity, the payment of creditors when credit is due, be encouraged? How can entrepreneurs be educated to take care of cash flow, as happens in many big European and international companies?

At the same time, observing the reality in which tax administrations operate, it is inevitable to wonder how the assessment and collection of taxes can be made more efficient; how greater resources can be assigned to the assessment of single 'scientific facts' and diverted from resources now engaged in valuations of complex 'ethical facts'; how the number of endless disputes can be reduced and the number of effective assessments increased; how the relationship between tax authorities and the taxpayer can be made truly collaborative, uncontroversial and educational.

In short, we need to find a way to combine the multiple positive factors that are not antagonistic in nature but made antagonistic by existing law and to discover a criterion for bravery that will enable us to look beyond the usual, adopt scary decisions, and overcome the difficulties with minimum risk.

**2. Outline of the hypothesis of a business tax system based on 'Liquid Income' compared to the Doctrine of «Cash Flow Tax» («CFT»).** Probably the criterion for bravery that a researcher must find is 'calculated courage'.

In fact, adopting this criterion, perhaps there is a way.

Maintaining present balance sheets and relative civil law provisions, it would be possible to determine business income for tax purposes on the cash principle, whatever the size or nature of the business activity.

In general terms, business income taxation could be based on a new taxation system, 'LITS', made up of two elements, one substantial - a new concept of taxable income ('Liquid Income' - 'LI') - and one procedural - a new concept of a general business withholding tax ('Business Withholding Tax' - 'BWT').

This futuristic system focuses on the well-known idea of Cash Flow instead of on the present concept of «Economic Income» («EI»).

Decades of doctrinal experience related to CFT demonstrate that, at first sight, any new business income tax system based on cash flow would seem able to accelerate economic recovery, make State Tax Revenue more stable and certain, simplify taxation and facilitate tax assessment and collection.

It is less clear how a similar method of taxation could make it possible to tax an index of ability to pay that would be more effective (i.e. more fair) and less controvertible (i.e. more certain). Besides, it is necessary to identify other factors conducive to generating a true consent to taxation and constituting the common bases (substantial and procedural) on which to set up a European or international new deal for a corporate tax base.

In any case, undertaking research of this kind means following the same logical path taken by the CFT Doctrine and meeting many of the same conceptual, economic and legal obstacles that shaped the unfortunate destiny of that model of business taxation (largely confined to theory).

Although the prototype of a CFT has been organically studied and proposed (since 1978, and even before) as an alternative to Corporate Income Tax (CIT), proving capable of defining the tax base more clearly and simply than present income tax practices, many scholars and researchers have observed that a CFT and its variants would require careful design. It has been noted, for example, that a CFT could create administrative problems related to tax avoidance and evasion through transfer pricing, inflation adjustments, and incompatibilities with existing international tax regimes. Thus, it remains theoretically attractive but difficult to implement.

In this perspective, LITS aims to improve the positive premises of the CFT Doctrine, trying simultaneously to overcome the problems, thought to be intrinsic and crucial: the debatable nature of a similar new tax and the uncertain type of index that this tax would assume as a base for taxation; the foreseeable difficulties that a new tax could create in the present system of conventions against international double taxation; the leap of faith that would be necessary regarding State Tax Revenue, given the fear of incurring a huge loss in revenues and creating obstacles to public spending, especially in the first fiscal year of transition.

For these reasons, LITS tries to find a new path and does not correspond to any of the three models of CFT elaborated by Nobel winner Prof. Meade in 1978 [i.e. R-BASE, S-BASE and (R+F) BASE]; models, that up till now, seem to have constituted the common basis or the accepted general premises of the CFT Doctrine.

To give an idea of its specific elements, suffice it to say that LITS, unlike CFT, would continue to tax an index of ability to pay that everybody calls income. Moreover, LITS would not involve the introduction of a new type of tax into present tax systems, whether domestic or international. Being firmly based on a new general 'business withholding tax', LITS would not imply tax revenue problems in the transition period like those anticipated for CFT and up till now considered almost insuperable.

The new hypothesis envisages a system of taxation of business income linked to cash and grounded on scientific facts (simple, individual, analytical facts, in practice incontrovertible and therefore endowed with high effectiveness) and no longer linked to accruals based on ethical facts (complex, general, synthetic facts, that are controvertible and therefore endowed with low effectiveness). It stems from the observation that the accrual method has become unfair at the substantial level because it is no longer ethically consistent with the principle of ability to pay and at the procedural level because uncertain and debatable.

Moreover, although LITS has no specific or direct reason to reduce tax evasion or avoidance, it should not cause a worsening of the current situations and in theory should, indirectly, improve them. Companies that regularly invest their positive surpluses of liquidity into the business activities would not pay final taxes but only a very modest withholding tax on account. Therefore, they should have no incentive to behave illicitly. Besides, the possibility of using digital tax assessments would discourage the arbitrages and delaying techniques that characterize accruals and, more particularly, the infinite set of tax assessments that this criterion of determination of 'Economic Income' involves.

Taxpayers would be required to pay the final tax only in the case that, during the fiscal period, they had achieved a net cash flow at least equal to the tax to be paid (calculated after deduction of the withholding taxes paid on account).

This should in itself demotivate the pathological behavior that accruals arouse in those taxpayers obliged to pay taxes without having achieved a net flow of liquidity at least equal to the taxes to be paid in the fiscal period.

**3. The concept of 'Liquid Income' as a 'scientific theme'.** LI aspires to represent an innovative type of taxable income that would originate from the succession of single financial inflows and outflows over a given period and coincide, at the end of the period, with an overall positive liquid difference between the two <sup>(3)</sup>, while an eventual negative difference could be carried forward. The mere qualitative modification of availability would obviously be neutral.

Compared to the current calculation of taxable income, expenses, naturally related to the business activity, would become deductible only at the time of payment and revenues would become taxable only at the time of receiving cash, irrespective of the nature of the single component (whether representing a profit, a loss, an asset, a debt etc.).

---

<sup>3</sup> By the same logic, the concept of '*liquid added value*' could also be elaborated, *mutatis mutandis* (although the EU guidelines could present some extra difficulties, apparently not insuperable).

LI would seem more coherent with the principle of ability to pay than EI. In fact, it might rectify the distortion created by current ethics, which sees clients not being able to honor debts and banks reluctant to concede credit to entrepreneurs. While in an economy that “works”, accrual may be indicative of an effective ability to pay, in times of crisis it can no longer be so, that ability being assured only by the cash principle (obviously moving from the due premise that even an optimal regulation of losses on credit would always be inelastic to some extent). In short, the accrual principle appears to be suffering from ethically supervening invalidity (constitutional or international).

Nor would there seem to be insurmountable obstacles regarding the new concept of LI because it implies, in any case, possession of an income, even if specified in exclusively financial channels.

As for the determination of the tax base, unlike what happens today, the liquid business income would not depend in any way on the result of the income statement (intended for civil law). Again, unlike what happens for accounting purposes, to determine liquid business income there would be no need even to analytically identify the single items pertaining to the three main categories into which, in accordance with present standards, the components of the cash flow statement are classified (those of income, investment and finance, personal or third party).

The principle that considers any expense or cost to be deductible only if it is related to a business activity would however be maintained; in such a perspective, this well-known principle would simply change its object (outflows, in the financial sense, instead of expenses or costs, in the economic sense).

In brief, the concept of LI would present an extreme adaptability, in theory seeming able to function in a timely (incontrovertible) manner for all enterprises. Being a scientific concept, LI could easily be experimented both by big businesses, which are obliged to produce financial statements, and smaller ones, those with ordinary accounting, because obliged to produce accounting sheets of availability as well as those with simplified accounting, which have bank statements on hand.

The principles of taxation adopted for fighting CFC and similar systems of tax avoidance would become by and large superfluous.

Consolidated taxation would remain possible and opportune; in fact, it would seem more easily applicable, even in a wider perspective (European or international).

Moreover, once the necessary technical adjustments are in place, LI would seem compatible with any system of taxation of “dividends”<sup>4</sup> chosen by the legislator (partial or total exemption, tax credit, deduction, etc).

Lastly no decisive problems would appear to be conjecturable, at least at first sight, regarding international conventions against double taxation; in fact, as the tax base is constituted by a type of income, the nature of the taxes indicated in current treaties would not be altered in any way.

