



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

QUARTERLY REVIEW OF TAX AND ECONOMIC LAW

2

2018

DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)

Prof. Antonia Irace

Prof. Maurizio Logozzo

Prof. Giuseppe Melis

Prof. Salvatore Muleo

Prof. Mario Nussi

Prof. Maria Cristina Pierro

Prof. Roberto Sciavolin

Prof. Marco Versiglioni

Prof.ssa Marilena Rispoli

Prof.ssa Alessandra Stefanelli

Prof. Vittorio Santoro

Prof roberto schiavolin

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Angeles Garcia Frias (Università di Salamanca)

Prof. Daniel Gutman (Università di Parigi "Sorbonne-Pantheon")

Prof. Tulio Raul Rosembuj (Università Luiss Guido Carli)

Prof. J. A. Rozas Valdes (Università di Barcellona)

Prof. Carlos Vargas Vasserot (Università di Almeria)

Prof. Andrea Amatucci

Prof. Carlo Amatucci

Prof. Gian Luigi Bizioli

Prof.ssa Daria Coppa

Prof. Alberto Comelli

Prof. Angelo Contrino

Prof Giuseppe Corasaniti

Prof. Eugenio Della Valle

Prof. Franco Fichera

Prof. Stefano Fiorentino

Prof. Gianfranco Gaffuri

Prof. Franco Gallo

Prof. Alessandro Giovannini

Prof. Agostino E. La Scala

Prof. Raffaello Lupi

Prof. Corrado Magnani

Prof. Alberto Marcheselli

Prof. Enrico Marellò

Prof. Giuseppe Marini

Prof. Giovanni Marongiu

Prof. Maurizio Sebastiano Messina

Prof. Leonardo Perrone

Prof.ssa Angela Principe

Prof. Giovanni Puoti
Prof. Gaetano Ragucci
Prof. Claudio Sacchetto
Prof.ssa Livia Salvini
Prof.ssa Antonella Sciarrone Alibrandi
Prof. Maria Vittoria Serranò
Prof. Dario Stevanato
Prof. Alessandro Turchi

REDAZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico (Coordinamento)
Prof. Gennaro Rotondo (Coordinamento)
Dott. Ernesto Aceto
Dott. Francesco V. Albertini
Dott. Beatrice Bertarini
Dott. Samantha Buttus
Dott. Daniela Conte
Dott. Santa De Marco
Dott. Simona Giannetti
Dott. Gabriella Gimigliano
Dott. Massimiliano Giorgi
Dott. Silvia Giorgi
Prof. Claudia Golino
Dott. Laura Letizia
Dott. Francesca Lorusso
Dott. Paola Marongiu
Dott. Francesco Montanari
Dott. Andrea Perrone Capano
Dott. Andrea Poddighe
Dott. Sara Pugliese
Dott.ssa Adriana Salvati
Dott. Nicola Sartori
Prof. Luigi Scipione
Prof. Angelo Spena
Prof. Loredana Strianese
Dott. Maria Villani

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario e dell'economia – si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato. Al fine di garantire l'anonimato, nell'ultimo numero di ciascun anno solare verrà pubblicato l'elenco dei Professori ordinari che hanno collaborato alla rivista in qualità di *referee*. I lavori sottoposti a revisione esterna sono contrassegnati con un asterisco (*).

INDICE

PARTE PRIMA (Dottrina)

La recepción de las acciones sobre BEPS en España* p. 5
Por Francisco Cañal

La Convenzione multilaterale Beps: i principali impatti sui Trattati bilaterali* p. 17
a cura di Clelia Buccico

Gli Enti altruistici e gli Enti del Terzo Settore: un modo nuovo di occuparsi del bene comune, riconosciuto anche dal sistema fiscale* p. 50
di Vincenzo Bassi

La consulenza in materia di servizi di investimento tra “passato” e “presente” all’indomani dell’entrata in vigore della Direttiva 2014/65/UE (MiFID II): criticità e profili innovativi* p. 73
di Serena Barberio

Gli strumenti finanziari partecipativi: tentativi di ricostruzione di una fattispecie dal rinnovato interesse operativo a quindici anni dalla riforma Vietti* p. 103
di Emanuele Coraggio

La Direttiva PSD 2: obiettivi della revisione e principali tratti di novità* p. 129
di Pierluigi Montella

Las oportunidades del sistema tributario español a la luz de la Directiva europea de fusiones* p. 153
di Francisco Jesús Martínez Jiménez

PARTE SECONDA (Giurisprudenza)

Inapplicabilità dell’imposta proporzionale sui trasferimenti al *trust* (Nota a Cass. civ., Sez. V, Sent. n.975 del 17 gennaio 2018)* p. 183
di Adriana Salvati

PARTE TERZA (Contributi istituzionali)

Il paradigma della sinteticità degli atti giudiziari. Applicabilità al processo tributario? p. 202

di Nicola Durante

Associazioni sportive dilettantistiche e requisiti fiscali per la "non commercialità" p. 213

di Stefano Fiorentino

PARTE PRIMA

La recepción de las acciones sobre BEPS en España

Por Francisco Cañal

Profesor titular de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Barcelona

ABSTRACT

As a result of the action plan against the erosion of the tax base and the transfer of profits (known by the acronym BEPS) the OECD has introduced some reforms in the Spanish legal system. Mainly in Law 27/2014 of corporation tax (IS) and its regulatory development. This law is therefore one of the pioneers in Europe to integrate most of the actions foreseen in the BEPS action plan.

SINTESI

Come risultato del piano d'azione contro l'erosione della base imponibile e il trasferimento di utili (noto con l'acronimo BEPS) l'OCSE ha introdotto alcune riforme nel sistema giuridico spagnolo. Principalmente nella legge 27/2014 dell'imposta sulle società (IS) e nel suo sviluppo normativo. Questa legge è quindi uno dei pionieri in Europa nell'integrare gran parte delle azioni previste nel piano d'azione BEPS.

RESUMEN

Como consecuencia del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (conocido por las siglas derivadas del inglés BEPS) de la OCDE se han introducido algunas reformas en el ordenamiento jurídico español. Principalmente a través de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (IS) y en su desarrollo reglamentario. Esta ley es, pues, una de las pioneras en Europa en integrar gran parte de las acciones previstas en el Plan de Acción BEPS en un ordenamiento tributario nacional.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (conocido por las siglas derivadas del inglés BEPS) de la OCDE se han introducido algunas reformas en el ordenamiento jurídico español. Principalmente a través de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (IS) y en su desarrollo reglamentario. Esta ley es, pues, una de las pioneras en Europa en integrar gran parte de las acciones previstas en el Plan de Acción BEPS en un ordenamiento tributario nacional.

TRIBUTACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS HÍBRIDOS (Acción 2)

El artículo 15 j) de la Ley del IS no permite la deducción como gastos de las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. Esta medida evita tanto supuestos de doble tributación internacional como supuestos de doble no imposición, que se producen por discordancias fiscales entre distintos ordenamientos o lagunas jurídicas. Constituye una auténtica medida antiabuso.

TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL (Controlled foreign company. CFC) (Acción 3)

Para evitar la elusión del impuesto a través de la sociedad filial de una matriz española que obtiene beneficios en un territorio de baja tributación, el art. 100 de la Ley del IS prevé un régimen especial denominado de transparencia fiscal internacional. Consiste en que han de imputarse fiscalmente a la sociedad matriz española (en la proporción correspondiente a su participación) los beneficios de la filial que no se distribuyan y que sean procedentes de rentas de capital mobiliario o inmobiliario, de propiedad intelectual o industrial, operaciones crediticias y prestaciones de servicios realizadas a entidades españolas; en todo caso si se cumplen ciertas circunstancias. Éstas son:

- Que la entidad residente en España tenga (por sí o por entidades vinculadas) una participación igual o superior al 50% de la filial.
- Que la cuota pagada en el Estado de la fuente por impuesto análogo al IS sea inferior al 75% de la que hubiere correspondido en España, circunstancia muy probable si el territorio tiene la calificación de paraíso fiscal.

Es decir, las rentas que no se imputan son las obtenidas por el ejercicio de actividades económicas; pero éstas también se imputarán si la entidad no residente no tiene en el territorio extranjero una organización de medios materiales

y humanos para su realización. En todo caso no se imputan las rentas que fuesen inferiores al 15% del total de las rentas de la sociedad filial.

La sociedad matriz en España deduce de la cuota íntegra el impuesto efectivamente satisfecho en el extranjero.

No se aplica este régimen de transparencia a filiales, residentes en otro Estado de la Unión Europea, cuando realicen actividades empresariales y su residencia responda a motivos económicos válidos. Se ha de tener en cuenta que hay territorios de baja tributación dentro de la Unión Europea, incluso calificados en España como paraísos fiscales: así Luxemburgo, para rentas de sociedades holding, y territorios del Reino Unido, como la Isla de Man y Gibraltar.

LIMITACIÓN DEDUCIBILIDAD INTERESES (Acción 4)

El artículo 16 de la Ley IS establece una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros. Se establece la no deducibilidad de los gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil derivados de deudas con entidades del grupo destinados a la adquisición a otras entidades del grupo, o de participaciones en el capital social o por realización de aportaciones de capital, salvo que el contribuyente acredite la existencia de motivos económicos válidos. Del mismo modo, no se permite la deducibilidad de los gastos financieros derivados de préstamos participativos. Por otro lado, se prevé la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30% del beneficio operativo, siendo deducibles en todo caso los que no superen la cuantía de 1 millón de euros.

Aunque es reciente el Plan de Acción BEPS propuesto por la OCDE, España ha sido de los primeros países en introducir las medidas establecidas en el citado plan; pero además ya existían pronunciamientos anteriores de tribunales con el mismo planteamiento del Plan de Acción BEPS. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 12 de febrero de 2015, en las que se niega la deducibilidad de los intereses devengados en sede de una entidad española derivados de la obtención de un préstamo para la adquisición de unas participaciones sociales de una entidad vinculada. El Tribunal Supremo alega la falta de un motivo económico,

distinto a la mera deducibilidad de los gastos financieros devengados, que justifique la adquisición mediante préstamo de participaciones a una entidad vinculada. Estas sentencias muy acordes con los principios del Plan de Acción BEPS (aprobado en 2015) y con las modificaciones introducidas en la Ley del IS desde 2012, y se aplican a una operación que tuvo lugar en los ejercicios 2001 y 2002. Este tipo de operaciones, conocidas como *leveraged buy out*, fueron utilizadas por grupos multinacionales, no siempre para eludir impuestos, sino como un medio para invertir en otro país o en la práctica de una reorganización societaria internacional. La mención al motivo económico válido de este tipo de operaciones no existía en 2002, cuando se produjeron los hechos juzgados, aunque existía la norma anti-abuso del artículo 15 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Por tanto es llamativo que el Tribunal se refiera expresamente al Plan de Acción BEPS como argumento para fundar la no deducibilidad de los intereses pagados por la sociedad española. No obstante el abuso de la norma en estas operaciones es lo que ha provocado su modificación, perjudicando a los contribuyentes que quisieran realizar una economía de opción en situaciones legítimas.

Las ideas del Plan de Acción BEPS, la práctica administrativa y algunas interpretaciones realizadas por tribunales nacionales pueden tener una convivencia problemática con las libertades de circulación de mercancías, capitales y personas garantizadas por la UE. El requisito del motivo económico válido implica entrar a considerar las motivaciones de los contribuyentes, con las dificultades que entraña valorar un elemento tan subjetivo.

En consecuencia el espíritu del Plan de Acción BEPS contra la planificación fiscal agresiva y la erosión de bases imponibles mediante la transferencia artificial de beneficios empresariales se ha incorporado al ordenamiento español e incluso se ha aplicado a operaciones y en ejercicios fiscales anteriores a su aprobación.

VALORACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE OPERACIONES ENTRE PARTES VINCULADAS (artículo 18 de la Ley del IS y artículo 13 y siguientes del RIS). (Acciones 8 – 10 y 13)

La regulación del *transfer pricing* se realiza en España bajo la denominación de operaciones vinculadas. Estas operaciones son las realizadas entre entidades vinculadas, que son las que se describen en el art. 18.2 LIS.

Dentro del tratamiento de las operaciones vinculadas la ley establece una obligación de documentación que tiene por finalidad garantizar la actividad de comprobación de las operaciones por parte Administración tributaria. La Administración exigirá esta documentación siguiendo los principios de proporcionalidad y suficiencia (art. 18.3 LIS). De acuerdo con el Plan de Acción BEPS (acción 13) en el reglamento de la Ley del IS (RIS) se introdujo como novedad la obligación de presentar la información país por país (Country by Country report. CBCR). Además de la información del grupo (art. 15 RIS) y la documentación específica del contribuyente (art. 16 RIS), se requiere la información país por país (art. 14 RIS) para los períodos impositivos iniciados a partir del enero de 2016.

Las entidades obligadas a presentar el CBCR son las multinacionales residentes en España con una cifra de negocios superior a 750 millones de euros y que tengan la condición de dominantes en un grupo. En concreto son las siguientes:

1. Las matrices últimas (dominantes) españolas de grupos multinacionales.
2. Las filiales españolas de grupos cuya matriz última no esté obligada a presentar esa información en su jurisdicción de residencia, o si las autoridades fiscales de este territorio no han suscrito el acuerdo de intercambio automático de información en esta materia (siempre que en ambos casos el grupo no hubiera designado a una entidad “subrogada” encargada de cumplir con esta obligación en un país distinto de España).
3. Las filiales españolas que hayan sido designadas por su grupo como encargadas de preparar y presentar esta información ante la Agencia tributaria (“entidades subrogadas”).
4. También las filiales de empresas que residan en un territorio con el que no exista acuerdo de intercambio automático de información.