#### **4. The determination of ‘Liquid Income’ as a ‘scientific method’.**

Basing taxation on the scientific facts of payments received or made, the components constituted by ethical facts such as valuations would lose relevance; this would totally change the approach to present methods of income assessment.

As we have seen, LI becomes taxable only when the taxpayer collects a net positive cash flow almost equal to the amount of tax to pay (irrespective of the withholding tax) during the relevant fiscal period.

To put it briefly, in determining the tax base, expenses, obviously if related to the business activity, would become deductible only at the moment of payment made and revenues would become taxable only at the moment of payment received. The logic of the taxation of business income would become, in practice, *‘he who pays deducts, he who collects pays’*.

In other words, LI derives from the succession of cash inflows and outflows and its base is constituted by the liquid difference between: (+) final cash and cash equivalents at the end ( $t_1$ ) and (-) initial cash and cash

---

<sup>4</sup> The word “dividends”, used here for the sake of brevity, is intended as comprising, among other things, the sums due by way of operating profits, drawn from officially recognized partnership members and organizations as well as from individual entrepreneurs.

equivalents at the beginning ( $t_0$ ). If the difference is positive, we have taxable LI; if the difference is negative, we have a 'Liquid Loss' ('LL') that can be carried forward.

In this way, components of LI are (-) any business-related outflow of cash (but any decrease in own equity is excepted) and (+) any business-related inflow of cash (but any increase in own equity is excepted).

Among the various ways to regulate the assessment of liquidity, it seems sufficient to use payments (made or received) that are registered in particular 'Qualified Bank Accounts' (QBA) previously indicated by the taxpayer to the tax administration as accounts destined for LITS purposes.

Leaving aside cash flows associated with the management of expenses, profits, capital gains and contingencies (examples of which are however given in the appendix) it seems opportune to examine in detail flows linked to investments and financings (again, examples are given in the appendix).

In the case of investment, the cost would be entirely deductible at the moment payment is made and depreciations (like advances) would disappear from the determination of business income. In the case of financings, the inflow from third party capital would contribute to increasing the LI and its outflow to reducing it; on the other hand, the inflow of personal capital would not generate any increase in the LI, whereas outflow would contribute to reducing it, except in the case of reimbursement of partners or of own consumption of assets related to the business activity.

Finally, observing the grounds of the statements from which LI derives, it is clear that the concept depends, formally and substantially, on the Cash Flow Statement (CFS), as required by civil law. This (scientific) link between LI and CFS (or Financial Statement) is simple and certain because both are exempt from valuations.

**5. 'Liquid Income' and «Economic Income»: in brief.** The two concepts are very different.

For instance, the inflow related to a loan is taxable for LI but neutral for EI. «EI components», such as depreciations and inventories, accruals and deferrals, and all evaluation components are not 'LI components'.

In addition, the dependence principle is based on different statements: Income Statements in the case of EI; Cash Flow Statements in the case of LI.

<b>'Liquid income'</b>	<b>«Economic income»</b>
TAX BASE	TAX BASE
(+) Inflows	(+) Positive components
(-) Outflows	(-) Negative components
OR	OR
(+) [Cash + Cash Equivalents ( $t_1$ )]	(+) Equity ( $t_1$ )
(-) [Cash + Cash Equivalents ( $t_0$ )]	(-) Equity ( $t_0$ )
STATEMENT	STATEMENT
Cash Flow Statement	Income Statement

The results reached by the two methods of taxation, even in relation to the same company and the same social year, are likely to be very different.

Such possible differences reflect the different characters of LI (non-valuational) and EI (valuational).

In the long-term, nevertheless, the LI and EI tax bases tend to become equal because the effects of their different nature are neutralized by 'the flow of

time' (in particular, the flow of taxation time), as it is possible to verify observing the table at the end of the article.

**6. The concept and function of a general 'Business Withholding Tax'.** Not disposing of national quantitative data that is certain, it is not possible at present to foresee the effects, in terms of yield, of the hypothesized modification of the concept of taxable income.

Understandably, ever since the beginning of the studies on the (similar) subject of Cash Flow Tax, the fear of a possible loss of State Tax Revenue, especially in the first fiscal period of transition, has represented the most important problem to solve while looking for a way to realize a new method of business taxation.

This critical issue leads back ineluctably to the basic question posed in the premise: "How to find a criterion for bravery"?

LITS, which looks to be a more efficient system than the one used at present, on the one hand would be perfectly reconcilable with a generalized proportional tax on business income and on the other, would permit a reduction of the rate in force today, in particular bearing in mind its aptitude for becoming the foundation of a generalized business withholding tax (BWT).

In effect, the focalization on the timely (scientific) element of payment would allow a BWT on every positive component of LI. Banks and other financial operators authorized to transfer money would apply a BWT on every transfer to a qualified bank account for the purpose of LITS at the moment of payment.

For business activities directed at final consumers, if the payment was made by credit card, the BWT would be applied by the company responsible for the card; if made in cash, the BWT would be applied by banks at the time of the deposit made by the entrepreneur in the qualified account.

From this point of view, even working with the insufficient data available at present, one could conjecture a BWT on account of a minimum amount (< 5%)

if the receiver of the payment was a resident subject taxable on the basis of LI or a final BWT of a larger entity, if the receiver was non-resident.

In practical terms, with reference to the probable Italian Tax Revenue in 2012, and even with all due reserves and the doubts, it seems that a BWT on account whose entity was of not more than 3% could produce a State Tax Revenue not lower than that currently obtainable from the taxation of all business activities on the basis of EI.

Naturally the other forms of withholding tax in force today would remain as they are and are compatible with the BWT.

Hopefully the above considerations have adequately illustrated how the functions and advantages of a BWT could be at least twofold. On the one hand, during the transition, the BWT would guarantee unvaried State Tax Revenue and, on the other hand, when operative, the BWT would contribute to the stable implementation of LITS; ensure a certain and constant State Tax Revenue; simplify and clarify taxation enormously; eliminate disparities between categories of taxpayers; reduce taxation to minimal rates (2% or 3%), obviously only for those who continue to invest in business activities.

**7. Procedures for the transition to 'LITS' and its assessment.** Such a radical change would imply having to consider the numerous problems of transitional law enforcement related to the abandonment, at time  $t_0$ , of the principle of accrual and the determination of the entity of available liquidity existing at the same time  $t_0$  (this entity is the starting point of LITS).

However, unlike a transition to a possible CFT, a transition to LITS would take advantage of the positive effects of the planned BWT, thus eliminating the risk of an immediate loss of state revenue; in this way, many difficulties that appear to be foreseeable for a CFT, would probably have no reason to exist in the case of LITS.

In fact, if at time  $t_0$ , the fiscally recognized net equity was positive, then, because of what has been said, it should probably be considered as a first inflow, equivalent to a contribution in kind and therefore neutral (the starting point

of LITS would be zero). If, on the other hand, the net equity was negative, it should probably be considered equal to its negative entity (the starting point of LITS would be this negative entity).

The simplicity of the criterion of determination of liquid income would imply a reshaping of the system of controls and assessments.

In effect, computerized (scientific) controls – particularly those related to cross-border flows – would be more important than present (ethical) assessment methods. The conjectural logic of presumptions would become recessive compared to the precise knowledge furnished by computers, which would provide data that was virtually incontrovertible.

The system would overcome the inefficiency of the traditional income assessment systems and make them irrelevant. If anything, the use of cash should perhaps be controlled and if necessary, limited, more than now, even envisaging the incentive of a special reduction of tax rates for those undertaking not to use it or to use it within a predetermined maximum quantitative limit.

However, once valuations have become irrelevant and the initial stock of liquid availability has been determined, LITS would generate an implicit and automatic effect of “fiscal regularization” of any differences existing between fiscally recognized values at time  $t_0$  and effective values existing at the same time.

**8. Conclusion.** The economic and financial crisis seems to have significantly altered the ethical configuration of the principles of ability to pay, solidarity and equality of treatment, especially in their most intimate expression, namely effectiveness.

In fact the ethic perception, common since the fifties, of the entrepreneur as an individual able to dominate the capital factor (as well as the work factor) and consequently face up to the demands of liquidity, or rather of cash, seems to have disappeared, especially in the economies worst hit by the financial crisis.

During this period, the constitutional (or international) legitimacy of taxation based on the criterion of (economic) accrual, could be explained and justified. But that logic no longer seems ethically relevant.

It appears evident, in fact, that any index of the ability to pay correlated to income hinges today on the liquidity (or on an effective aptitude to be liquidated in the short term) of what is economically separable from an organized asset, and can no longer be correlated, as in the past, to accruals of elements, the possession of whose monetary substance is eventual and uncertain and only guaranteed by a generic and ample power to organize productive factors, including capital.

Today, the common perception seems reversed: the entrepreneur (the small-time one at least) normally encounters the problem of liquidity and does not dominate it; on the contrary, he suffers from it. Even the payment of taxes is perceived as a financial problem and no longer simply as an economic obligation: to the extent that, although physiological, the financial problem contributes to the generation of evasion (avoidance or profit shifting).

Moreover, the problem of liquidity also derives from a scarce propensity to consumption and investment (negatively influenced by fear of fiscal assessment methods relying on the presumption of revenues or of incomes based on consumptions or investments) and an equally scarce propensity to payment (also correlated to the exploitation of the number and the length of civil lawsuits).

In this overall framework, the hypothesis of a taxation based on liquid income could perhaps contribute to overcoming these obstacles.

The 'scientific' nature of the notion (i.e its 'incontrovertible' nature) tends to eradicate the questions posed by the traditional and unsolved themes of dependence (material vs formal) and qualification (substance vs form). In fact, the 'incontrovertible themes' on which LI and BWT are based make both dependence and qualification neutral and irrelevant because LI and BWT tend to make 'material equal to formal' and 'substance equal to form'. In this

perspective, LITS, being able to reduce uncertainty, would be more attractive for foreign investments.

Furthermore, the simplicity of the determination (it is able to constitute a clearer and more stable basis for the application of sanctions and administrative and penal rules), the peculiarity of the components (the financial nature of which is often inopportunately neglected by the vast majority of small or medium business subjects), the fact that it is generalizable to all businesses (and to self-employment, in a unitarian system), the predisposition to overcoming fiscal assessment methods based on presumptions (and the associated negative effect on consumption, investment and employment), the incentive to investment, the injection of private means and the making of payments, all seem good reasons to sustain a change of direction.

All the more so considering that only a 'system' based on effectiveness and certainty (as LITS hopes to be) can achieve the two great goals of true consent to taxation and true harmonization of different countries' taxation «systems».

At the same time, LI must respect many unavoidable constraints: constitutional requirements (such as ability to pay, equality and solidarity); double taxation conventions (present conventions must remain unaltered); the general principles of EU law (from human rights, legal certainty and proportionality to no State aid, free competition, etc.).

The new policy, theoretically more efficient in terms of national tax revenue and enabling a generalized application of the BWT, would guarantee both the stability and entity of State Tax Revenue during the transition from the present system based on EI to a future system based on LI and, after that, during the normal period of application of the new method.

Obviously, some problems need to be solved and more experiments need to be made but, given LITS' ability to manage transition to the new system preserving the certainty of State Tax Revenue (if not making it more certain), couldn't it represent a way to try to overcome the crisis of the present economic situation? And couldn't the kind of calculated courage required be the criterion

that in many countries people are trying to find, looking dubiously to the future of the economy and the taxation of economic activities?

### Appendix

#### Experimental comparison of tax regimes based on “Economic income” and on ‘Liquid income’

	AMOUNTS	2015		2016		2017		2018	
		ECONOMIC INCOME	LIQUID INCOME						
<b>1 PAYMENT CORPORATE CAPITAL</b>	<b>50,000</b>								
<b>2 SALES OF GOODS</b>	<b>2,000,000</b>								
RECEIVABLES	2,000,000	500,000		650,000		250,000		600,000	
PAYMENTS RECEIVED	350,000		350,000						
PAYMENTS RECEIVED	400,000				400,000				
PAYMENTS RECEIVED	650,000						650,000		
PAYMENTS RECEIVED	600,000								600,000
PAYMENTS RECEIVED	0								
<b>3 PURCHASE OF GOODS AND SERVICES</b>	<b>-1,700,000</b>								
PAYABLES	-1,700,000	-425,000		-552,500		-212,500		-510,000	
PAYMENTS MADE	-297,500		-297,500						
PAYMENTS MADE	-340,000				-340,000				
PAYMENTS MADE	-552,500						-552,500		
PAYMENTS MADE	-510,000								-510,000
RESIDUAL DEBT	0								
<b>4 CHANGES IN INVENTORIES</b>									
INITIAL INVENTORIES		0		-150,000		-200,000		-180,000	
FINAL INVENTORIES		150,000		200,000		180,000		0	
<b>5 PURCHASE OF CAPITAL GOODS</b>	<b>200,000</b>								
PAYMENT DUE ON PURCHASES	200,000	0		0		0		0	
PAYMENTS MADE	-200,000		-200,000						
DEPRECIATION OF CAPITAL GOODS	-200,000	-50,000		-50,000		-50,000		-50,000	
<b>6 BANK FINANCING</b>	<b>150,000</b>								
DISBURSEMENT OF LOAN	150,000		150,000						
REPAYMENT OF LOAN	-150,000		-37,500		-37,500		-37,500		-37,500
TAXABLE INCOME (ANNUAL)	100,000	175,000	-35,000	97,500	22,500	-32,500	60,000	-140,000	52,000
TAXABLE INCOME (PROGRESSIVE)		175,000	-35,000	272,500	-12,500	240,000	47,500	100,000	100,000
WITHHOLDING TAX APPLIED (HYP. 2%)			10,000		8,000		13,000		12,000
TAX (27.5%)		48,125	0	26,813	0	0	13,063	0	14,438
TAX PAYABLE		48,125	0	26,813	0	0	0	0	0
EXCESS OF WITHHOLDING TAX			-10,000		-18,000		-17,938		-15,500
ALLOTMENT FOR SETTLEMENT COMPANY								75,063	107,000
LIQUID ASSETS PRE-TAX		15,000	15,000	37,500	37,500	97,500	97,500	150,000	150,000
LIQUID ASSETS POST-TAX		-33,125	5,000	-37,438	19,500	22,563	66,500	75,063	107,000
TAX REFUND									15,500
TAX ON NON CARRIABLE LOSSES								47,438	0

It should be noted that words written in ‘single inverted commas’ refer to concepts elaborated by the author of the present article. Words written in «angle quotes» refer to concepts found in traditional literature while “double inverted commas” follow common usage.

### References

There is a vast literature on cash flow taxation, which has been studied in many variants and called in different ways.

For an initial statement of the concept, see E. CARY BROWN, *Business-Income Taxation and Investment Incentives*, in *Income, Employment and Public Policy, Essays in Honor of Alvin H. Hansen*, 300-316 (1948).

Then, see N. KALDOR, *An Expenditure Tax* (1955), who spurred a renewed interest in the subject.

Implementation issues were observed by WILLIAM D. ANDREWS, *A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax*, Harvard Law Review, 87 (1974), 1113 and A. C. WARREN, JR., *Fairness and a Consumption-Type or a Cash Flow Personal Income Tax*, Harvard Law Review, 88, 931.

Principally, see U.S. TREASURY DEP'T, *Blueprints for Basic Tax Reform* (1977) and INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES, *The Structure and reform of Direct Taxation* (1978) – Report of a committee chaired by Professor J.E. Meade.

In argument, see also, for example, R.E. HALL – A. REBUSHKA, *Low Tax, Simple Tax, Flat Tax*, New York, (1983); H.J. AARON – H. GALPER, *Assessing Tax Reform*, Washington D.C., Brookings Institution (1985), M. KING, *The Cash Flow Corporate Income Tax*, in Martin Feldstein (ed.), *The Effects of Taxation on Capital Accumulation*, University of Chicago Press. (1987); C.E. MCLURE – G.R. ZODROW, *THE ECONOMIC CASE FOR FOREIGN TAX CREDITS*, NATIONAL TAX JOURNAL, 51, (1998) A.A. AUERBACH - D. BRADFORD, *Generalized Cash-flow taxation*, NBER Working Paper, 8122 (2001); A. A. AUERBACH – M. P. DEVEREUX, *Consumption and CFTs in an International setting*, OXFORD UNIVERSITY CBT, WP, 12/01; D. F. BRADFORD, *The X Tax in the World Economy*, CEPS WORKING PAPER N. 93 (2003); H.H. ZEE, *A Superior Hybrid CFT on Corporations*, IMF, Working Papers, 06/117; C.E. MCLURE – G. R. ZODROW, *Consumption-based Direct Taxes: A guided tour for the amusement park*, Andrew Young School Working Paper, 07-16 (2007); P. PANTEGHINI, *Cash Flow Taxation, Pros and Cons*, University of Brescia, (2007); M.P. DEVEREUX – R. DE LA FERIA, *Designing and Implementing a Destination-Based Corporate Tax* (2014), Oxford University CBT, WP, 14/07; C. E. MCLURE – G.R. ZODROW – J. MINTZ, “US Supreme Court unanimously chooses substance over form in foreign tax credit”, Oxford University CBT, WP 14/11 (2011); EUROPEAN COMMISSION, *Experiences with cash-flow taxation and prospects – Final Report*, TAXATION PAPERS – WORKING PAPER N. 55 (2015); E. PATEL – J. MCCLELLAND, *What Would a Cash Flow Tax Look Like For U.S. Companies? Lessons from a Historical Panel*, Dept. of Treasury, OTA Working Paper, 116, January 2017.