La información que se exige es la que ya se recogía en el artículo 14 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, y comprenderá, respecto del período

impositivo de la entidad dominante, de forma agregada por cada país o jurisdicción y en euros, información sobre:

1. Los ingresos brutos del grupo (distinguiendo entre los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros).
2. Los resultados antes del Impuesto sobre Sociedades (o impuestos de naturaleza idéntica o análoga) y los propios impuestos de esta naturaleza satisfechos y devengados (incluyendo las retenciones).
3. La cifra de capital y resultados no distribuidos al cierre del período.
4. La plantilla media.
5. Valor neto contable de los activos materiales e inversiones inmobiliarias (distintos de tesorería y derechos de crédito).
6. La lista de entidades residentes (incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas).
7. La información adicional que se considere relevante.

Con la documentación global del grupo (master file) y la documentación de las operaciones de cada país (local file), las Administraciones Tributarias podrán tener una composición completa y global de las operaciones entre partes vinculadas, riesgos y funciones asumidos, reparto de márgenes, método de valoración utilizado y análisis y localización de la creación de valor en la cadena de producción.

También, y en línea con lo previsto por la OCDE, se simplifican las obligaciones de documentación de las operaciones realizadas entre partes vinculadas, para aquellas entidades cuyo importe neto de cifra de negocios, definido en los términos establecidos en el art. 101 LIS, sea inferior a 45 millones de euros.

La documentación específica, desarrollada en los arts. 15 y 16 RIS, por indicación de los arts. 18.3 LIS y 13. 3 RIS, no será exigible:

1. A las operaciones realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal.
2. A las operaciones realizadas con sus miembros o con otras entidades integrantes del mismo grupo de consolidación fiscal por las agrupaciones de

interés económico, y las uniones temporales de empresas, con ciertas excepciones.

3. Las operaciones realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

4. A las operaciones realizadas con la misma persona o entidad vinculada, siempre que el importe de la contraprestación del conjunto de operaciones no supere los 250.000 euros, de acuerdo con el valor de mercado.

En el BOE del 30 de diciembre de 2016 se ha publicado la Orden HFP/1978/2016, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 231 de Declaración de información país por país. Este es el modelo mediante el cual las entidades obligadas deberán presentar dicha información ("Country-by-Country Report") en España. El modelo está habilitado en la página web de la Agencia Tributaria. La presentación deberá hacerse en todo caso electrónicamente.

Esta información país por país es exigible para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016 y el plazo para presentarla es de 12 meses, desde el día siguiente a la finalización del periodo impositivo al que se refiera la información.

Aunque la información país por país se refiere ya a periodos impositivos a partir de este año 2016, el intercambio de información es efectivo desde 2017, en coordinación con la OCDE. Según la OCDE, y lo recuerda el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y la Orden citados, el intercambio de información obtenida mediante el informe país por país servirá para un mejor conocimiento de la formación y evaluar los riesgos en la política de precios de transferencia de un grupo mercantil, sin que en ningún caso pueda servir de base a la Administración tributaria para realizar ajustes de precios.

INSTRUMENTO MULTILATERAL DE MODIFICACIÓN DE CDI's (Acción 15)

El 18 de diciembre de 2017 la OCDE publicó la última versión de su modelo de convenio para evitar la doble imposición y sus correspondientes comentarios. Si

bien estos documentos se actualizan periódicamente pero esta es una revisión importante porque incorpora los criterios establecidos en el Plan de Acción BEPS de la OCDE contra la erosión y el desplazamiento de bases imponibles entre territorios fiscales.

Así, cabe clasificar las principales modificaciones introducidas en cuatro tipos de cláusulas:

1. Cláusulas contra el uso de mecanismos híbridos, que produzcan la no tributación de las rentas. En concreto, se incorporan disposiciones sobre la aplicación de los convenios de doble imposición a entidades transparentes a efectos fiscales (esto es, entidades que no son contribuyentes sino que lo son sus socios mediante la imputación de las rentas) y sobre la resolución de mediante acuerdo de los casos de doble residencia fiscal de las sociedades.

2. Cláusulas contra el abuso de los convenios de doble imposición; entre las que están las cláusulas de propósito principal de la transacción, las de limitación de beneficios y las contrarias a las operaciones triangulares de establecimientos permanentes situados en territorios de baja tributación. En los Convenios y en sus comentarios se reconoce que uno de los principales objetivos de los mismos es el de evitar los casos de no imposición y el abuso de tratados.

3. Cláusulas para que no se eluda artificiosamente la condición de establecimiento permanente, mediante estructuras de comisionista, o por la realización de actividades que sean presuntamente auxiliares o parciales.

4. La modificación del procedimiento amistoso en la resolución de controversias entre Estados, para hacerlo más efectivo.

Entre las limitaciones del instrumento multilateral se puede citar su incapacidad para resolver una de las cuestiones que figuraban como objetivo de la OCDE en esta iniciativa: el establecimiento de un patrón común para resolver el problema de la tributación de la economía digital.

Estos cambios comportan una modificación de la redacción de los artículos de los convenios, por lo que no deberían aplicarse a los convenios firmados con anterioridad. En otras palabras, estos cambios no deberían dar lugar a la

interpretación dinámica de los convenios de doble imposición, que supone en muchas ocasiones una modificación de hecho de los convenios suscritos antes de la publicación de los nuevos comentarios.

En consecuencia, la efectiva implantación de estas modificaciones exigirá una renegociación bilateral de cada convenio de doble imposición o, en su caso, la entrada en vigor del denominado Convenio Multilateral, que produce la modificación conjunta de los convenios de todos sus firmantes.

El Plan de Acción BEPS forma parte de una actuación global que exige coordinación. Así, más de cien estados aprobaron el 24 de noviembre de 2016 el denominado Instrumento Multilateral para modificar los convenios bilaterales existentes para evitar la doble imposición. La entrada efectiva en vigor de este Instrumento Multilateral dependerá de los procesos para la firma, ratificación y aprobación parlamentaria que hayan de seguirse en su caso en los distintos Estados firmantes. Uno de los contratiempos más relevantes ha sido el anuncio de los Estados Unidos de su voluntad de retirarse del convenio. El instrumento multilateral pretende transponer los resultados del Plan de Acción BEPS en más de dos mil convenios para evitar la doble imposición (CDI) y que se aprueben medidas sobre abuso de convenios, mecanismos de resolución de controversias, limitación de beneficios y cláusula del propósito principal.

España ha firmado el convenio multilateral de la OCDE el 6 de junio de 2017. Es relevante que países con los que España tiene importantes intercambios comerciales han decidido no firmar el Convenio (por ejemplo, Estados Unidos, Brasil, Ecuador y Marruecos) o que hayan excluido por el momento los convenios que mantienen con España de la lista de convenios afectados (así, por ejemplo, Holanda y Suiza). En ese sentido no se alteran la exención de beneficios del convenio hispano-brasileño y la tributación exclusiva en residencia de las plusvalías de operaciones inmobiliarias que establece el convenio de España con Holanda.

España ha incorporado en sus CDI la cláusula del motivo principal (principal purpose test) como norma para luchar contra las prácticas fiscales abusivas.

Según la cual no se aplicarán los beneficios de un CDI cuando el propósito de una operación sea únicamente el de acceder al CDI. Esta opción confirma la voluntad del gobierno español de evitar el abuso de convenio, negando la aplicación de beneficios fiscales a decisiones empresariales cuya única motivación sea tributaria.

España también quiere incluir en sus convenios de doble imposición un procedimiento arbitral entre administraciones fiscales para corregir las situaciones que subsistan de doble imposición. Esta es, una petición que las empresas habían presentado a la OCDE dentro del plan BEPS. Sin embargo, España ha optado por exigir otras condiciones, como la no imposición de sanciones tributarias o la necesidad de no utilizar los medios de impugnación internos para acudir a esta vía.

CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

En 2008 la Agencia Tributaria se plantea un nuevo tipo de relación cooperativa con un número reducido de grandes empresas. Para ello crea un foro de discusión con los grandes contribuyentes en el que se analicen, a través de reuniones conjuntas o sectoriales, los principales problemas que se plantean en la relación entre las grandes empresas y la Administración tributaria y se valore la extensión del modelo de relación cooperativa (Foro Tributario de Grandes Empresas). Hoy pertenecen al foro 27 empresas.

Dentro del cual se ha elaborado en 2010 el Código de Buenas Prácticas tributarias. Las empresas que lo deseen pueden adherirse al código de buenas prácticas tributarias. En mayo de 2018 hay 137 empresas adheridas¹.

El 6 de diciembre de 2016 el Pleno del Foro Tributario de Grandes Empresas ha acordado la introducción de un anexo al Código de Buenas Prácticas Tributarias

¹ “El Código de buenas prácticas tributarias constituye un mecanismo concebido para iniciar la introducción de los principios del modelo de cumplimiento cooperativo, y en tal sentido tan solo constituye una pieza muy básica en términos de ordenación del modelo que requiere un mayor desarrollo tanto a nivel de principios como desde el punto de vista normativo e institucional”. Cfr. Calderón Carrero, J. M.; Quintas Seara, A.; *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pág. 256.

para reforzar la relación cooperativa entre la Agencia Tributaria y las empresas adheridas a este instrumento de buena gobernanza fiscal mediante una serie de acciones que fomentarán la transparencia y la seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. El compromiso de aceptación de las reglas BEPS por parte de las grandes empresas supone un paso más en la aplicación del cumplimiento cooperativo.

El anexo al código también establece que las empresas podrán poner a disposición de la Agencia Tributaria, preferentemente con carácter previo a la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades, un informe con información y explicación sobre las actuaciones y decisiones de más riesgo en materia fiscal.

Esta información permitirá a la Agencia un conocimiento anticipado de la política fiscal y de gestión de riesgos fiscales de las empresas, lo que, permitirá una aplicación más rápida de los controles y regularizaciones que considere necesarias. Este conocimiento anticipado debería contribuir a reducir la conflictividad y a mejorar la seguridad jurídica, si la Administración traslada a su vez a los contribuyentes los criterios que aplicará en la interpretación de las normas.

Entre los datos que se deberán comunicar a la Agencia, se incluye la operativa en paraísos fiscales, el cumplimiento de los principios establecidos en el Plan de Acción BEPS de la OCDE, la estructura de financiación de los grupos empresariales y los riesgos fiscales que las propias empresas consideren más relevantes, así como información sobre las operaciones con más trascendencia fiscal aprobadas por el consejo de administración.

Igualmente, se incluye en este apartado la explicación de las operaciones societarias más significativas, la estrategia fiscal del grupo aprobada por sus administradores y el catálogo de operaciones que se someten al consejo de administración de la entidad.

Si la Agencia considera que una empresa está incumpliendo el código de buenas prácticas, podrá reclamar al consejo de administración que exprese compromisos

concretos con el código.

CONCLUSIÓN

La aplicación del plan de acción BEPS pondrá mucha información a disposición de la Administración. Serán necesario invertir en medios suficientes para procesarla y que no se produzca el colapso de las Administraciones. Se verá si el Plan de Acción BEPS sirve para luchar eficientemente contra el fraude fiscal, pues exigirá mucho desarrollo a nivel internacional; será necesaria una estrategia coordinada de todos los países de la OCDE/UE y voluntad política para evitar que se vanifique a través de prácticas de *tax rulings* realizadas por los gobiernos de los Estados que en otros casos dicen luchar contra la evasión.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE BEPS EN ESPAÑOL

CALDERÓN CARRERO, J. M.; QUINTAS SEARA, A.; Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS, Ed. Civitas, Madrid, 2015.

LUCHENA MOZO, G. M. Procedimientos de resolución de controversias tributarias internacionales entre BEPS y la UE. Editorial Aranzadi. Pamplona (España). 2017.

MALHERBE, J.; TELLO, C.; GRAU RUIZ, M. A.; La revolución fiscal de 2014: FATCA, BEPS, OVDP. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Serie Monografías Tributarias. 2015.

MORENO GONZÁLEZ, S. Tax rulings. Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia (España). 2017.

RAMOS PRIETO, J. Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: estudios sobre el plan BEPS de la OCDE. Editorial Aranzadi. Pamplona (España). 2017.

VARIOS AUTORES. El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea. Editorial Aranzadi. Pamplona (España). 2017.

La Convenzione multilaterale Beps: i principali impatti sui Trattati bilaterali

a cura di Clelia Buccico

*Professore associato di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" (già Seconda Università degli Studi di Napoli) e
Presidente della Fondazione ODCEC Napoli*

ABSTRACT

The Multilateral Convention has the objective of developing a multilateral instrument to modify bilateral agreements, with a view to speeding up and facilitating the implementation of BEPS measures developed to deal with elusive phenomena. This is necessary given the current international tax system based on the development of conventional bilateral models whose provisions are "outdated" or not suitable to counter the planning schemes implemented by multinational companies to achieve an undue competitive advantage.

SINTESI

La Convenzione multilaterale ha l'obiettivo di sviluppare uno strumento multilaterale per modificare gli accordi bilaterali, al fine di velocizzare e facilitare la realizzazione delle misure BEPS messe a punto per affrontare i fenomeni elusivi. Ciò si rende necessario visto l'attuale sistema fiscale internazionale basato sullo sviluppo di modelli convenzionali bilaterali le cui disposizioni sono "superate" o poco idonee a contrastare gli schemi di pianificazione attuati dalle imprese multinazionali per raggiungere un indebito vantaggio competitivo.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La Convenzione multilaterale – 3. Gli obiettivi – 4. I meccanismi di applicazione – 5. Le tematiche affrontate – 6. La posizione italiana – 7. L'entrata in vigore ed effetti – 8. Conclusioni

1. Premessa

La crescita economica è stata notevolmente limitata dall'interazione tra gli ordinamenti fiscali che hanno determinato effetti di doppia imposizione limitando i diritti dei contribuenti. Allo stesso tempo, però, proprio l'interazione tra gli ordinamenti tributari ha dato luogo a notevoli vantaggi fiscali per le multinazionali operanti in Stati diversi eliminando o riducendo il livello d'imposizione sul reddito, con modalità non conformi agli obiettivi delle norme e dei principi di fiscalità internazionale.