As regards ‘Liquid Income’, see M. VERSIGLIONI, *Accertamento con adesione, autotutela e trasparenza fiscale*, in [http://associazionetributaristi.it/files/Atti\\_16\\_05\\_2008.pdf](http://associazionetributaristi.it/files/Atti_16_05_2008.pdf); ID., *Il ‘reddito liquido’: lineamenti, argomenti ed esperimenti*, in Riv. dir trib., 741- 762 (2014); ID., *Il ‘reddito liquido’ come attuale indice di effettiva capacità contributiva*, in Innovazione e diritto, 139 ss. (2014); ID., *La tassazione a partire dal ‘reddito liquido’*, in Il Sole 24-ore, 26 marzo (2015); ID., *Il ‘Sistema di tassazione sul reddito liquido’ (‘LITS’)*, in Dialoghi di diritto tributario, 2016 (ivi, R. LUPI, *Riflessioni sul ‘reddito liquido’, tra superamento del principio di competenza e garanzia di effettività della ricchezza da assoggettare a tassazione*); ID., *Dal ‘reddito liquido’ le soluzioni ai problemi del regime per cassa*, in Il Sole 24-ore, 3 aprile 2017; M. VERSIGLIONI, *Imprese minori ‘compecassa’ e ‘Liquid Income Taxation System’*, in <http://www.rivistadirittotributario.it/2017/06/23/impreseminori-compecassa-liquid-income-taxation-system/>

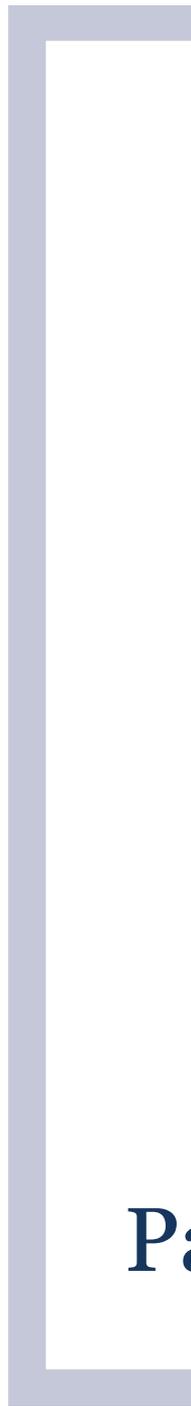
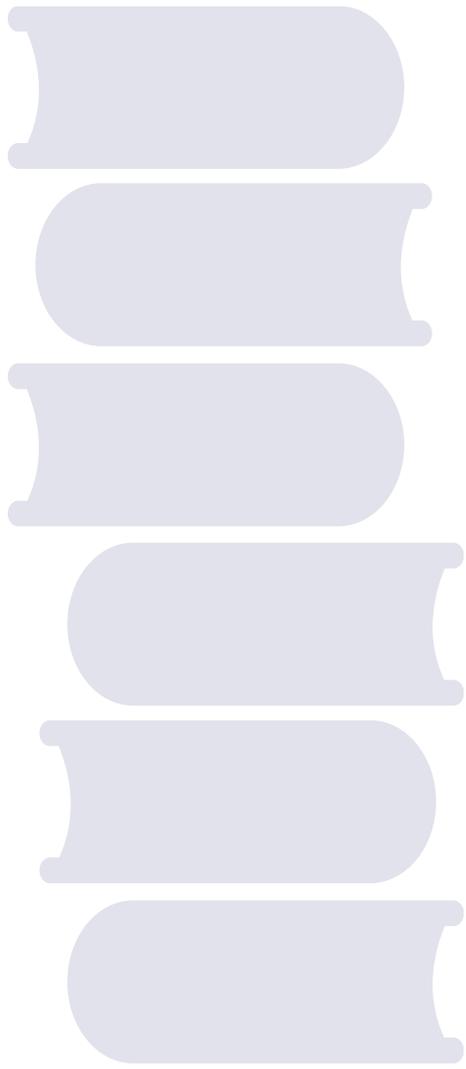
## Presentations

The LITS hypothesis has been presented and discussed:

1. in a National Fiscal Congress organized by A.N.T.I. held in Riva del Garda in September 2014;
2. in a Master class on tax law organized by the Università Bocconi in Milan in November 2015;
3. in a conference on the crisis of the accrual principle and the prospect of a taxation of ‘Liquid Income’ at the Università degli Studi Suor Orsola Benincasa in Naples on 25 May 2016;

4. in an international conference on the topic “Corporate tax base: towards a European new deal?” at the Università degli Studi in Turin, Dipartimento di Management, 5 and 6 May 2017;

5. in a conference on the topic “The new OIC accounting policies in business income” at the Università LUISS in Rome on 21 June 2017.



Parte terza

Note a sentenza  
degli studenti



CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA; grande sezione; sentenza, 19-07-2016, n. causa C-526/14 – Pres. Lenaerts, Rel. da Cruz Vilaça, Avv. gen. Wahl (concl. conf.)

**Unione europea – Aiuti di Stato – Misure di sostegno alle banche – Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato alle banche**

*La Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (comunicazione sul settore bancario) deve essere interpretata nel senso che detta norme di comportamento senza effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri, restando questi ultimi liberi di notificare alla Commissione progetti di aiuti di Stato che non soddisfano i criteri previsti dalla comunicazione e la Commissione obbligata ad esaminarli, potendo autorizzarli in circostanze eccezionali. Gli artt. da 107 a 109 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario, pur prevedendo questi ultimi una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei detentori di titoli subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato. Egualmente il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà non sono in contrasto con i punti da 40 a 46 della Comunicazione.*

MOTIVO DEL RICORSO. 23. - In seguito alla crisi finanziaria mondiale, che è cominciata nel corso del 2007 aggravandosi negli anni successivi, la Banka Slovenije (Banca centrale di Slovenia, Slovenia) ha accertato, nel mese di settembre del 2013, che cinque banche slovene, ossia la Nova Ljubljanska banka d.d., la Nova Kreditna banka Maribor d.d., l'Abanka Vipava d.d., la Probanka d.d. e la Factor banka d.d., presentavano una carenza di capitale. Tenuto conto dell'entità di tale carenza, dette banche non disponevano di capitali sufficienti per soddisfare i propri creditori e coprire il valore dei depositi.

24. - Il 17 dicembre 2013 la Banca centrale di Slovenia ha adottato talune decisioni che introducevano misure straordinarie per la ricapitalizzazione delle prime due banche citate, il salvataggio della terza e la liquidazione delle ultime due (in prosieguo: le «misure in parola»).

25. - Il 18 dicembre 2013 la commissione ha autorizzato gli aiuti di Stato, previamente comunicati dalle autorità slovene, destinati alle cinque banche interessate.

26. - Le misure in parola, adottate ai sensi della legge sul settore bancario, e in particolare degli artt. da 261a fino a 261c e 261e di tale legge, comprendevano la liquidazione del capitale degli azionisti, del capitale ibrido e dei debiti subordinati (in prosieguo: i «titoli subordinati»).

27. - Si evince dal fascicolo sottoposto alla corte che i titoli subordinati sono strumenti finanziari che presentano talune caratteristiche dei prodotti obbligazionari e degli strumenti di partecipazione al capitale. In caso di insolvenza o di liquidazione dell'emittente, i detentori di titoli subordinati (in prosieguo: i «creditori subordinati») sono rimborsati dopo i detentori di obbligazioni ordinarie, ma prima degli azionisti. Tali strumenti finanziari offrono

un rendimento più elevato, quale contropartita del rischio finanziario così assunto dai loro detentori.