La diretta conseguenza di tale fenomeno è stata l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti che rappresentano un significativo rischio per il gettito

degli Stati, la loro sovranità e l'equità fiscale.

L'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti distorcono così la concorrenza, perché i *business* che implementano strategie fiscali all'estero guadagnano un vantaggio competitivo rispetto a quelli che operano solamente nel mercato interno.

I grandi gruppi multinazionali possono avvantaggiarsi di sistemi di pianificazione fiscale internazionale che consentono di abbattere la base imponibile attraverso metodi talvolta apertamente elusivi, talvolta formalmente coerenti con le normative fiscali locali ma, elusivi nella sostanza dei fatti; in questo modo, l'anomalia, che si genera, è quella di rendere la tassazione a carico delle PMI (*i.e.*, Piccole medie imprese) più gravosa rispetto a quella subita dai grandi Gruppi multinazionali.

Di base il problema è che gli ordinamenti nazionali non riescono a tenere il passo con la globalizzazione delle aziende, lasciando spazi che possono essere utilizzati per ridurre l'imposizione gravante sulle stesse.

Molte delle norme esistenti proteggono le multinazionali dal pagare le doppie imposizioni ma, troppo spesso permettono loro di non pagare affatto tasse. Tali norme, così, non riflettono adeguatamente l'integrazione economica di oggi attraverso i confini, il valore della proprietà intellettuale o le nuove tecnologie di comunicazione. Queste lacune, che consentono alle multinazionali di eliminare o ridurre la tassazione sul reddito, danno loro un vantaggio concorrenziale sleale rispetto alle imprese più piccole. Danneggiano gli investimenti, la crescita e l'occupazione e possono lasciare i cittadini medi a pagare più del dovuto.

Se è vero che la pianificazione fiscale da un lato va inquadrata in una legittima scelta gestionale dell'impresa per ottenere una riduzione del carico fiscale riducendo i costi transattivi e gestionali, ovvero eliminando i rischi di riprese fiscali, dall'altro consente di trasferire i profitti in Paesi in cui il regime fiscale è più favorevole. Così nel tentativo di ottenere un indebito vantaggio competitivo si è sottratta base imponibile cioè si è ridotto il gettito fiscale per gli Stati fondamentale per la crescita ed i servizi pubblici, distorcendo la concorrenza tra gli operatori economici e generando ingiustizia sociale.

L'OCSE ha così avviato un processo di consultazione tra i suoi Membri, il G20, i Paesi in via di sviluppo, i rappresentanti delle imprese, del mondo del lavoro ed accademico che ha portato all'elaborazione di un pacchetto di azioni finalizzate alla realizzazione di una sostanziale riforma delle regole in tema di imposizione internazionale.

Nasce così il c.d. Piano d'Azione BEPS.¹

L'acronimo BEPS definisce due situazioni che sono oggetto di tale piano d'azione:

- lo spostamento artificioso dei profitti verso giurisdizioni con tassazioni basse o nulle, il c.d. *profit shifting*;
- l'adozione di pratiche elusive al fine di ridurre la base imponibile, il c.d. *base erosion*.

La presenza di tali congiunture compromette l'integrità dei sistemi fiscali internazionali.²

I principi fondamentali del progetto BEPS rispondono alla necessità di assicurare che l'imposizione avvenga nel luogo in cui effettivamente il contribuente svolge la propria attività economica, di creare equità³ all'interno dei sistemi fiscali in modo

¹ Il punto di partenza del progetto BEPS è stato, di fatto, la stima dell'imponibile che a livello globale sfugge alla tassazione, semplicemente sfruttando le vie di fuga verso Paesi a bassa imposizione che, secondo l'OCSE, si colloca in una forbice tra 100 e 240 miliardi di dollari, vale a dire tra il 4 e il 10% del gettito mondiale delle imposte sulle società, cfr. <http://www.oecd.org/tax/beps/first-meeting-of-the-new-inclusive-framework-to-tackle-base-erosion-and-profit-shifting-marks-a-new-era-in-international-tax-co-operation.htm>.

² Gli studi dell'OCSE hanno cercato di misurare l'impatto sul gettito fiscale del fenomeno BEPS evidenziando una riduzione notevole di risorse nelle economie nazionali, che potrebbero essere sfruttate per sostenere la crescita soprattutto nei paesi maggiormente oppressi dalla crisi, migliorare i sistemi previdenziali nei paesi in via di sviluppo ecc. Secondo le stime degli esperti impiegati nell'ambito del progetto BEPS, le perdite di gettito globale relativo all'imposizione societaria sarebbero comprese tra i 90 e 200 milioni di euro (OECD/G20 *Base erosion and Profit Shifting Project, Measuring and Monitoring* - Final Report 2015).

³ L'equità fiscale rappresenta un passo molto lungo, pieno di ostacoli e in cui l'integrazione tra i sistemi fiscali è solo il primo tassello per prevenire il fenomeno BEPS. Una serie così articolata di azioni potrebbe concepire una manovra fiscale troppo complessa e poco comprensibile per i contribuenti, il che potrebbe andare contro i diritti fondamentali dell'uomo. L'impiego di tali misure deve avvenire sia a livello di ordinamento interno che sul piano internazionale convenzionale, in maniera coordinata e tenendo conto degli obblighi di monitoraggio e del principio di trasparenza al fine di garantire un allineamento tra l'identificazione dei redditi e il luogo in cui tassarli e assicurare la completezza di informazioni necessarie alle Amministrazioni fiscali per l'applicazione dei sistemi tributari. È importante che ciascuno Stato operi in maniera coordinata e non attraverso misure unilaterali di contrasto agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, poiché potrebbe portare ad un

da riportare fiducia tra i contribuenti e permettere a tutte le imprese di operare nelle medesime condizioni, di fornire strumenti adeguati ai governi per crescere l'efficienza delle proprie politiche fiscali e limitare l'utilizzo da parte degli Stati di misure unilaterali che possano nuocere ai principi fiscali internazionali.

Il Piano di Azione illustra 15 azioni ritenute fondamentali per raggiungere concretamente le finalità del Progetto BEPS.

Le azioni da 2 a 14 sono articolate su tre pilastri:

- a) dare coerenza ai regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali;⁴
- b) rafforzare i requisiti sostanziali alla base degli standard internazionali vigenti, perseguendo un riallineamento della tassazione (e dei regimi impositivi) con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore;
- c) aumentare la trasparenza, lo scambio di informazioni e migliorare le condizioni di certezza del diritto sia per il mondo delle imprese che per i governi.

Due ulteriori azioni a carattere trasversale completano la strategia e rappresentano la base su cui poggiano i tre pilastri: si tratta della prima azione in tema di economia digitale e dell'ultima (l'azione 15) sull'impiego di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale.

Quanto alle modalità di attuazione delle misure contenute nel pacchetto BEPS, alcune di queste sono immediatamente applicabili mentre altre richiederanno un processo di revisione delle normative a livello nazionale e dei trattati bilaterali, che tra l'altro rientra nella prospettiva stabilita nell'azione 15 in cui si cerca di aumentare l'impiego di strumenti multilaterali al fine di evitare che ogni singolo Stato debba stipulare di volta in volta nuovi trattati.

effetto di indebolimento dei principi fiscali internazionali.

⁴ Rientrano nel primo pilastro: Action 2 – *Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*; Action 3 – *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*; Action 4 – *Limiting Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments* e l' Action 5 – *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Rientrano del secondo pilastro: Action 6 – *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*; Action 7 – *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* e le Actions 8-10 – *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. Rientrano nel terzo pilastro: Action 11 – *Measuring and Monitoring BEPS*; Action 12 – *Mandatory Disclosure Rules*; Action 13 – *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting* e l' Action 14 – *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*.

In particolare l’Azione 15 – *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, c.d. Convenzione multilaterale – il cui negoziato si è concluso il 24 novembre 2016⁵ fra oltre 100 giurisdizioni, si prefigge di sviluppare uno strumento multilaterale per modificare gli accordi bilaterali, con l’obiettivo di velocizzare e facilitare la realizzazione delle misure BEPS messe a punto per affrontare i fenomeni elusivi.⁶

Ciò si rende necessario visto l’attuale sistema fiscale internazionale basato sullo sviluppo di modelli convenzionali bilaterali le cui disposizioni sono “superate” o poco idonee a contrastare gli schemi di pianificazione attuati dalle imprese multinazionali per raggiungere un indebito vantaggio competitivo.

2. La Convenzione multilaterale

Come noto, questo è il primo trattato multilaterale del suo genere e permette a ciascun Paese di trasporre i risultati del progetto BEPS nel suo *network* di trattati fiscali bilaterali. È stato sviluppato attraverso negoziati che hanno coinvolto, come detto, più di cento Paesi e giurisdizioni. Si ricorda che il progetto BEPS intende colmare le lacune rinvenibili nelle attuali regole fiscali internazionali puntando a stabilire regole omogenee, trasparenti e condivise a livello internazionale, al fine di contrastare l’erosione della base imponibile e lo spostamento di profitti in giurisdizioni con bassa pressione fiscale dove le imprese hanno scarsa o molto limitata attività economica.

La firma di questa Convenzione multilaterale rappresenta davvero una svolta nella storia dei trattati fiscali, oltre ad evitare ai firmatari l’onere assai gravoso di rinnovare singolarmente i trattati bilaterali, la nuova Convenzione contribuirà a garantire maggiore sicurezza e prevedibilità per le imprese e, nel complesso, un migliore contesto fiscale internazionale. L’OCSE è il depositario della Convenzione

⁵ Iniziato nel febbraio del 2015.

⁶ È infatti necessario prefigurare metodologie che permettano di adeguare i regimi fiscali tempestivamente in risposta alla rapida evoluzione che caratterizza l’economia globale. Il rapporto evidenzia che, per quanto l’ambito non fosse quello della tassazione, esistono comunque vari precedenti, nell’ambito del diritto internazionale, di modifiche di trattati bilaterali attraverso strumenti multilaterali.

multilaterale e sostiene i governi nel processo di firma, ratifica e attuazione.

La nuova Convenzione (risultato dell'*Action 15 - Multilateral Instrument* del progetto BEPS) intende adeguare il *network* esistente di trattati fiscali bilaterali i quali, seppure basati su una serie di principi comuni predisposti per eliminare la doppia tassazione, sono spesso "datati" e necessitano di un'ampia attività di aggiornamento. Infatti, il nuovo contesto economico internazionale globalizzato ha amplificato l'effetto dei vuoti normativi e delle differenze nei sistemi fiscali dei diversi Paesi e di conseguenza alcune caratteristiche dell'attuale sistema consentono gli arbitraggi e le pratiche elusive identificate nel BEPS e impongono la necessità di apportare adeguate correzioni. Non a caso il sostegno al Piano BEPS da parte dei *leader* del G20 ha fornito un *endorsement* politico senza precedenti per adattare l'attuale sistema fiscale internazionale alle sfide della globalizzazione.

Oltre a ciò, la natura e la dimensione dell'attuale sistema di trattati fiscali bilaterali rende gli aggiornamenti particolarmente complessi e i problemi sempre più rilevanti e diffusi che insorgono nel frattempo non possono essere affrontati tempestivamente su scala globale. Infatti, quand'anche una modifica del Modello OCSE trovasse un ampio consenso, sarebbero sempre necessari tempi lunghi e il dispendio di molte risorse per introdurre tale variazione nella maggior parte dei trattati. Conseguentemente, l'attuale *network* non è ben sincronizzato con i modelli di trattato e questo è in evidente contraddizione con gli obiettivi politici di rafforzamento dell'attuale sistema mediante la soluzione dei problemi BEPS che passa, in parte, attraverso la modifica del *network* dei trattati bilaterali. Proprio per questi motivi, è stato adottato un approccio innovativo per definire un nuovo strumento multilaterale che produca gli stessi effetti di una simultanea rinegoziazione di migliaia di trattati bilaterali.

Il primo passo, in vista del pieno raggiungimento di tali risultati si è avuto con la firma della Convenzione multilaterale il 7 giugno 2017,⁷ da parte di 67 Paesi, tra cui

⁷ Con la firma di Parigi del 7 giugno 2017 (approvata il 21 novembre 2017) da parte di 67 Paesi, oltre ad altri nove che hanno già manifestato l'intenzione di aderire - ma con l'assenza degli Stati Uniti d'America - ha preso avvio tale strumento nella forma della Convenzione multilaterale di recepimento delle raccomandazioni BEPS, che consentirà di modificare con un unico strumento le oltre 3 mila convenzioni contro le doppie imposizioni già esistenti, senza la necessità di ricorrere a

l'Italia (agli stati era stata data la possibilità di aderirvi dal primo gennaio 2017). Ad oggi la convenzione risulta sottoscritta da 83 paesi (c.d. giurisdizioni aderenti o firmatari).

La nuova Convenzione, pur con i limiti di un accordo politico internazionale, firmato, per ora, in assenza degli USA, è il primo trattato multilaterale di questo genere ed è stato definito dall'OCSE "una pietra miliare nell'agenda della tassazione internazionale".⁸

3. Gli obiettivi

Per comprendere bene gli obiettivi della Convenzione multilaterale dobbiamo risalire al 16 settembre 2014, quando l'OCSE ha pubblicato un rapporto avente ad oggetto:

(i) l'analisi delle principali normative e *tax issues* relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale per l'implementazione delle misure introdotte nel corso dei lavori BEPS e

(ii) le eventuali modifiche dei trattati bilaterali, al fine di affrontare in maniera innovativa ed efficace le attuali tematiche di fiscalità internazionale.

Le indicazioni contenute nel suindicato rapporto sono state ribadite nel *Final*

negoziazioni bilaterali tra i singoli Stati.

In data 7 giugno 2017, si è svolta a Parigi la cerimonia ufficiale per la sottoscrizione della Convenzione multilaterale al fine di implementare le misure di contrasto all'elusione fiscale internazionale e al trasferimento di utili verso Paesi caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa.

I Paesi firmatari della Convenzione sono 78: Andorra; Argentina; Armenia; Austria; Barbados; Belgium; Bulgaria; Burkina Faso; Cameroon; Canada; Chile; China (People's Republic of); Colombia; Costa Rica; Côte d'Ivoire; Croatia; Curaçao Cyprus; Czech Republic; Denmark; Egypt; Fiji; Finland; France; Gabon; Georgia Germany Greece Guernsey; Hong Kong (China); Hungary; Iceland; India; Indonesia; Ireland; Isle of Man; Israel Italy Jamaica Japan; Jersey; Korea Kuwait; Latvia; Liechtenstein; Lithuania; Luxembourg; Malaysia; Malta; Mauritius; Mexico; Monaco; Netherlands; New Zealand; Nigeria; Norway; Pakistan; Panama; Poland; Portugal; Romania; Russia; San Marino; Senegal; Serbia Seychelles; Singapore; Slovak Republic; Slovenia; South Africa; Spain; Sweden; Switzerland; Tunisia; Turkey; United Kingdom; Uruguay.

Gli ultimi Paesi ad aver sottoscritto la Convenzione in data 24 gennaio 2018 sono stati: Barbados, Costa d'Avorio, Giamaica, Malaysia, Panama e Tunisia.

Le seguenti 6 giurisdizioni hanno espresso la loro intenzione di firmare la Convenzione: Algeria; Estonia; Kazakhstan; Lebanon; Oman; Swaziland.

⁸ C. BILLARDI, *Il Multilateralismo nel BEPS e la sua interazione con le convenzioni per evitare la doppia imposizione*, in *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, a cura di F. Amatucci, R. Cordeiro Guerra, Roma, 2016, pag. 341.

Report sul tema, pubblicato il 5 ottobre 2015.

Il *Final Report* ha poi individuato nella *Convenzione multilaterale*⁹ lo strumento per operare in modo celere il recepimento delle predette modifiche sia in sede di normativa domestica che (soprattutto) convenzionale, poiché, in tal modo, si eviterebbe la necessità di stipulare un numero indefinito di accordi bilaterali, ciascuno dei quali dovrebbe essere negoziato ed oggetto di una legge che ne autorizzi la ratifica e l'esecuzione.¹⁰

In particolare, la Convenzione multilaterale BEPS:

- contiene misure per l'attuazione delle disposizioni relative alle Convenzioni internazionali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti in Paesi a bassa fiscalità;
- integra e modifica diverse Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi, senza che sia necessario dover rinegoziare, di volta in volta, il singolo accordo bilaterale;
- vuole dare esecuzione concreta al pacchetto di misure anti-evasione sviluppato nell'ambito del progetto BEPS.

Un ulteriore obiettivo è connesso alla partecipazione dei Paesi c.d. in via di sviluppo, per i quali le difficoltà di ordine pratico relative all'implementazione delle misure BEPS sono più rilevanti rispetto a quelle per i Paesi sviluppati.

La Convenzione è basata su alcuni principi chiave: in primo luogo, essa si applica in relazione ai trattati che entrambi gli Stati contraenti hanno notificato all'OCSE a tal fine; i c.d. *standards* minimi del BEPS si applicano automaticamente, con poche eccezioni, a tutti i trattati che siano stati notificati e quando tali *standards* possono essere soddisfatti con diverse soluzioni le parti devono tentare di identificarne una che le soddisfi reciprocamente; in relazione, poi, alle disposizioni che non costituiscono *standards* minimi, ciascun Paese contraente può esprimere una riserva che ne impedisca l'applicazione; inoltre, in alcuni casi, la Convenzione

⁹ R. RIZZARDI, "Con la convenzione multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati", in *Corr. Trib.*, 2017, pag. 223.

¹⁰ OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

prevede opzioni alternative che risulteranno applicabili solo se entrambi i contraenti scelgono espressamente di farlo. Conseguentemente, le sue disposizioni possono essere classificate in tre grandi categorie:

1) quelle che costituiscono il livello minimo necessario di *align* dei trattati, cioè il c.d. *minimum standard*;

2) quelle che saranno applicabili dai contraenti dopo le necessarie ratifiche, e sempre che non siano state espresse riserve sul punto, senza necessità di una esplicita scelta;

3) infine, quelle che non sono applicabili senza l'espressione di una specifica volontà delle parti.

Queste distinzioni di massima ci fanno capire come la Convenzione rappresenti un punto di equilibrio raggiunto tra l'esigenza di risultare efficace e l'opportunità di essere uno strumento flessibile, in tal modo attraente per il maggior numero possibile di Paesi, nonostante le differenze politiche, culturali e di sistema fiscale.

La Convenzione multilaterale non è una convenzione contro le doppie imposizioni, ma è finalizzata a modificare quelle esistenti.

Il suo scopo principale non è, infatti, quello di regolamentare o risolvere le problematiche o i conflitti di natura fiscale transazionale aventi ad oggetto più di due Stati, bensì, come evidenziato nel suo preambolo, quello di:

- assicurare un'attuazione rapida, coordinata e coerente delle misure relative alle convenzioni fiscali adottate nel quadro del progetto BEPS in un contesto multilaterale;

- garantire che gli accordi esistenti per evitare la doppia imposizione sui redditi siano interpretati al fine di eliminare la doppia imposizione sulle imposte oggetto di tali accordi, senza creare opportunità di non imposizione o di una imposizione ridotta mediante evasione o elusione fiscale (ivi incluse strategie di *treaty-shopping* finalizzate ad ottenere i benefici previsti da tali accordi a beneficio indiretto di residenti in giurisdizione terze);

- creare un meccanismo efficace per l'attuazione coordinata ed efficiente delle modifiche concordate nella rete degli accordi esistenti per evitare la doppia

imposizione sui redditi senza che sia necessario rinegoziare bilateralmente ciascun accordo di questo tipo.

Le disposizioni contenute nella Convenzione multilaterale si affiancano alle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore, modificandoli e integrandoli, pur senza richiamare i singoli articoli delle stesse.

4. I meccanismi di applicazione

In realtà l'attuazione non è automatica perché, giustamente, sono state lasciate aperte varie opzioni agli Stati

In primis, uno Stato può scegliere a quali accordi applicare il Convenzione multilaterale. Si delinea così la nozione di "Accordo fiscale coperto" o "*Covered Tax Agreements*", ne consegue che, nonostante sia previsto che la Convenzione si applichi al più alto numero possibile di accordi esistenti, ogni singolo Stato firmatario può scegliere a quali giurisdizioni estendere o meno il Convenzione multilaterale, includendone alcuni ed escludendone altri.

La conseguenza di tale libertà di scelta farà sì che i suoi effetti si estenderanno solo alle convenzioni bilaterali espressamente segnalate all'OCSE come Accordi fiscali coperti e per i quali gli Stati contraenti dovranno notificare, sempre all'OCSE, che è il depositario del trattato multilaterale, le convenzioni bilaterali che essi intendono fare rientrare nell'ambito di applicazione del trattato multilaterale stesso.

Gli Stati possono poi scegliere anche le disposizioni che si intendono modificare con la conseguenza che le norme dei singoli trattati coperti saranno così modificate nei limiti in cui la Convenzione multilaterale risulterà con loro compatibile.

Bisogna precisare, infatti, che quasi tutte le disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione contengono: una clausola recante la misura BEPS; una clausola di compatibilità; una clausola di riserva; una clausola di notifica.

La Convenzione, come visto, contiene delle disposizioni che sono definite come *standard* minimo dal quale non sono possibili deviazioni. Ciò significa che il contenuto della disposizione è inderogabile e l'esclusione della sua applicazione è possibile solo in circostanze limitate, come ad esempio quando un accordo esistente soddisfa già i requisiti minimi richiesti.¹¹

La Convenzione però prevede che, freme restando il raggiungimento dello

¹¹ Il riferimento è ad esempio, il preambolo che stabilisce l'intento del trattato di eliminare la doppia imposizione, ma anche di evitare la doppia non imposizione; la clausola del *Principal Purpose Test* (PPT) per prevenire l'abuso del trattato di cui all'Action 6 e l'impegno delle parti di applicare almeno una procedura amichevole (*Mutual Agreement Procedure*) per la risoluzione delle controversie di cui all'Action 14.

standard minimo questo può essere conseguito optando per differenti tipologie di disposizioni o soluzioni prevedendo, infatti, alternative o disposizioni opzionali che trovano generalmente attuazione solo se entrambe le Giurisdizioni contraenti di un Accordo coperto decidono di applicarle scegliendo la medesima opzione.¹²

In ogni caso, quindi al di là dello *standard* minimo, gli Stati possono effettuare opzioni per escludere una disposizione o parte di essa in relazione a tutti o ad alcuni degli Accordi coperti.¹³

Tali opzioni rientrano nelle c.d. riserve e la Convenzione all'art. 28 ne prevede due tipologie: quelle espressamente autorizzate; quelle relative alla procedura arbitrale.

Le prime danno la possibilità ad uno Stato di escludere interamente o, in taluni casi, parzialmente le disposizioni sostanziali contenute nella Convenzione multilaterale, che eccedono il c.d. *minimum standard*.¹⁴

12 Rientrano in questa seconda categoria le regole sui redditi relativi alle entità trasparenti, sulla concessione dei benefici del trattato alle entità con doppia residenza, sulle transazioni relative al trasferimento dei dividendi, sugli utili attribuibili alle stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze e sulla elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione.

13 Si annoverano in questa terza categoria le opzioni sull'applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione, sulla disposizione semplificata della limitazione dei benefici e sul consenso all'introduzione di un arbitrato obbligatorio e vincolante.

¹⁴ Art. 28 – Riserve

1. Fatto salvo il paragrafo 2, non possono essere formulate riserve alla presente Convenzione salvo quelle espressamente consentite dai seguenti paragrafi:

- a) paragrafo 5 dell'Articolo 3 (Entità trasparenti);
- b) paragrafo 3 dell'Articolo 4 (Entità con doppia residenza);
- c) paragrafi 8 e 9 dell'Articolo 5 (Applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione);
- d) paragrafo 4 dell'Articolo 6 (Scopo di un Accordo fiscale coperto);
- e) paragrafi 15 e 16 dell'Articolo 7 (Prevenzione dell'abuso dei trattati);
- f) paragrafo 3 dell'Articolo 8 (Transazioni relative al trasferimento dei dividendi);
- g) paragrafo 6 dell'Articolo 9 (Utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili);
- h) paragrafo 5 dell'Articolo 10 (Clausola antiabuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze);
- i) paragrafo 3 dell'Articolo 11 (Applicazione di Accordi fiscali per limitare il diritto di una Parte di assoggettare ad imposta i propri residenti);
- j) paragrafo 4 dell'Articolo 12 (Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili);
- k) paragrafo 6 dell'Articolo 13 (Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività);
- l) paragrafo 3 dell'Articolo 14 (Suddivisione (*splitting-up*) di contratti);
- m) paragrafo 2 dell'Articolo 15 (Definizione di una persona strettamente correlata a un'impresa);
- n) paragrafo 5 dell'Articolo 16 (Procedura amichevole);

La conseguenza è che la Convenzione multilaterale opera nella sua interezza se viene sottoscritto senza riserve; se ci sono riserve, tuttavia, lo Stato firmatario potrà escludere singole disposizioni dall'ambito di applicazione. Le riserve devono, in ogni caso, essere riferite a tutti gli Accordi coperti dello Stato che le appone.

Tale impostazione crea non pochi problemi per la comprensione del meccanismo di funzionamento della Convenzione, così l'OCSE ha, elaborato una serie di strumenti informativi per agevolare il meccanismo di funzionamento e per facilitarne il coordinamento degli strumenti di flessibilità. Si tratta del c.d. *matching database*.

In particolare, il *matching database*,¹⁵ incrociando le informazioni provvisorie comunicate dai diversi Paesi in fase di sottoscrizione del Convenzione multilaterale, genera automaticamente un *report* che riporta l'articolato del Convenzione multilaterale concretamente efficace tra i diversi Paesi, individuando anche eventuali problematiche derivanti da fenomeni di *mismatching* delle notifiche. Seguendo la logica del Convenzione, quale strumento che interviene a modificare i trattati bilaterali, il *software* prende in esame, di volta in volta, una coppia di Paesi, che l'utente è libero di selezionare in base alle proprie esigenze, fornendo una serie di informazioni molto dettagliate.¹⁶

Il *software* fa sì che l'introduzione di una riserva da parte di uno Stato blocca l'applicazione della disposizione, a prescindere dal fatto che l'altro Stato abbia o meno introdotto una riserva a propria

- o) paragrafo 3 dell'Articolo 17 (Rettifiche corrispondenti);
- p) paragrafi 11 e 12 dell'Articolo 19 (Arbitrato obbligatorio e vincolante);
- q) paragrafi 2, 3, 6 e 7 dell'Articolo 23 (Tipologia di processo arbitrale);
- r) paragrafo 3 dell'Articolo 24 (Accordo su una diversa risoluzione);
- s) paragrafo 4 dell'Articolo 26 (Compatibilità);
- t) paragrafi 6 e 7 dell'Articolo 35 (Efficacia); e
- u) paragrafo 2 dell'Articolo 36 (Efficacia della parte VI).