28. - L'Ustavno sodišče (Corte costituzionale, Slovenia) è stato adito con numerose domande di legittimità costituzionale depositate da singoli soggetti, da un lato, nonché dallo Državni svet Republike Slovenije (Consiglio di Stato, Slovenia) e dal Varuh človekovih pravic Republike Slovenije (Difensore dei diritti dell'uomo, Slovenia), dall'altro lato. Tali domande riguardavano la conformità delle disposizioni della legge sul settore bancario, sulla cui base sono state adottate le misure in parola, rispetto alla Costituzione slovena, in particolare rispetto ai principi di irretroattività, di tutela del legittimo affidamento e di proporzionalità, nonché rispetto al diritto di proprietà.

29. - Risulta dalla decisione di rinvio che le disposizioni della legge sul settore bancario mirano a trasporre nel diritto nazionale la comunicazione sul settore bancario, per consentire alle autorità nazionali di accordare alle imprese di tale settore aiuti di Stato compatibili con il mercato interno. Di conseguenza, secondo il giudice del rinvio, sebbene le censure dei ricorrenti di cui al procedimento principale siano dirette contro tali disposizioni, esse riguardano in realtà la comunicazione sul settore bancario. Detti ricorrenti ritengono che tale comunicazione violi non solo la Costituzione slovena, ma anche l'art. 17 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «carta»), nonché le direttive 2012/30 e 2001/24. Il giudice del rinvio dichiara la propria competenza a valutare la costituzionalità delle disposizioni nazionali che attuano la direttiva. Per contro, ritiene di non essere competente allorché vi sia un dubbio sull'interpretazione o sulla validità della norma di diritto dell'Unione che costituisce la base giuridica della disposizione nazionale la cui conformità alla Costituzione è messa in dubbio. In una simile situazione, a parere del giudice del rinvio, la corte dispone della competenza esclusiva a rispondere alle questioni relative alla validità e all'interpretazione di tale norma, di modo che esso possa poi valutare, nella causa pendente dinanzi al medesimo, la costituzionalità delle disposizioni di diritto nazionale di cui trattasi.

SULLE QUESTIONI. 35. - Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la comunicazione sul settore bancario debba essere interpretata nel senso che essa ha un effetto vincolante nei confronti degli Stati membri.

36. - L'art. 108, par. 3, Tfe istituisce un controllo preventivo sulle modifiche degli aiuti esistenti e sui progetti di nuovi aiuti. La prevenzione in tal modo organizzata mira a far sì che venga data esecuzione solo ad aiuti compatibili.

37. - La valutazione della compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3, Tfe, rientra nella competenza esclusiva della commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione.

38. - A tal proposito, la commissione gode di un ampio potere discrezionale il cui esercizio comporta complesse valutazioni di ordine economico e sociale.

39. - Nell'esercizio di tale potere discrezionale, la commissione può adottare orientamenti al fine di stabilire i criteri in base ai quali essa intende valutare la compatibilità, con il mercato interno, di misure di aiuto previste dagli Stati membri.

40. - In base a consolidata giurisprudenza, adottando siffatte norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui si riferiscono, la commissione si autolimita nell'esercizio di detto potere discrezionale e non può, in linea di principio, discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento (sentenza 8 marzo 2016, Grecia/Commissione, C-431/14 P, EU:C:2016:145).

41. - Pertanto, la commissione non può rinunciare, mediante l'adozione di norme di comportamento, all'esercizio del potere discrezionale che le conferisce l'art. 107, par. 3, Tfeue. L'adozione di una comunicazione quale la comunicazione sul settore bancario non dispensa la commissione dall'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere.

42. - Nel caso di specie, si evince dai punti 41, 43 e 44 della comunicazione sul settore bancario che la giusta condivisione degli oneri a cui detta comunicazione subordina la concessione di un aiuto di Stato implica, in via prioritaria, l'assorbimento delle perdite per mezzo del capitale, e poi, in linea di principio, un contributo dei creditori subordinati. Può essere concessa una deroga ai punti 43 e 44 di detta comunicazione, ai sensi del punto 45 della stessa, se un tale contributo «metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati».

43. - Da quanto precede risulta, da un lato, che l'adozione delle norme di comportamento contenute nella citata comunicazione ha avuto un effetto circoscritto all'autolimitazione della commissione nell'esercizio del proprio potere discrezionale, nel senso che, se uno Stato membro notifica alla commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest'ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall'altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali.

44. - Ne consegue che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri, ma si limita a stabilire condizioni che mirano a garantire la compatibilità con il mercato interno di aiuti di Stato accordati alle banche nel contesto della crisi finanziaria, di cui la commissione deve tener conto nell'esercizio dell'ampio margine di discrezionalità di cui essa dispone ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue.

45. - Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che la comunicazione sul settore bancario dev'essere interpretata nel senso che essa non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri.

46. - Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli art. da 107 a 109 Tfeue debbano essere interpretati nel senso che ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

47. - La comunicazione sul settore bancario è stata adottata in base all'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue.

48. - Discende da tale disposizione che la commissione può considerare compatibili con il mercato interno gli aiuti che mirano a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

49. - In virtù del potere discrezionale che tale disposizione le conferisce, la commissione può legittimamente rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi di cui alla disposizione medesima. Un aiuto siffatto deve essere necessario per la realizzazione degli obiettivi previsti da tale disposizione, di modo tale che, in sua assenza, il gioco delle regole di mercato non consentirebbe, di per sé solo, di ottenere che le imprese beneficiarie adottino un comportamento idoneo a contribuire alla realizzazione di tali obiettivi. Infatti, un aiuto che apporti un miglioramento della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria

senza essere necessario per il conseguimento degli scopi previsti dall'art. 107, par. 3, Tfeue non può essere considerato compatibile con il mercato interno (sentenza 13 giugno 2013, HGA e a./Commissione, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387).

50. - Per quanto concerne l'adozione dei punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in base a detta disposizione, si deve rilevare che i servizi finanziari giocano un ruolo centrale nell'economia dell'Unione. Le banche e gli istituti di credito sono una fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati. Inoltre, le banche sono spesso interconnesse e molte di esse esercitano le proprie attività a livello internazionale. È per tale ragione che la grave difficoltà di una o più banche rischia di propagarsi rapidamente ad altre banche, vuoi nello Stato membro interessato, vuoi in altri Stati membri. Ciò rischia a sua volta di produrre ricadute negative in altri settori dell'economia.

51. - Come rilevato dall'avvocato generale al par. 56 delle conclusioni, il ricorso alla base giuridica dell'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue è tanto più giustificato dalla circostanza per cui, nell'ambito della crisi finanziaria mondiale che è all'origine dell'adozione di detta comunicazione, l'economia di numerosi Stati membri è stata colpita da gravi turbamenti.

52. - Nel caso di specie, si evince dal punto 2 della comunicazione sul settore bancario che la commissione, con la medesima, ha inteso porre le condizioni di accesso agli aiuti di Stato a sostegno del settore finanziario e precisare i requisiti che tali aiuti devono soddisfare per poter essere considerati compatibili con il mercato interno.

53. - Tra i citati requisiti figura, ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario, quello che prevede la condivisione da parte degli azionisti e dei creditori subordinati degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà ai fini di colmare la carenza di capitale. Ciò comporta che, una volta assorbite le perdite per mezzo del capitale, i creditori subordinati devono parimenti contribuire alla realizzazione di detto obiettivo, o attraverso la conversione dei loro crediti in capitale, o attraverso la svalutazione di tali crediti.

54. - In sede di verifica della compatibilità di misure di aiuti di Stato con il mercato interno, la commissione ha potuto considerare che, come esposto al punto 15 della comunicazione sul settore bancario, misure di condivisione degli oneri risultavano necessarie al fine di limitare gli aiuti di Stato nel settore bancario al minimo necessario e di ridurre le distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

55. - Da un lato, infatti, simili misure di condivisione degli oneri potevano essere considerate come dirette ad impedire il ricorso agli aiuti di Stato in quanto mero strumento che consente di ovviare alle difficoltà finanziarie delle banche interessate.

56. - Dall'altro lato, le misure di condivisione degli oneri mirano a garantire che, prima della concessione di qualsivoglia aiuto di Stato, le banche in carenza di capitale operino, con i propri investitori, una riduzione di tale deficit, in particolare attraverso la raccolta di capitale, nonché attraverso contributi dei creditori subordinati. Simili misure sono atte a limitare l'entità dell'aiuto di Stato concesso.