¹⁵ [Http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm](http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm).

¹⁶ Pur consentendo una notevole semplificazione, almeno a livello pratico, il *matching database* incontra un limite nella mancanza della possibilità di confrontare più di due Paesi per volta: per esprimerci con un'immagine, con questo strumento si vedono i dettagli degli alberi ma si perde lo sguardo sulla foresta.

Una parziale soluzione al problema potrebbe derivare dalla elaborazione di matrici basate sulla logica di funzionamento di riserve ed opzioni, che segue (con grande approssimazione) l'algebra booleana.

Questo tipo di algebra è fondata su variabili che possono assumere solo due valori e sono per questo dette binarie (ad esempio: 1 e 0; vero e falso; ...), legate tra loro da connettivi logici, quali ad esempio la congiunzione ("et" che corrisponde ad una moltiplicazione) o la disgiunzione debole ("vel" che corrisponde ad una addizione). È possibile rappresentare schematicamente la relazione tra le variabili mediante le c.d. tavole di verità.

volta; se invece gli Stati contraenti hanno scelto o meno di applicare la medesima opzione le riserve operano bilateralmente.

Per meglio capirci, ogni parte contraente può apporre riserve in modo unilaterale, mentre l'effetto della riserva si applica simmetricamente. Così, se una parte utilizza una riserva per escludere una disposizione del Convenzione multilaterale, tale disposizione non trova applicazione tra la parte riservata e tutte le altre parti della Convenzione, non producendo alcun effetto sugli Accordi coperti.

Le riserve, invece, relative alla procedura arbitrale operano nell'ambito della facoltà lasciata agli Stati di optare per l'applicazione di una procedura di composizione obbligatoria delle controversie.

In questo contesto, l'art. 28, par. 2, consente la facoltà di apporre riserve senza prevedere una lista tassativa e gli Stati possono selezionare i casi a cui applicare la procedura arbitrale, conformemente alle proprie politiche interne relative all'arbitrato. Su questo ci soffermeremo più avanti.

Per evitare, poi, che possano sorgere conflitti di applicazione tra le disposizioni contenute negli Accordi fiscali coperti e le previsioni della Convenzione multilaterale, viene sancito che queste ultime si applichino sulla base di clausole di compatibilità. In particolare le previsioni della Convenzione multilaterale:

1) si applicano "in luogo" di una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto e non trova applicazione nell'ipotesi in cui la previsione non esiste;

2) "si applicano a" o "modificano" una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto, senza tuttavia sostituirla;

3) si applicano "al posto o in assenza" di una previsione già esistente nell'Accordo fiscale coperto. In caso di incompatibilità prevale la disposizione della Convenzione multilaterale.

Per completezza di analisi si evidenzia che il testo ufficiale della Convenzione multilaterale è solo in inglese e in francese e, anche essendo state predisposte dall'OCSE le traduzioni in arabo, cinese, tedesco, italiano, spagnolo, queste sono solo per finalità informative. Ne consegue che, indipendentemente dalla lingua ufficiale dell'Accordo fiscale coperto, le modifiche/integrazioni ufficialmente apportate dalla Convenzione multilaterale sono solo in lingua inglese e francese,

con possibili difficoltà di adattamento per tutti quegli Accordi fiscali coperti la cui lingua ufficiale non è l'inglese o il francese.

5. Le tematiche affrontate

Da quanto sin qui detto emerge come la Convenzione multilaterale BEPS:

- contiene misure per l'attuazione delle disposizioni relative alle Convenzioni internazionali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti in Paesi a bassa fiscalità;
- integra e modifica numerose Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi, senza necessariamente dover rinegoziare, di volta in volta, il singolo accordo bilaterale;
- vuole dare esecuzione concreta al pacchetto di misure anti-evasione sviluppato nell'ambito del progetto BEPS.

La Convenzione copre quattro tematiche fondamentali che corrispondono ad altrettante *Actions* del pacchetto BEPS:

1) i disallineamenti da trattamenti ibridi (*hybrid mismatches*), cioè l'*Action 2*, incluso il trattamento delle entità trasparenti o con doppia residenza ed i metodi per eliminare la doppia imposizione;

2) l'abuso dei trattati, cioè l'*Action 6*, inclusi il *Principal Purpose Test*, come pure le clausole di *Limitation on benefits* o quelle anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze;

3) le modifiche alla definizione di stabile organizzazione, cioè l'*Action 7* ai fini del contrasto dell'elusione dello *status* di stabile organizzazione;

4) il miglioramento della risoluzione delle controversie, cioè l'*Action 14*, con le modifiche alle procedure amichevoli e l'impegno per un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Per quanto concerne il primo punto, bisogna ricordare che i meccanismi di disallineamento da ibridi sfruttano le differenze nel trattamento fiscale di un'entità o di uno strumento in base alle leggi di due o più giurisdizioni fiscali per ottenere la doppia non-imposizione fiscale, inclusa il differimento a lungo termine della

tassazione.

La Convenzione, a tal proposito, sancisce agli artt. 3, 4 e 5 due ipotesi che possono dare origine a fenomeni di *hybrid mismatch*: il regime fiscale delle società trasparenti e i casi di doppia residenza per quanto riguarda i soggetti diversi dalle persone fisiche.

In particolare dispone che i redditi derivanti da, o mediante, un'entità o uno strumento o accordo (*arrangement*) trattato in tutto o in parte come fiscalmente trasparente ai sensi della legislazione fiscale di una delle Giurisdizioni contraenti, sono considerati come redditi di un residente di una Giurisdizione contraente, ma soltanto nella misura in cui i redditi sono trattati, ai fini dell'imposizione da parte di tale Giurisdizione contraente, come i redditi di un residente di tale Giurisdizione contraente.

Nei casi di doppia residenza viene poi previsto che, se, in applicazione delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un soggetto diverso da una persona fisica è residente in più di una Giurisdizione contraente, le autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti fanno del loro meglio per determinare in via di amichevole composizione la Giurisdizione contraente di cui tale soggetto deve essere considerato residente ai fini dell'Accordo fiscale coperto, tenuto conto della sede di direzione effettiva, del luogo in cui è stato registrato o comunque costituito, nonché di ogni altro fattore rilevante. In assenza di tale accordo, tale soggetto non avrà diritto ad alcuno sgravio o esenzione fiscale prevista dall'Accordo fiscale coperto, salvo nella misura in cui ciò sia stato convenuto dalle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, con le modalità da loro concordate.

In relazione all'applicazione dei metodi per eliminare la doppia imposizione, sono disciplinate tre opzioni con le quali evitare il rischio della doppia non tassazione che può insorgere quando lo Stato di residenza applica il metodo dell'esenzione a redditi che non sono stati tassati nello Stato della fonte.

In particolare la prima opzione stabilisce che se, in applicazione delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un soggetto diverso da una persona fisica è residente in più di una Giurisdizione contraente, le autorità competenti delle

Giurisdizioni contraenti fanno del loro meglio per determinare in via di amichevole composizione la Giurisdizione contraente di cui tale soggetto deve essere considerato residente ai fini dell'Accordo fiscale coperto, tenuto conto della sede di direzione effettiva, del luogo in cui è stato registrato o comunque costituito, nonché di ogni altro fattore rilevante. In assenza di tale accordo, tale soggetto non avrà diritto ad alcuno sgravio o esenzione fiscale prevista dall'Accordo fiscale coperto, salvo nella misura in cui ciò sia stato convenuto dalle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, con le modalità da loro concordate.

La seconda opzione, invece, stabilisce che le disposizioni di un Accordo fiscale coperto che altrimenti esenterebbero il reddito percepito da un residente di una Giurisdizione contraente dall'imposizione in detta Giurisdizione contraente al fine di eliminare la doppia imposizione in quanto tale reddito è considerato come un dividendo da detta Giurisdizione contraente non si applicano qualora tale reddito dia diritto ad una detrazione al fine di determinare gli utili imponibili di un residente dell'altra Giurisdizione contraente secondo la legislazione di detta altra Giurisdizione contraente. In tal caso, la prima di dette Giurisdizioni contraenti accorda una detrazione dall'imposta sul reddito di detto residente pari all'ammontare dell'imposta sul reddito pagata in detta altra Giurisdizione contraente. Tale detrazione, tuttavia, non può eccedere la quota di imposta, calcolata prima della detrazione, attribuibile al predetto reddito imponibile in detta altra Giurisdizione contraente.

L'ultima opzione, infine, stabilisce che:

a) qualora un residente di una Giurisdizione contraente percepisca un reddito o possieda un patrimonio imponibile nell'altra Giurisdizione contraente ai sensi delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto (salvo nella misura in cui tali disposizioni consentono l'imposizione da parte di detta altra Giurisdizione contraente soltanto in quanto il reddito è anche un reddito percepito da un residente di detta altra Giurisdizione contraente), la prima di dette Giurisdizioni contraenti accorda:

i) una detrazione dall'imposta sul reddito di detto residente, di ammontare pari all'imposta sul reddito pagata nell'altra Giurisdizione contraente;

ii) una detrazione dall'imposta sul patrimonio di detto residente, di ammontare pari all'imposta patrimoniale pagata nell'altra Giurisdizione contraente.

Tale detrazione, tuttavia, non può eccedere la quota di imposta sul reddito o sul patrimonio, calcolata prima della detrazione, attribuibile ai redditi o al patrimonio imponibili in detta altra Giurisdizione contraente.

b) qualora, ai sensi di una disposizione dell'Accordo fiscale coperto, il reddito percepito o il patrimonio posseduto da un residente di una Giurisdizione contraente sia esente da imposta in detta Giurisdizione contraente, tale Giurisdizione contraente può tuttavia, nel calcolare l'ammontare dell'imposta sui rimanenti redditi o patrimonio di detto residente, prendere in considerazione il reddito o il patrimonio esentati.

Gli articoli dal 6 all'11 disciplinano poi l'abuso dei Trattati e delle relative misure di contrasto.

In particolare, è previsto che le parti adottino nel preambolo dei trattati bilaterali una formulazione specifica che esprima l'intenzione degli Stati contraenti di eliminare la doppia imposizione senza consentire o favorire pratiche elusive o aggressive.

Inoltre viene disciplinata l'adozione del *Principal Purpose Test* (PPT) in base alla quale dovranno essere negati i benefici convenzionali quando sia ragionevole concludere che l'ottenimento di tali benefici è uno degli obiettivi principali per cui è stata conclusa una determinata operazione.

Ci sono solo pochi casi in cui tale regola può non applicarsi, il primo è quando i Paesi contraenti scelgono di applicare una clausola piena di *Limitation on Benefits*, come pure una regola che affronti il *conduit financing*: in questo caso le parti contraenti sono richieste di raggiungere una soluzione di reciproca soddisfazione che raggiunga il minimo *standard* BEPS; il secondo caso è quando il trattato già contenga una idonea clausola di PPT. Infine, in aggiunta al PPT, se tutte e due i Paesi concordano e lo richiedono, può essere adottata anche una "disposizione semplificata sulla limitazione dei benefici".

Un'altra fattispecie regolata dalla Convenzione riguarda il periodo minimo di

detenzione di una partecipazione per l'ottenimento dei benefici in sede di distribuzione dei dividendi. Infine, viene dettata una regola generale anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in Stati terzi.

Un altro intervento, disciplinato dagli articoli da 12 a 15, riguarda le disposizioni per contrastare l'aggiornamento artificiale dello *status* di stabile organizzazione

Le modifiche riguardano in primo luogo l'elusione dello *status* di stabile organizzazione mediante *commissionnaire arrangements* o simili strategie contrattuali.

Per quanto attiene all'attività di commissionario nella conclusione di contratti, l'OCSE propone la soluzione per cui un'impresa è da considerare stabile organizzazione di un'altra se, per conto di questa, in uno Stato membro, conclude abitualmente contratti o abitualmente la sua attività principale porta alla loro conclusione da parte dall'impresa non residente senza modifiche sostanziali, e questi negozi sono:

- a) in nome dell'impresa, oppure
- b) per il trasferimento, o concessione in uso, di beni che l'impresa possiede o ha il diritto di utilizzare,¹⁷ oppure
- c) per la fornitura di servizi da parte dell'impresa.

Potrà configurarsi, pertanto, una stabile organizzazione personale con riferimento alle attività caratterizzate dagli elementi sopra indicati,¹⁸ condotte dal soggetto che agisce quale agente dipendente dell'impresa.

In ultima analisi, la nozione di agente dipendente è dunque delineata attribuendo rilievo ad aspetti di natura sostanziale con riguardo alla relazione tra il soggetto e l'impresa, così da individuare efficacemente anche fattispecie che ad una prima

¹⁷ Nel paragrafo 32.8 del Commentario si chiarisce il significato di contratti conclusi per il trasferimento di beni o concessione in uso di beni: il commissionario agisce per conto dell'impresa non residente e conclude con il cliente finale contratti in nome proprio, che non creano diritti e obblighi tra l'impresa non residente e il cliente, tuttavia i contratti sono portati a esecuzione dall'impresa non residente (che dispone dei beni o presta i servizi) piuttosto che dall'agente-commissionario.

¹⁸ Come evidenzia il par. 97 del commentario al par. 5 dell'art. 5, l'analisi della sussistenza dei vari elementi caratterizzanti l'attività e il ruolo del soggetto dovrà tuttavia essere condotta avendo riguardo alla particolare attività di impresa e alle circostanze di natura commerciali riscontrabili nel caso di specie.

analisi non consentirebbero di qualificare il soggetto quale stabile organizzazione personale dell'impresa.

Infine viene evidenziato come il carattere di indipendenza sia da escludere in quelle ipotesi in cui il soggetto agente agisca esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di uno o più imprese alle quali è strettamente collegato.¹⁹ In questo senso occorrerà fare riferimento anche alla proporzione tra le attività prestate e il volume complessivo di affari del soggetto. Risulta inoltre incompatibile con il requisito di indipendenza, la circostanza secondo cui il soggetto agisce per un lungo periodo o comunque per un periodo considerevole per conto di un'unica impresa.

Altro punto importante è l'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso le esenzioni previste per specifiche attività preparatorie e ausiliarie.

Al riguardo la Convenzione multilaterale dispone due opzioni per le Parti, prescrivendo che si può scegliere di applicare una delle opzioni o, riservarsi il diritto, di non applicarne nessuna.²⁰

La prima prevede che deve valutarsi caso per caso se nella sede fissa d'affari sono svolte attività preparatorie o ausiliarie, il che significa che solo se le attività abbiano effettivamente natura preparatoria o ausiliaria ci sarà esenzione.

La seconda ipotesi, invece, prevede che ci sarà l'esenzione automatica per quelle attività espressamente indicate nel testo dell'originaria convenzione, a condizione però che tali attività siano intrinsecamente preparatorie o ausiliarie.

Viene comunque prevista l'adozione di una *anti-fragmentation rule* che non riconosce l'esenzione anche a specifiche attività quando le attività esercitate dall'impresa nel loro complesso oltrepassino il contenuto della natura preparatoria o ausiliaria.

Viene anche prevista, sempre in via opzionale, e, quindi, non si applica se uno

¹⁹ Nella prima bozza di *Discussion Draft* era stato previsto che il requisito di indipendenza dell'agente sarebbe venuto meno se questi avesse operato esclusivamente (o quasi esclusivamente) per un solo *principal* o per un solo gruppo di imprese tra di loro associate.

²⁰ In base a quanto previsto dall'art. 13, comma 6, lett. a).

solo dei contraenti esprime una riserva sulla sua introduzione, una regola per contrastare la pratica della suddivisione dei contratti (*splitting-up*) per non eccedere le soglie temporali oltre le quali normalmente le convenzioni configurano la fattispecie della stabile organizzazione per attività di costruzione, installazione o supervisione. Si può così aggregare il tempo utilizzato per esercitare diverse attività connesse al medesimo progetto per determinare se si è oltrepassato il tempo limite.

L'ultima parte della Convenzione, artt. 16-26, riguarda le modalità per la risoluzione delle controversie legate ai trattati e la disciplina dell'arbitrato obbligatorio.

Con riferimento alle procedure amichevoli l'art. 16 fornisce una disposizione che, in luogo o in assenza di disposizioni dell'Accordo fiscale coperto, prevede l'impegno delle Giurisdizioni contraenti, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale, a fare del loro meglio per risolvere mediante procedura amichevole i casi in cui l'applicazione di una convenzione possa causare doppie imposizioni a carico dei contribuenti.

Si prevede che le Giurisdizioni contraenti debbano essere coinvolte dai contribuenti entro tre anni dalla prima notifica di una misura che comporti un'imposizione non conforme alle disposizioni di un trattato. Primo obiettivo della norma in esame è stato dunque quello di regolare l'accesso alla procedura amichevole.

La norma continua a non prevedere un obbligo di risoluzione della controversia, ma, come detto, sancisce il mero impegno degli Stati a fare del proprio meglio per eliminare l'eventuale doppia imposizione che dovesse risultare. Si tratta, dunque, di un mero obbligo di mezzi.

Un obbligo di risultato è, invece, previsto all'art. 17 in tema di aggiustamenti corrispondenti dove si stabilisce che, in caso di rettifiche da *transfer pricing*, lo Stato che non ha mosso alcuna contestazione all'impresa residente nel suo territorio, "effettua una rettifica appropriata dell'ammontare dell'imposta ivi applicata su tali utili". Quest'ultima disposizione, salve le numerose riserve che gli

Stati possono apporvi, rappresenta una più efficace forma di tutela.

Sulla base dell'art. 18, secondo paragrafo, l'istituto si applica a condizione di reciprocità.

Infine la Convenzione prevede la possibilità di optare per la previsione di un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante.

Tale meccanismo si applicherà solo se ambedue i contraenti di un trattato avranno esercitato questa opzione e l'avranno notificata di conseguenza al Depositario OCSE.²¹

Secondo quanto disciplinato dall'art. 20 il collegio arbitrale è composto da tre membri, persone fisiche, con competenze o esperienza in materia di fiscalità internazionale.

Ciascuna autorità competente designa un membro del collegio entro 60 giorni dalla data della richiesta d'arbitrato e i due membri del collegio così designati nominano, entro 60 giorni dall'ultima designazione, un terzo membro che assume le funzioni di Presidente del collegio arbitrale. Il Presidente non deve avere la nazionalità né essere residente di una delle due Giurisdizioni contraenti.

Ogni membro nominato nel collegio arbitrale deve essere imparziale e indipendente rispetto alle autorità competenti, alle amministrazioni fiscali e ai ministeri delle finanze delle Giurisdizioni contraenti e a tutte le persone direttamente interessate dal caso (nonché dei loro consulenti) al momento dell'accettazione della nomina, deve mantenere la propria imparzialità e indipendenza durante tutto il processo e deve evitare successivamente, per un periodo di tempo ragionevole, qualsiasi condotta che possa pregiudicare l'aspetto di imparzialità e indipendenza degli arbitri rispetto al processo.

Nel caso in cui l'autorità competente di una Giurisdizione contraente non nomini un membro del collegio arbitrale, un membro viene designato per conto di tale autorità competente dal funzionario più alto in grado del Centro per le Politiche e

²¹ Già alla firma del 7 giugno 2017, venticinque Stati, tra cui Giappone, Germania, Francia, Regno Unito, Italia, Spagna, Canada e Australia, hanno adottato la procedura arbitrale obbligatoria e vincolante, determinando così la progressiva introduzione dell'arbitrato in oltre 150 dei trattati esistenti.

l'Amministrazione Fiscale dell'OCSE che non abbia la nazionalità di alcuna delle due Giurisdizioni contraenti.

Se i due membri del collegio arbitrale inizialmente designati non nominano il Presidente il Presidente viene designato dal funzionario più alto in grado del Centro per le Politiche e l'Amministrazione Fiscale dell'OCSE che non abbia la nazionalità di alcuna delle due Giurisdizioni contraenti.

In base all'art. 22, poi, la procedura arbitrale riguardante un caso si conclude se, in qualsiasi momento dopo la presentazione di una richiesta di arbitrato e prima che il collegio arbitrale abbia comunicato la propria decisione alle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti:

a) le autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti raggiungono un accordo amichevole per risolvere il caso; o

b) la persona che ha sottoposto il caso ritira la richiesta di arbitrato o la richiesta di procedura amichevole.

Secondo quanto prescritto dall'art. 23 l'autorità competente di ciascuna Giurisdizione contraente può anche sottoporre all'esame del collegio arbitrale un documento a supporto della propria posizione (*position paper*). Ciascuna autorità competente che sottopone una proposta di risoluzione o un documento a supporto della propria posizione (*position paper*) ne fornisce una copia all'altra autorità competente entro la data in cui devono essere presentati la proposta di risoluzione ed il documento di posizione (*position paper*). Ciascuna autorità competente può anche sottoporre al collegio arbitrale, entro una data stabilita di comune accordo, una memoria di replica alla proposta di risoluzione e al documento di posizione (*position paper*) presentati dall'altra autorità competente. Copia di ciascuna memoria di replica viene fornita all'altra autorità competente entro la data in cui deve essere presentata la memoria di replica.

Il collegio arbitrale sceglie quale propria decisione una delle proposte di risoluzione del caso sottoposte dalle autorità competenti in relazione a ciascuna questione ed a ciascuna questione soglia, e non è tenuto ad includere una motivazione o qualsiasi altra spiegazione della decisione. La decisione arbitrale è

adottata a maggioranza semplice dei membri del collegio. La decisione arbitrale non ha valore di precedente.

Si precisa che, come in altri strumenti di diritto dell'Unione europea, una decisione arbitrale non è vincolante per le Giurisdizioni contraenti e non è attuata se le autorità competenti delle medesime Giurisdizioni contraenti concordano una diversa risoluzione di tutte le questioni non risolte entro i tre mesi di calendario successivi alla comunicazione alle stesse della decisione arbitrale.

Anche per l'arbitrato la Convenzione multilaterale ha previsto, poi, delle riserve, di cui si è già dato accenno.

In particolare una Parte si può riservare il diritto di:

a) non sottoporre una questione ad arbitrato se una decisione su tale questione è stata già resa in sede giudiziaria o da un tribunale amministrativo di una delle due Giurisdizioni contraenti;

b) far terminare il processo arbitrale se, in qualsiasi momento successivo alla presentazione di una richiesta di arbitrato e prima che il collegio arbitrale abbia comunicato la propria decisione alle autorità competenti delle Giurisdizioni contraenti, sia resa in sede giudiziaria una decisione concernente la questione.²²

6. La posizione italiana

²² In base all'art. 28 par.2 (a) "una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI (Arbitrato) può formulare una o più riserve con riferimento all'ambito di applicazione dei casi che possono essere sottoposti ad arbitrato ai sensi delle disposizioni della parte VI. Per una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI successivamente alla data in cui è divenuta Parte della presente Convenzione, le riserve ai sensi del presente sottoparagrafo sono formulate contestualmente alla notifica di detta Parte al Depositario".

In base, poi, all' art. 28 par. 2 (b), "Le riserve formulate ai sensi del sottoparagrafo a) sono soggette ad accettazione. Una riserva formulata ai sensi del sottoparagrafo a) si considera accettata da una Parte se essa non ha notificato al Depositario una obiezione alla riserva entro il termine di un periodo di dodici mesi di calendario che inizia alla data della notifica della riserva da parte del Depositario o entro la data in cui essa deposita il suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione, a seconda dell'ultima di tali date. Per una Parte che sceglie, ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della parte VI), di applicare la parte VI (Arbitrato) successivamente alla data in cui è divenuta Parte della presente Convenzione, le obiezioni alle riserve formulate in precedenza dalle altre Parti ai sensi del sottoparagrafo a) possono essere formulate contestualmente alla notifica di detta prima Parte al Depositario ai sensi dell'Articolo 18 (Opzione per l'applicazione della Parte VI). Se una Parte solleva una obiezione a una riserva formulata ai sensi del sottoparagrafo a), la totalità della parte VI (Arbitrato) non si applica tra la Parte che ha sollevato l'obiezione e la Parte che ha formulato la riserva."

Al momento della firma, l'Italia ha fornito un elenco provvisorio delle riserve e delle notifiche previste, ai sensi degli artt. 28 (7) e 29 (4) dello strumento multilaterale.

Di seguito si elencano le principali scelte che sono state comunicate all'OCSE in quanto Depositario.

In primo luogo, è stata notificata la lista di tutti gli accordi bilaterali stipulati dall'Italia in modo da assoggettarli alla copertura della Convenzione multilaterale ai sensi dell'art. 2; poi la medesima lista di tutti i trattati in vigore è stata notificata ai sensi dell'art. 6 (5), unitamente al testo del preambolo in essi rinvenibile, al fine di renderli coerenti con le regole minime richieste in merito all'abuso dei trattati.

Tra le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, 84 sono gli Accordi fiscali coperti a cui si è scelto di rendere applicabile la Convenzione multilaterale

La scelta, invece, di non includere alcune convenzioni²³ si giustifica con l'obiettivo di una futura rinegoziazione bilaterale, o al fatto che dopo il BEPS la convenzione sia stata già rinegoziata.²⁴

Ricordiamo che l'esclusione dagli Accordi in modo unilaterale impedisce l'applicazione della Convenzione multilaterale; tuttavia, è sempre possibile aggiungere ulteriori convenzioni contro le doppie imposizioni, anche dopo il deposito della ratifica.

L'Italia si è riservata il diritto di non applicare le previsioni dell'art. 3 sulle entità trasparenti e quelle dell'art. 4 sulle entità *dual resident*.

Non ha esercitato alcuna opzione per i metodi per eliminare la doppia tassazione, in attuazione dell'art. 5 che dispone che una parte contraente possa optare per l'applicazione di tre diverse opzioni oppure possa scegliere di non applicare alcuna opzione.

Tale previsione, eccezione al meccanismo di funzionamento delle opzioni, non è

²³ Albania, Algeria, Bielorussia, Cile, Congo, Cuba, Ecuador, Etiopia, Ghana, Iran, Kirghizistan, Libia, Macedonia, Montenegro, Mozambico, Oman, Panama, Siria, Tagikistan, Taiwan, Trinidad e Tobago, Uzbekistan, Venezuela.

²⁴ Es. Cile.

applicabile a condizione di reciprocità, ne consegue che le opzioni manifestate dalle altre giurisdizioni aderenti avranno efficacia nei confronti dell'Italia.

Altra riserva di non applicazione ha riguardato le norme antiabuso. L'Italia, in particolare, si è riservata di non applicare il *Principal Purpose Test* per gli accordi che già contengono una disposizione simile, e di non applicare la c.d. *simplified limitation on benefits provision* convenzione con gli USA, in quanto un'analogha disposizione è già prescritta.

Sono stati individuate poi le convenzioni per le quali non occorre riserva ai sensi dell'art. 7 (15) (b) in quanto già contengono disposizioni che negano tutti i benefici che sarebbero altrimenti concessi, se lo scopo principale o uno degli scopi principali di qualsiasi transazione è l'ottenimento di tali benefici.

L'Italia si è anche riservata di non applicare: l'art. 8 sulle transazioni relative al trasferimento dei dividendi; l'art. 9 sugli utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili.