57. - Una diversa soluzione rischierebbe di provocare distorsioni della concorrenza, in quanto le banche, i cui azionisti e creditori subordinati non avessero contribuito alla riduzione del deficit di capitale, riceverebbero un aiuto di Stato maggiore rispetto a quanto sarebbe stato sufficiente per colmare il deficit di capitale residuale. In tali circostanze, un simile aiuto non sarebbe, in linea di principio, conforme al diritto dell'Unione.

58. - Inoltre, al fine di ovviare al problema del «rischio morale», legato al fatto che le persone sono inclini ad assumere decisioni rischiose allorché le eventuali conseguenze negative di quest'ultime sono sopportate dalla collettività, si deve evitare che le banche siano incoraggiate dalla possibilità di ricevere aiuti di Stato a ricorrere a strumenti finanziari più rischiosi e tali da causare perdite significative, il che potrebbe provocare importanti distorsioni della concorrenza e compromettere l'integrità del mercato interno.

59. - Si deve infine rilevare che, adottando la comunicazione sul settore bancario, la commissione non ha sconfinato nelle competenze affidate al consiglio dell'Unione europea dagli art. 108 e 109 Tfeue. Infatti, dal momento che tale comunicazione stabilisce unicamente norme di comportamento che limitano la commissione nell'esercizio del potere discrezionale conferitole dall'art. 107, par. 3, lett. b), Tfeue, essa non incide sul potere riconosciuto al consiglio, all'art. 108, par. 2, 3° comma, Tfeue, di dichiarare un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno, su richiesta di uno Stato membro, in presenza di circostanze eccezionali, e non costituisce un regolamento ai sensi dell'art. 109 Tfeue, il quale, ai sensi dell'art. 288, 2° comma, Tfeue, esplica effetti vincolanti erga omnes.

60. - Tenuto conto del complesso delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che gli art. da 107 a 109 Tfeue devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

61. - Con la terza e quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato.

62. - Per quanto concerne, in primo luogo, il principio di tutela del legittimo affidamento, si evince da consolidata giurisprudenza che il diritto di avvalersi di tale principio presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione. Il diritto menzionato spetta difatti a qualsiasi soggetto in capo al quale un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni (sentenze 16 dicembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Commissione, C-537/08 P, EU:C:2010:769, nonché 13 giugno 2013, HGA e a./Commissione, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387).

63. - Orbene, gli azionisti e i creditori subordinati delle banche oggetto di misure di condivisione degli oneri, previste ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario, quali quelle di cui al procedimento principale, non possono avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento per opporsi all'attuazione delle misure in parola.

64. - Da un lato, infatti, gli azionisti e i creditori subordinati delle banche interessate non disponevano di alcuna garanzia proveniente dalla commissione quanto al fatto che essa avrebbe approvato un aiuto di Stato per affrontare la carenza di capitale di dette banche. Dall'altro lato, gli investitori in parola non avevano ricevuto la rassicurazione che, tra le misure destinate ad affrontare il deficit di capitale delle banche beneficiarie dell'aiuto di Stato autorizzato dalla commissione, non ve ne fossero alcune tali da incidere sui loro investimenti.

65. - Inoltre, la circostanza che, nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale, i creditori subordinati non fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, come ricordato dalla commissione al punto 17 della comunicazione sul settore bancario, non consente ai creditori di cui al procedimento principale di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento.

66. - Infatti, una simile circostanza non può essere considerata come una rassicurazione precisa, incondizionata e concordante tale da far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati il legittimo affidamento di non essere sottoposti in futuro a misure di condivisione degli oneri. Come già dichiarato dalla corte, se il principio della tutela del legittimo affidamento è uno dei principi fondamentali dell'Unione, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle istituzioni dell'Unione, specialmente in un settore come quello degli aiuti di Stato, il cui oggetto implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica (v., per analogia, sentenza 26 giugno 2012, Polonia/Commissione, C-335/09 P, EU:C:2012:385).

67. - Il giudice del rinvio s'interroga peraltro sulla necessità, per gli Stati membri, di disporre in ogni caso di un periodo transitorio per adeguarsi ai nuovi requisiti della commissione relativi alla condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati.

68. - A tal proposito, la corte ha già dichiarato che, anche a voler supporre che l'Unione abbia precedentemente creato una situazione atta a generare un legittimo affidamento, un interesse pubblico inderogabile può ostare all'adozione di provvedimenti transitori per situazioni sorte prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, ma non ancora conclusesi (v. sentenze 17 luglio 1997, Affish, C-183/95, EU:C:1997:373, e 17 settembre 2009, Commissione/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, EU:C:2009:556).

69. - Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al par. 70 delle conclusioni, l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario, al contempo evitando una spesa pubblica eccessiva e minimizzando le distorsioni della concorrenza, costituisce un interesse pubblico superiore di tale natura.

70. - Per quanto concerne, in secondo luogo, il diritto di proprietà sancito all'art. 17, par. 1, della carta, si deve ricordare che, come constatato al punto 44 della presente sentenza, la comunicazione sul settore bancario non può far sorgere, in capo agli Stati membri, un obbligo di procedere a misure di condivisione degli oneri, quali quelle previste ai punti da 40 a 46 di detta comunicazione.

71. - Risulta dal punto 15 della comunicazione sul settore bancario che la condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati costituisce solamente un criterio per l'autorizzazione da parte della commissione di aiuti di Stato concessi alle banche che presentino una significativa sottocapitalizzazione, criterio che consente di limitare tali aiuti al minimo necessario e di prestare attenzione a che il beneficiario degli stessi contribuisca in modo appropriato ai costi della ristrutturazione.

72. - Come rilevato dall'avvocato generale al par. 71 delle conclusioni, la comunicazione sul settore bancario non richiede forme o procedure particolari per l'adozione delle misure di condivisione degli oneri di cui ai punti da 40 a 46 della stessa. Simili misure possono pertanto essere adottate volontariamente dagli azionisti, attraverso un accordo tra l'istituto di credito interessato e i creditori subordinati, il che non può essere considerato come un'ingerenza nel loro diritto di proprietà.

73. - Inoltre, per quanto concerne gli azionisti delle banche, si deve ricordare che, secondo il regime generale applicabile allo status degli azionisti delle società per azioni, questi ultimi assumono in toto il rischio dei propri investimenti. Infatti, discende dal 'considerando' 5 della direttiva 2012/30 che essa mira a salvaguardare il capitale sociale che costituisce una garanzia per i creditori.

74. - Poiché gli azionisti sono responsabili per le passività della banca fino a concorrenza del capitale sociale della stessa, il fatto che i punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario richiedano che, per rimediare alla sottocapitalizzazione di una banca, prima della concessione di un aiuto di Stato, detti azionisti contribuiscano a coprire le perdite subite dalla stessa nella medesima misura che si proporrebbe in assenza di un simile aiuto di Stato, non si può considerare come un elemento che incide sul loro diritto di proprietà.

75. - Le perdite degli azionisti delle banche in difficoltà avrebbero, in ogni caso, la stessa ampiezza, senza che rilevi se queste dipendono da una sentenza dichiarativa di fallimento per mancata concessione di un aiuto di Stato o da un procedimento di concessione di un simile aiuto sottoposta alla condizione previa della condivisione degli oneri.

76. - Per quanto concerne i creditori subordinati, come rilevato dalla corte al punto 27 della presente sentenza, i titoli subordinati sono strumenti finanziari che presentano caratteristiche dei prodotti obbligazionari e degli strumenti di partecipazione al capitale, il che implica che, in caso di cessazione dei pagamenti da parte dell'emittente, i detentori di titoli subordinati sono rimborsati dopo i titolari di obbligazioni ordinarie, ma prima degli azionisti.

77. - Orbene, discende dai punti 41, 43 e 44 della comunicazione sul settore bancario che detti creditori devono contribuire a ridurre la carenza di capitale, da un lato, solo una volta che le perdite siano state in primo luogo assorbite dal capitale e, dall'altro lato, solo «[s]e non vi sono altre possibilità» per superare un'eventuale carenza di capitale della banca interessata o nei casi in cui la banca non soddisfi più i requisiti patrimoniali minimi obbligatori. Inoltre, il punto 46 di detta comunicazione prevede che «dovrebbe essere rispettato il principio secondo cui nessun creditore può essere svantaggiato. I creditori subordinati non dovrebbero pertanto ricevere, in termini economici, meno di quanto sarebbe valso il loro strumento in caso di mancata concessione di aiuti di Stato».