In questo caso la riserva è però solo parziale in quanto, comunque, l'Italia ha scelto di applicare la regola dell'art. 9, paragrafo 4, agli Accordi fiscali coperti, secondo la quale "gli utili ricavati da un residente di una Giurisdizione contraente dall'alienazione di azioni o partecipazioni comparabili, quali le partecipazioni in una società di persone (*partnership*) o in un *trust*, sono imponibili nell'altra Giurisdizione contraente se, in qualsiasi momento nel corso dei 365 giorni che precedono l'alienazione, tali azioni o partecipazioni hanno derivato oltre il 50 per cento del loro valore direttamente o indirettamente da beni immobili (*real property*) situati in detta altra Giurisdizione".

E' stato a tal fine anche comunicato l'elenco delle convenzioni che invece già prevedono che gli utili ricavati dall'alienazione di azioni o di altri diritti di partecipazione sono imponibili nell'altra giurisdizione a condizione che tali azioni o diritti abbiano derivato più di una certa quota del loro valore da beni immobili ivi situati o a condizione che più di una certa quota della proprietà della entità sia costituita da tali beni immobili.

Per la stabile organizzazione, è fatta riserva di non applicazione dell'art. 10

sulla clausola anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze e dell'art. 12 sull'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili.

In merito invece all'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività, viene notificata la scelta dell'opzione tale per cui il termine "stabile organizzazione" non include:

- a) le attività specificamente elencate come attività che non costituiscono una stabile organizzazione;
- b) qualsiasi altra attività;
- c) l'esercizio combinato delle predette attività, ma solo a condizione che tale attività, ovvero l'attività complessiva della sede fissa di affari, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

Come richiesto, vengono notificati i trattati che contengono una disposizione correlata a tale scelta, indicandone la collocazione che per l'Italia è l'art. 5, in genere al paragrafo 3, del testo dei trattati bilaterali in conformità al Modello OCSE.²⁵

La Convenzione multilaterale indubbiamente dimostra di condividere, almeno parzialmente la posizione italiana e di restringere la precedente posizione cercando di definire più puntualmente gli elementi da prendere in considerazione per valutare l'esistenza di una stabile organizzazione.

Nonostante questo avvicinamento tra le due posizioni l'Italia ha apposto una riserva a tale modifica. Questa riserva si giustifica, probabilmente, per la volontà dell'Italia di non discostarsi comunque dalla propria giurisprudenza consolidata e per la volontà di lasciare ai giudici nazionali la più ampia libertà di azione non vincolando il loro ragionamento al rispetto di indici diversi da quelli forniti dalla Cassazione. Un simile atteggiamento non pare del tutto criticabile, ma anzi condivisibile.

La Cassazione in tema di stabile organizzazione personale nonostante le modifiche suggerite dalla Convenzione multilaterale, risulta ben più stringente della posizione OCSE. Per quanto riguarda in particolare la conclusione di contratti e,

²⁵ Viene in tal caso segnalato tutto il *network* degli 84 trattati bilaterali.

quindi, la nozione di stabile organizzazione personale, la Corte²⁶ ha affermato che il potere di concludere contratti non si riferisce soltanto al caso di un effettivo potere di svolgere trattative e di determinare il contenuto del contratto, ma anche a quello “in cui l’agente, pur avendo un potere di rappresentanza, deve uniformarsi a ordini e direttive della società” e ciò in quanto “l’ipotesi di effettiva partecipazione alle trattative, senza poteri rappresentativi, e quella di rappresentanza devono considerarsi alternative”. Questa posizione poneva l’Italia in contrasto con il Modello OCSE il cui Commentario riteneva che la partecipazione alle trattative non fosse sufficiente per configurare la stabile organizzazione personale tanto che la Cassazione abitualmente riteneva questo chiarimento *tamquam non esset* affermandosi che nessuna rilevanza può essere riconosciuta a tale modifica “in quanto, a parte il valore non normativo del Commentario”, essa “ha costituito oggetto di riserva espressa da parte del Governo italiano, secondo la quale nell’interpretazione del Modello di convenzione l’Italia non può disattendere quella data dai propri giudici nazionali” (Cass., sent. 30 ottobre 2015, n.43809, Cass., sent. 8 ottobre 2014, n.41947; Cass., sent. 28 luglio 2010, n.29724.). Per la Cassazione resta fermo che la mera partecipazione alle trattative è sempre in grado di rappresentare un collegamento con l’ordinamento tale da giustificare il prelievo tributario.

L’Italia si è poi riservata di non applicare il primo paragrafo del comma 1 dell’art. 16 sulla procedura amichevole della Convenzione multilaterale, in quanto ha deciso di soddisfare il *minimum standard* per il miglioramento della risoluzione delle controversie ai sensi del pacchetto BEPS OCSE/G20 assicurando che ai sensi di ciascuno dei suoi Accordi fiscali coperti (diversi da un Accordo fiscale coperto che consente ad una persona di sottoporre un caso all’autorità competente di una delle due Giurisdizioni contraenti), qualora una persona ritenga che le misure adottate da una o da entrambe le Giurisdizioni contraenti comportano o comporteranno per tale persona un’imposizione non conforme alle disposizioni dell’Accordo fiscale coperto, indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale di tali

²⁶ In particolare Cass., sent. 9 aprile 2010, n. 8488.

Giurisdizioni contraenti, detta persona può sottoporre il caso all'autorità competente della Giurisdizione contraente di cui la persona è residente oppure, se il caso sottoposto da tale persona rientra nell'ambito di una disposizione di un Accordo fiscale coperto relativa alla non discriminazione in base alla nazionalità, della Giurisdizione contraente di cui tale persona ha la nazionalità; e l'autorità competente di detta Giurisdizione contraente effettua una notifica bilaterale o un processo di consultazione con l'autorità competente dell'altra Giurisdizione contraente per i casi in cui l'autorità competente alla quale è stato sottoposto il caso di procedura amichevole non consideri fondato il reclamo del contribuente.

L'Italia ha, invece, optato per l'applicazione dell'arbitrato obbligatorio e vincolante.

L'Italia ha aderito, però, alla riserva prevista dall'articolo 24, comma 2, secondo cui non deroga alle disposizioni previste dall'articolo 19, paragrafo 4, della stessa Convenzione multilaterale la decisione arbitrale non è vincolante per le Giurisdizioni contraenti di un Accordo fiscale coperto, qualora le rispettive autorità competenti concordino una diversa risoluzione di tutte le questioni non risolte, entro i tre mesi di calendario successivi alla comunicazione alle stesse della decisione arbitrale.

Infine, l'Italia ha anche notificato che si riserva il diritto di applicare tale procedura arbitrale ai casi presentati ad una competente autorità prima che la Convenzione sia divenuta efficace, solo a condizione che vi sia un accordo di tutte e due le Giurisdizioni contraenti sullo specifico caso.

7. L'entrata in vigore ed effetti

La Convenzione è entrata ufficialmente in vigore il primo luglio 2018 avendo la Slovenia depositato lo strumento di ratifica il 22 marzo 2018, preceduta dall'Austria (22 settembre 2017), Isola di Man (19 ottobre 2017), Jersey (15 dicembre 2017) e Polonia (23 gennaio 2018). In base all'art. 34 della stessa, infatti, l'entrata in vigore si ha per effetto del deposito della ratifica da parte di almeno cinque giurisdizioni aderenti, decorsi tre mesi dall'ultimo deposito di ratifica, accettazione o approvazione.

La sua entrata in vigore porterà il Convenzione multilaterale all'esistenza legale²⁷ solo in queste cinque giurisdizioni e avrà effetto come segue:

- a partire dal 1° gennaio 2019, in relazione alle ritenute alla fonte sulle somme pagate o accreditate a non residenti, e
- per i periodi imponibili che iniziano dopo tale data (ossia dopo la scadenza di un periodo di sei mesi dalla sua entrata in vigore), rispetto a tutte le altre imposte.

La Convenzione multilaterale entrerà in vigore per ulteriori giurisdizioni il primo giorno dopo un periodo di tre mesi dalla presentazione dei rispettivi strumenti di ratifica. Una volta ratificato, lo Strumento Multilaterale riguarderà solo i trattati sulla doppia imposizione conclusi con altre giurisdizioni che hanno ratificato la Convenzione e che hanno incluso anche quel trattato nell'elenco degli "Accordi fiscali coperti" o "*Covered Tax Agreements*".²⁸

Per meglio chiarire, ciascuna giurisdizione aderente, oltre le cinque che hanno reso possibile l'entrata in vigore della Convenzione multilaterale, deve aver ratificato la Convenzione bilaterale nel proprio ordinamento giuridico con effetto multilaterale, nei confronti di tutti gli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione e

²⁷ Infatti per quanto riguarda l'efficacia delle disposizioni contenute nella Convenzione multilaterale, l'art. 35 stabilisce che esse producono effetto:

per le imposte prelevate con ritenute alla fonte, quando il fatto generatore di tali imposte si verifica a decorrere dal primo giorno dell'anno solare successivo che inizia a decorrere dall'ultima delle date in cui entra in vigore per ciascuno dei due Stati;

per le altre imposte prelevate con riferimento ai periodi d'imposta che iniziano alla, o successivamente alla, conclusione di un periodo di sei mesi di calendario (o di un periodo più breve se vi è una volontà in tal senso delle parti) a decorrere dall'ultima delle date in cui la presente Convenzione entra in vigore per ciascuna dei due Stati.

Per quanto riguarda le ritenute, come evidenzia il paragrafo 32 delle Note esplicative alla Convenzione multilaterale, se la Convenzione entra in vigore per lo Stato A il 1° marzo 2018 e per lo Stato B il 1° marzo 2019, essa avrà efficacia per i pagamenti avvenuti dal 1° gennaio 2020.

²⁸ Ai sensi della Convenzione, "l'espressione "Accordo fiscale coperto" designa un accordo per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito (che tale accordo si applichi o meno ad altre imposte):

i) in vigore tra due o più:

A) Parti; e/o

B) giurisdizioni o territori che sono parti di un accordo di cui sopra e delle cui relazioni internazionali è responsabile una Parte; e

ii) rispetto al quale ciascuna di tali Parti ha effettuato una notifica al Depositario che indica tale accordo nonché qualsiasi strumento di modifica o di accompagnamento ad esso relativo (identificati da titolo, nome delle parti, data della firma, e, se applicabile al momento della notifica, data di entrata in vigore) come un accordo che desidera sia coperto dalla presente Convenzione".

con i quali è in vigore un Trattato contro le Doppie Imposizioni e aver depositato lo strumento di ratifica presso l'OCSE.

La Convenzione multilaterale, cioè, modifica solo gli accordi fiscali, in vigore tra due o più Parti,²⁹ rispetto ai quali ciascuna ha effettuato la notifica al Depositario (c.d. *Covered Tax Agreements* o "CTA").

La Convenzione multilaterale, una volta entrata in vigore, recepita e depositata, diverrà una legge di diritto interno, da rispettare esattamente come le singole convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore.³⁰

A tal proposito è bene chiarire se il trattato multilaterale sia *self-executing*, cioè direttamente applicabile e vincolante per i contribuenti, ovvero richieda una ratifica per ciascun Convenzione bilaterale notificata dai Paesi firmatari.³¹

Il tema è rilevante perché la convenzione multilaterale è un trattato di diritto internazionale pubblico che deve essere ratificato dagli Stati firmatari (art. 27, comma 2) e che, a differenza del Modello OCSE e del suo commentario, non rappresenta uno strumento per l'interpretazione delle convenzioni bilaterali esistenti, essendo finalizzato a creare norme giuridiche operanti a livello internazionale e negli ordinamenti degli Stati contraenti.

Sulla base dei lavori preparatori svolti in sede OCSE, del testo dell'art. 1 e tenuto conto della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ed anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, si può ritenere confermata la natura *self-executing* dello strumento, potendo occorrere uno specifico protocollo integrativo esclusivamente con riferimento ai casi in cui il trattato bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello

²⁹ In base all'art. 2 lett. b) della Convenzione Il termine "Parte" designa:

i) uno Stato per il quale la presente Convenzione è in vigore, ai sensi dell'Articolo 34 (Entrata in vigore); oppure

ii) una giurisdizione che ha firmato la presente Convenzione ai sensi del sottoparagrafo b) o c) del paragrafo 1 dell'Articolo 27 (Firma e ratifica, accettazione o approvazione) e per la quale la presente Convenzione è in vigore in conformità all'Articolo 34 (Entrata in vigore).

³⁰ In tal senso, la Convenzione multilaterale differisce sostanzialmente dal Modello OCSE e dal suo commentario che, invece, rappresentano una guida per la negoziazione dei trattati bilaterali e un ausilio per la loro interpretazione.

³¹ Vedasi A. CRAZZOLARA, *Il Trattato Multilaterale BEPS è self-executing?*, in *Rivista di diritto tributario, on-line*, 24 maggio 2017.

OCSE.

L'art.1 infatti rubricato *Scope of the Convention* sancisce che "This Convention modifies all Covered Tax Agreements as defined in subparagraph a) of paragraph 1 of Article 2 (Interpretation of Terms)" (La presente Convenzione modifica tutti gli accordi fiscali coperti come definiti nella lettera a) del paragrafo 1 dell'articolo 2 (Interpretazione dei termini)).

Secondo l'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 il testo è l'elemento primario per l'interpretazione dei trattati internazionali. Dunque, sembrerebbe che il significato dell'articolo 1 di cui sopra debba essere proprio quello che il trattato multilaterale abbia come effetto quello di modificare direttamente le convenzioni bilaterali notificate all'OCSE secondo le modalità indicate dagli Stati firmatari.

Una Convenzione bilaterale verrebbe automaticamente modificata ove entrambi gli Stati contraenti l'avessero notificata come Accordo fiscale coperto.