78. - Da tale punto si evince che le misure di condivisione degli oneri alle quali sarebbe subordinata la concessione di un aiuto di Stato in favore di una banca sottocapitalizzata non possono arrecare al diritto di proprietà dei creditori subordinati un pregiudizio che questi ultimi, in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata concessione di un simile aiuto, non avrebbero subito.

79. - Ciò posto, non si può validamente sostenere che le misure di condivisione degli oneri, quali quelle previste dalla comunicazione sul settore bancario, costituiscano un'ingerenza rispetto al diritto di proprietà degli azionisti e dei creditori subordinati.

80. - Si deve pertanto rispondere alla terza e quarta questione dichiarando che il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà devono essere interpretati nel senso che non ostano ai punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato. (Omissis)

***La natura giuridica della Bankin Communication a seguito della sentenza Kotnik: il quadro normativo europeo degli aiuti di stato al settore bancario***, di CECILIA CHIESA

(nota a CGUE, 19-07-2016, n. causa C-526/14)

SOMMARIO: 1. – LA FATTISPECIE: IL RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 267 TFUE ALLA CGUE – 2. IL CONTESTO NORMATIVO ED ECONOMICO – 3. LA DECISIONE DELLA CORTE – 4. LE STATUZIONI DELLA CORTE NEL NUOVO QUADRO NORMATIVO DEGLI AIUTI DI STATO AL SETTORE BANCARIO – 5. CONCLUSIONI.

**1. La fattispecie: il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla CGUE.** La questione muove dall'adozione di alcune misure straordinarie nei confronti di cinque banche slovene, adottate nel dicembre 2013 dalla Banca centrale nazionale slovena. Questa accertava in cinque istituti di credito una carenza di capitale tale da non poter garantire il soddisfacimento dei creditori e coprire il valore dei depositi, optava quindi per la ricapitalizzazione delle due maggiori banche, il salvataggio della terza e la liquidazione delle minori. Autorizzava aiuti di stato a favore delle cinque banche interessate.

Nello specifico, la Banca centrale slovena in applicazione del principio di condivisione degli oneri, previsto nella “Comunicazione sul settore bancario” adottata dalla Commissione europea nel 2013 relativa all'applicazione degli aiuti di stato al settore bancario durante la crisi finanziaria – puntualmente recepito dalla normativa bancaria slovena – annullava le passività ammissibili nei confronti dei cinque istituti e proponeva istanza per l'autorizzazione da parte della Commissione europea degli interventi di sostegno finanziati con fondi pubblici.

Tale annullamento è stato oggetto di ricorso da parte di singoli soggetti - depositanti ed investitori- nonché del Consiglio di Stato sloveno e del Difensore dei diritti dell'uomo di Slovenia, alla Corte Costituzionale slovena, che sospendeva il procedimento principale e proponeva rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla CGUE. La domanda presentata riguardava la validità e l'interpretazione di alcuni specifici profili della Comunicazione sul settore

bancario; di norme della Direttiva 2012/30/UE, sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 54, par.2 TFUE, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa; e Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.

**2. Il contesto normativo ed economico.** La recente crisi finanziaria, originatasi negli Stati Uniti e presto estesasi anche in Europa, è stata affrontata nella sua fase emergenziale dai singoli paesi con consistenti piani di salvataggio pubblici, così determinando un significativo aumento del debito pubblico dei paesi coinvolti.

In ragione della fattispecie comunitaria sugli aiuti di stato, la Commissione europea si è più volte pronunciata riguardo le modalità di intervento pubblico impiegate per la gestione delle crisi degli intermediari finanziari, precisando in diverse Comunicazioni i criteri applicabili per valutare la compatibilità degli aiuti di stato con il mercato interno.

Se in concomitanza con l'avvio e l'aggravarsi della crisi, la Commissione europea ha adottato un approccio pragmatico, cercando di coniugare il rigore nella difesa della concorrenza nel mercato interno con la necessità di flessibilità manifestata dagli Stati; con l'adozione della Comunicazione sul settore bancario del 2013 l'autorità europea diviene maggiormente intransigente. Il maggiore rigore della Commissione, finalizzato a preservare la stabilità finanziaria, si traduce nell'introduzione di importanti novità nella valutazione degli aiuti, anticipando talune scelte che saranno poi fatte proprie dal legislatore nel meccanismo unico di gestione e risoluzione delle crisi.

**3. La decisione della Corte.** La pronuncia in commento ha notevoli risvolti, dei quali ci si limiterà qui a esaminare solo i principali.

Una prima questione riguarda l'efficacia vincolante della citata Comunicazione: la CGUE si pronuncia riconoscendo a quest'ultima natura non

vincolante. La Corte di Lussemburgo riconosce l'ampio potere discrezionale di cui gode la Commissione allorché valuta la compatibilità di misure di aiuto con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3 TFUE, e legittima questa all'adozione di orientamenti atti a stabilire i criteri in base ai quali intende autolimitare il proprio potere.

La Corte riconosce che la Comunicazione sul settore bancario ha un contenuto minuzioso e preciso definendo (*rectius* ribadendo) i principi europei vigenti in materia di aiuti di stato al settore bancario, talché finisce per esplicitare ed affermare principi puntuali con carattere sostanzialmente precettivo. Ciò nonostante ritiene che la natura dell'atto non sia ascrivibile a quelli normativi, ma sia norma di soft law. Poiché tali vincoli non hanno forza di legge, né tanto meno effetti vincolanti *erga omnes*, "gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di stato che non soddisfano i criteri previsti da detta Comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali" (Sentenza Corte, punto 43).

Ulteriore questione pregiudiziale, affrontata dai giudici di Lussemburgo nella sentenza in epigrafe, attiene alla previsione di condivisione degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà da parte degli azionisti e dei creditori subordinati, finalizzata a colmare la carenza di capitale (*burden sharing*).

Secondo la Corte, la disciplina sul punto contenuta nella Comunicazione non risulta essere in contrasto con i trattati, ma anzi è espressione delle prerogative riconosciute alla stessa Commissione dalle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di stato (artt. 107 -109 TFUE). Il carattere discrezionale del potere attribuito alla Commissione ai sensi dell'art. 107 TFUE, implica che questa possa legittimamente rifiutare la concessione di un aiuto qualora quest'ultimo non incentivi le imprese beneficiarie ad assumere un comportamento tale da contribuire alla realizzazione di uno degli obiettivi di cui alla disposizione medesima.

La Comunicazione, adottata con l'intento di porre le condizioni di accesso agli aiuti di stato, precisa i requisiti alla stregua dei quali il sostegno finanziario pubblico è ritenuto compatibile con il mercato interno. Tra i citati requisiti figura, ai punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario, quello che prevede la condivisione da parte degli azionisti e dei creditori subordinati degli oneri di copertura dei costi di ristrutturazione delle banche in difficoltà ai fini di colmare la carenza di capitale. Ciò comporta che, una volta assorbite le perdite per mezzo del capitale, i creditori subordinati devono parimenti contribuire alla realizzazione di detto obiettivo, o attraverso la conversione dei loro crediti in capitale, o attraverso la svalutazione di tali crediti (punto 53 della Sentenza). Una misura del genere è finalizzata non solo ad ovviare al rischio morale, ma risulta altresì necessaria a limitare gli aiuti di stato al minimo necessario, e a ridurre quindi le distorsioni della concorrenza nel mercato interno.

Infine, la CGUE rileva che l'adozione della citata Comunicazione limitandosi a stabilire le norme di comportamento per l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto alla Commissione ex art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, non incide sulle competenze del Consiglio in materia di aiuti di stato, e non costituisce regolamento produttivo di effetti vincolanti *erga omnes*.

Nelle successive questioni (terza e quarta) è affrontata la compatibilità del contenuto sostanziale del *burden sharing* rispetto a due parametri: il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà. Quanto al primo parametro, la Corte chiarisce che, se nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale si è fatto un ingente ricorso a forme di ricapitalizzazioni pubblicistiche (*bail-out*), senza alcun contributo effettivo da parte dei creditori subordinati, non vuol dire che i creditori possano ora avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento. Mancherebbe una «rassicurazione precisa, incondizionata e concordante» necessaria a far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati un «affidamento legittimo» ed esentarli perciò dal *burden sharing* (RAGANELLI, 2016). Non si vuole riconoscere una prevalenza del potere discrezionale delle istituzioni europee sul principio del legittimo affidamento, ma al contrario la CGUE ribadisce la

necessità di trattare il settore degli aiuti di stato in maniera adattabile ai mutamenti della situazione economica sottostante. Fungerà allora da presidio del legittimo affidamento non l'immutabilità della situazione, quanto piuttosto i presidi con cui l'istituzione europea autolimita il proprio potere discrezionale. La CGUE va oltre, affermando che l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria potrà prevalere sull'eventuale legittimo affidamento derivante da situazioni sorte prima dell'adozione da parte degli Stati membri di provvedimenti di recepimento della nuova normativa.

La potenziale incompatibilità con il diritto di proprietà è esclusa dalla Corte in ragione della posizione giuridica soggettiva degli azionisti nei confronti delle passività della banca e dei creditori subordinati in quanto titolari di strumenti finanziari "ibridi" di partecipazione al capitale, nei limiti del principio *no creditor worse off*. Nello specifico, i creditori subordinati non dovrebbero ricevere, in termini economici, meno di quanto sarebbe valso il loro strumento in caso di mancata concessione dell'aiuto pubblico. Ne discende che le misure di condivisione degli oneri alle quali sarebbe subordinata la concessione di un aiuto non possono arrecare al diritto di proprietà dei creditori subordinati un pregiudizio che questi non avrebbero subito in assenza di un tale aiuto, e quindi nel caso di una conseguente procedura di fallimento (punto 78 della Sentenza).

**4. Le statuizioni della Corte nel nuovo quadro normativo degli aiuti di stato al settore bancario.** Le questioni su cui si è pronunciata la CGUE offrono diversi spunti interpretativi anche della nuova disciplina introdotta dalla BRRD, dove il ricorso all'intervento pubblico nel procedimento di risoluzione è ammesso solo previo esperimento degli strumenti di *bail-in* e *write down* per un importo minimo pari all'8% del totale passivo. Ci troviamo di fronte a un *burden sharing* più esteso di quello previsto nella Comunicazione della Commissione sugli aiuti al settore bancario, che richiede invece, di imporre una svalutazione o conversione dei soli titoli di capitale, azioni e crediti subordinati, e comunque senza fissare *ex ante* soglie minime di contribuzione. Questa diversità di approccio non genera problemi se si tiene conto della diversa natura degli atti:

*soft law* la Comunicazione, atto legislativo vincolante la Direttiva, da cui la prevalenza della normativa di quest'ultima. (MARCUCCI, 2016)

La condivisione dei rischi, tramite *write down* e *bail-in*, è concepita nella BRRD in maniera tale per cui l'esclusione discrezionale per il *bail-in* non si sostanzia mai in un'esenzione tout court dell'istituto, ma solo di alcune passività o di determinate categorie di passività. Il *write down* ha carattere indefettibile, e secondo il tenore letterale della BRRD deve precedere qualsiasi azione di risoluzione. La natura indefettibile di tale obbligo può essere rinvenuta nella *ratio* sottesa alla stessa condivisione degli oneri nel contesto della risoluzione, che è finalizzata a limitare l'esborso pubblico tramite appunto l'imposizione della sofferta acquisizione "interna" della crisi.

La misura di intervento pubblico adottata nelle more del procedimento di risoluzione soggiace, per espressa previsione della BRRD, a declaratoria di compatibilità ai sensi della citata Comunicazione della Commissione europea; nulla è, invece, detto circa la possibilità di applicare la deroga alla condivisione degli oneri prevista dalla disciplina in materia di aiuti di stato, in ragione del pericolo alla stabilità finanziaria o in ragione degli eventuali risultati sproporzionati che una sua ligia applicazione determinerebbe. Poiché sul punto è chiamata a pronunciarsi la Commissione, è fuori dubbio che il *Single Board of Resolution* non potrà mai derogare all'obbligo di *burden sharing* pari all'8% del passivo totale. Per superare questo ostacolo, sarebbe però possibile attribuire direttamente la competenza alla Commissione.

A conferma di una tale possibilità è proprio la giurisprudenza Kotnik e le conclusioni rese dall'AG, le quali lasciano intendere che la deroga al *burden sharing* trovi legittimazione non tanto nella sua espressa previsione nella Comunicazione, quanto piuttosto nella mancata previsione di una tale condizione nelle norme del Trattato in materia di aiuti di stato (FERRARO, 2016) ovvero di deroghe al principio generale di proporzionalità che sempre deve ispirare l'attività delle autorità europee (MARCUCCI, 2016).

**5. Conclusioni.** La sentenza in epigrafe, se da un lato conferma l'orientamento comunitario in materia di aiuti di stato, suscita però alcuni dubbi. Non può dirsi risolta, anzi tutto, la questione dell'efficacia giuridica degli atti di soft law adottati dalla Commissione; la Corte appare inoltre forse eccessivamente sintetica e un po' timida allorché è chiamata a valutare la compatibilità del *burden sharing* con il diritto di proprietà. Per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo in *Grainger e a. v. UK* ha dichiarato inammissibile il ricorso con cui alcuni azionisti della banca inglese Northern Rock avevano chiesto che fosse loro riconosciuto un indennizzo ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1, CEDU, a seguito della loro forzosa contribuzione nelle more della procedura di nazionalizzazione dell'istituto, attribuendo con chiarezza rilevanza alle eccezionali ragioni di interesse generale poste alla base dell'intervento del legislatore nel caso di specie, nell'ottica di scongiurare il *moral hazard*.

Per concludere, emerge la tendenza a riconoscere la stabilità finanziaria quale interesse pubblico idoneo ad imporsi e a prevalere anche rispetto ad altri interessi riconosciuti nei Trattati, nella Carta di Nizza e nella CEDU. L'eccezionalità della crisi e la fattuale preponderanza dell'interesse alla generale stabilità dei mercati finanziari sembrano imporre un assetto giuridico specifico, anche idoneo a modificare il consolidato diritto primario. La stabilità finanziaria diviene concetto poliedrico idoneo ad assumere una diversa accezione a seconda del mutevole contesto economico di riferimento e della diversa autorità, giudiziaria o amministrativa, chiamata a pronunciarsi. Si può dire, in definitiva, che si assiste a una sorte di "funzionalizzazione" del diritto amministrativo europeo.

#### **Riferimenti bibliografici**

FERRARO V., *La risoluzione delle crisi bancarie e gli aiuti di Stato: alcune riflessioni sui principi delineati dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 6, p. 1591 e ss

MARCUCCI M., *Aiuti di stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in *L'unione bancaria europea*, (a cura di) Chiti e Santoro, 2016

RAGANELLI B., *Dal bail-out al bail-in: la posizione della Corte di giustizia*, in *Il Foro*, 2016, 12, p. 600 e ss  
RAGANELLI B., *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giornale di dir. Amministrativo*, 2017, 3, p. 339 e ss  
STELLA M., *I nuovi modi di aiutare le banche (e gli investitori?) nel decreto salva-risparmio*, in *Corriere giuridico*, 2017, 3, p.301 e ss

## AUTORI

GIUSEPPE CARUCCI, Dottore commercialista e revisore legale dei conti

CECILIA CHIESA, studentessa del V° anno del corso di laurea in Giurisprudenza nell'Università LUISS Guido Carli, profilo Diritto ed economia delle imprese

STEFANO COLOMBO, Professore associato di economia nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RAFFAELE FELICETTI, Dottorando di ricerca nell'Università LUISS Guido Carli

MARIO GRANDINETTI, Professore aggregato di diritto tributario nell'Università di Torino

MICHELE GRILLO, Professore ordinario di economia politica nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

GIUSEPPE MELIS, Professore ordinario di diritto tributario nell'Università LUISS Guido Carli

GIORGIO MEO, Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università LUISS Guido Carli

GUSTAVO OLIVIERI, Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università LUISS Guido Carli

LIVIA SALVINI, Professore ordinario di diritto tributario nell'Università LUISS Guido Carli

SILVIA SCALZINI, Dottore di ricerca nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

RICCARDO TISCINI, Professore ordinario di economia aziendale nell'Università Mercatorum

MARCO VENUTI, Professore a contratto di *Risk and Accounting* nell'Università Roma Tre

MARCO VERSIGLIONI, Professore ordinario di diritto tributario nell'Università degli studi di Perugia

LLR - LUISS Law Review

Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM

Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009