In caso contrario, se cioè non considerassimo la Convenzione *self-executing* perché le *compatibility clauses* sarebbero estremamente generiche, peccando di precisione e chiarezza violando il principio della determinatezza, spesso valorizzato al fine di valutare la natura *self-executing* delle norme internazionali pattizie, allora dovrebbe essere stipulato per ogni singola convenzione bilaterale un protocollo di modifica, il quale dovrebbe poi essere ratificato. In alternativa, potrebbero essere gli Stati contraenti a porre rimedio alla predetta indeterminatezza attraverso apposite norme di adattamento dell'ordinamento nazionale al trattato multilaterale.

Rimane il fatto che la notifica di un Accordo fiscale coperto è possibile anche dopo il deposito dello strumento di ratifica del trattato multilaterale.³² Ne consegue che uno Stato firmatario del trattato multilaterale finché non abbia raggiunto un accordo con l'altro Stato contraente sull'esatto testo delle modifiche da apportare ad una determinata Convenzione, potrebbe esimersi dal notificare quella

³² Cfr. art. 29, comma 5, primo periodo: "A Party may extend at any time the list of agreements notified under clause ii) of subparagraph a) of paragraph 1 of Article 2 (Interpretation of Terms) by means of a notification addressed to the Depository").

Convenzione come Accordo fiscale coperto: in altri termini potrebbe notificare la Convenzione solo dopo il perfezionamento dell'accordo con l'altro Stato contraente. A tale proposito vi sarebbe anche la possibilità di stipulare un nuovo trattato bilaterale tra le parti contrattuali comprensivo delle disposizioni del trattato multilaterale per le quali gli Stati contraenti si sono impegnati. Anche in tale caso sarebbe necessaria la notifica al depositario del trattato multilaterale. Agendo così però si violerebbe l'obiettivo di speditezza perseguito dalla Convenzione multilaterale.

Si ritiene, al contrario, che la critica di vaghezza rivolta alle *compatibility clause* non colpisca nel segno e che, pertanto, la necessità di uno specifico protocollo integrativo si presenti esclusivamente con riferimento ai casi in cui la convenzione bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello OCSE (qui inteso come inclusivo delle clausole pattizie alternative e supplementari proposte nel relativo Commentario).

8. Conclusioni

La Convenzione multilaterale rappresenta, dunque, uno strumento altamente innovativo nel panorama internazionale.

Superando le difficoltà delle rinegoziazioni bilaterali, agevolando l'uniformità dei criteri di interpretazione, divenendo strumento di supporto per i Paesi in via di sviluppo che hanno oggettivamente difficoltà di ordine pratico connesse all'implementazione delle misure BEPS e offrendogli la possibilità di beneficiare al meglio, in coordinamento con i Paesi sviluppati, dei risultati del Progetto BEPS. La Convenzione multilaterale garantisce anche il principio della certezza del diritto e, avvalendosi dell'enorme mole di lavoro delle azioni condotte in sede BEPS, interviene su molte questioni importanti del diritto tributario internazionale con soluzioni mirate.

Quindi se da un lato gli obiettivi della Convenzione sono evidenti e lodevoli, dubbi restano per il loro effettivo raggiungimento.

Il riferimento è *in primis* alle riserve che se da un lato rappresentano un "punto

di forza” per gli Stati che vedranno così ampliato il loro margine di intervento, sono al contempo un “punto di debolezza” in quanto depotenzieranno l’immediatezza dell’applicazione del Convenzione multilaterale. Anche se questa impostazione si giustifica per il fatto di assicurare, comunque, agli Stati una riserva di sovranità.

Si aggiunga poi l’ampia flessibilità, rappresentata dalla possibilità di escludere talune convenzioni bilaterali, di esprimere oltre alle riserve di cui prima, anche opzioni; la possibilità di subordinare l’effettiva applicazione di talune disposizioni a un procedimento di reciproca notifica (al di fuori del c.d. *minimum standard*), con l’effetto di un ridimensionamento degli impatti che concretamente tale strumento sarà in grado di determinare. Ridimensionamento reso ancor più accentuato se si considera anche l’astensione di talune importanti giurisdizioni, in *primis* gli Stati Uniti.

Infine, pur riconoscendo il notevole sforzo dell’OCSE, che ha messo a disposizione un valido *database*, la concreta applicazione della Convenzione multilaterale appare complessa e presuppone necessariamente un’analisi caso per caso.

Si aggiunga che le stesse imprese saranno poste di fronte a problematiche di ordine economico e giuridico. Di ordine economico per gli aggravii che potrebbero derivare dalla maggiore tassazione alla fonte che la Convenzione multilaterale prevede nella ridefinizione di alcune ipotesi di stabile organizzazione e per le plusvalenze su partecipazioni il cui valore deriva principalmente da beni immobili; di ordine giuridico, considerata l’assenza di coordinamento con la normativa UE, la giurisprudenza e la norma interna.

Infine bisogna evidenziare che l’approccio della Convenzione multilaterale è per casi, piuttosto che per principi non ponendo così le basi per la realizzazione di un vero e proprio diritto tributario internazionale consuetudinario. Occasione ormai mancata.

Gli Enti altruistici e gli Enti del Terzo Settore: un modo nuovo di occuparsi del bene comune, riconosciuto anche dal sistema fiscale

di Vincenzo Bassi

Professore a contratto di Diritto tributario presso la Lumsa e Avvocato

ABSTRACT

The altruistic corporate bodies and the Third Sector Entities are the bodies that carry out activities of general interest, respecting principles such as democracy, non-discrimination and equal opportunities. But above all, these are activities that are not directed to the market, but to people and communities in situations worthy of protection or to the members of the institutions themselves.

Starting from this fact of reality and analyzing precisely the function of these entities (which have become for different reasons, essential instruments, subsidiarity, universalist solidarity for the benefit of the common good), it is easier to understand why the special tax treatment granted to altruistic bodies and ETS complies with a correct determination of the taxable income, without constituting a privilege or facilitation.

SINTESI

Gli enti altruistici e gli Enti del Terzo Settore sono gli enti che svolgono attività di interesse generale, nel rispetto di principi come la democraticità, la non discriminazione e pari opportunità. Ma soprattutto si tratta di attività non dirette al mercato, ma a persone e comunità in situazioni meritevoli di tutela oppure ai soci degli enti stessi.

Partendo da questo dato della realtà e analizzando proprio la funzione di questi enti (divenuti per ragioni diverse, essenziali strumenti, sussidiari, di solidarietà universalistica a vantaggio del bene comune), è più facile comprendere perché il trattamento fiscale speciale riconosciuto agli enti altruistici e agli ETS è conforme ad una corretta determinazione degli imponibili, senza costituire un privilegio o agevolazione.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La soggettività passiva degli enti non lucrativi (ENL) ai fini delle imposte sul reddito e i criteri per valutare la rilevanza fiscale dei loro incrementi patrimoniali – 3. Enti associativi: contributi associativi e corrispettivi specifici - differenze – 4. Disciplina speciale prevista per gli enti altruistici e gli ETS (escluse le imprese sociali): il requisito della democraticità, di pari opportunità ed eguaglianza – 5. Conclusioni

1. Premessa

La “socialità”, intesa come esigenza umana di interagire con altri uomini costituisce la ragione prima della sua tendenza ad organizzarsi in strutture, in prima battuta economico-produttive e “politico-giuridiche”. C’è tuttavia, tra questi due

grandi, ed estremi, comparti, anche un'organizzazione "privata", ma non diretta al mercato, non a caso denominata "terzo settore", senza scopo di lucro, i cui avanzi di gestione sono destinati agli scopi organizzativi (ENL acronimo per enti non lucrativi).

Sulla base della definizione appena riportata è possibile sin d'ora concludere che l'ENL si caratterizza in quanto (a) soggetto giuridico diverso dalle persone fisiche, (b) dotato di un'autonomia patrimoniale, (c) strumentalmente finalizzata al perseguimento delle finalità non lucrative, tipiche (c.d. istituzionali) dell'ente stesso.

(a) Definire l'ENL un soggetto giuridico diverso dalle persone fisiche significa innanzitutto che l'ENL nasce come atto di volontà, c.d. negoziale, espresso da uno o più individui, anche persone fisiche, allo scopo di perseguire finalità specifiche, raggiungibili anche dai singoli ma, in linea di principio, con minore quantità ed ampiezza.

L'ENL sotto un profilo organizzativo può assumere due diverse strutture.

In primis si tratta di una struttura a base associativa (p. es. associazioni, consorzi, comitati, società, cooperative), costituita da una pluralità di associati cui spetta di prendere decisioni, funzionali al perseguimento dello scopo, nonché di fissare (ed eventualmente di modificare) lo scopo stesso dell'ente¹.

Diversi sono invece gli ENL costituiti mediante un vincolo di destinazione impresso ad un patrimonio (p.es. fondazioni). Questo vincolo di destinazione sul patrimonio deve essere impresso attraverso un atto di volontà, negoziale, che disciplina anche il perseguimento, attraverso il patrimonio, degli obiettivi e le modalità di nomina degli amministratori.

Si noti tuttavia che a differenza degli ENL a base associativa, questi enti non sono in linea di principio soggetti alla volontà di un'assemblea degli associati, che nomina liberamente e democraticamente i suoi amministratori, ne decide, rispettando lo statuto, le linee guida e, nel caso, si può sostituire agli amministratori

¹ De Giorgi, *Fondazione e i Comitati*, in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, coordinato da Andrea Zoppini, Vol. I, *Le Fonti e i Soggetti*, Milano, 2009, pp. 412 e ss..

stessi. Conseguentemente l'atto costitutivo riveste, per questo tipo di enti, un'importanza cruciale ed insostituibile in relazione all'organizzazione e alle modalità di svolgimento di quelle funzioni, che, nell'ENL a base associativa, sono realizzate dall'assemblea degli associati.²

(b) Un altro requisito dell'ENL è costituito dal modo nel quale l'organizzazione dell'ente si distacca dai suoi membri (nel caso di struttura associativa) o dal fondatore (in caso di fondazione), fino a costituire un soggetto a sé stante distinto dagli individui che lo compongono o che ad esso danno vita.

A ben guardare nel nostro ordinamento sussiste una sorta di gradualità che parte da una struttura più elementare, in cui non si ravvisa alcuna distinzione tra i singoli membri e l'ente, per giungere a strutture in cui l'ente è perfettamente distinto dai singoli, anche dal punto di vista patrimoniale.

Il primo tipo di struttura è quella tipica della comunione o dei condomini, in cui la proprietà dei beni è dei singoli partecipanti. Il patrimonio di questi ultimi è infatti direttamente costituito (*pro-quota*) dai beni di cui sono composti la comunione o il condominio (di edifici)³.

A differenza degli altri enti associativi, lo scopo della comunione o del condominio non è quindi quello di svolgere attività dirette al perseguimento di fini separati e distinti dai singoli "comunisti" (ovvero partecipanti alla comunione o al condominio), ma quello di agevolare il godimento diretto ed individuale di determinati beni da parte dei "comunisti".⁴

² *Ibidem*, pp. 372 e ss.

³ A proposito dell'insussistenza della soggettività giuridica riferibile all'istituto della comunione, cfr. *ex pluribus* Cass. 31 marzo 2006, n.7629, Cass. 27 dicembre 2004, n.23994, nonché Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, pp.139 e 263, e A.A.V.V. *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, *Comunione*, p. 426, Torino 2004. Si tratta di una concezione di comunione legata allo schema individualistico della proprietà e all'idea che tutti i comunisti (e non la comunione come soggetto giuridico) hanno diritto su tutto il bene; *contra* i sostenitori della teoria collettivista che tendono a riconoscere nella comunione un'organizzazione distinta rispetto ai comunisti (per esempio Branca, *Comunione, Condominio negli edifici*, in "Commentario del Codice civile a cura di A.Scialoja e G. Branca", Bologna, Roma, 1982, pp. 8 e 9).

⁴ L'esercizio in comune di un'attività economica, a differenza del mero godimento, implica infatti l'utilizzo dinamico (e strumentale) dei beni comuni allo scopo di produrre nuova ricchezza e di non limitarsi a percepirne i soli frutti (cfr. *inter alia*, Gazzoni *ibidem*, p. 1257; Cass. 10 novembre 1992 n.12087). A tal proposito si ricordi che non rientra nel mero godimento degli stessi beni, l'ipotesi in cui l'esercizio dell'attività ha ad oggetto non solo l'attività (ancorché prevalente) di godimento di

Diverso è invece il caso delle associazioni, delle società di persone o di altre strutture a base associativa, che, benché non dotati di un riconoscimento da parte dell'autorità pubblica, hanno una soggettività distinta da quella dei singoli partecipanti. Questi ultimi non sono direttamente (ancorché *pro-quota*) proprietari dei beni dell'associazione o delle società ma sono proprietari di quote (per es. associative o societarie) e, in linea di principio, possono essere titolari di diritti amministrativi (p. es. il diritto di voto) e patrimoniali (attraverso p.es. la fruizione dei servizi del circolo o della associazione, oppure di beni per specifiche finalità associative), con i quali indirettamente potrebbero beneficiare dei beni e dell'attività propria dell'ente di cui sono partecipanti.

Gli enti riconosciuti (p. es. associazioni riconosciute, società di capitali o fondazioni) sono invece dotati di autonomia patrimoniale perfetta, che li distingue dalle persone degli associati e del fondatore.

In sostanza può dirsi che sia gli ENL riconosciuti sia quelli non riconosciuti hanno una propria soggettività distinta dai membri o dal fondatore o dai promotori. Essi sono quindi centri di imputazione autonoma di effetti giuridici, che conseguono, da un lato, all'attribuzione di diritti e doveri da parte dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, all'esercizio di tali diritti in funzione strumentale al perseguimento dello scopo cui è vincolato il fondo in dotazione dell'ENL. Questi enti hanno dunque una capacità giuridica e una capacità d'agire loro propria, del tutto autonoma e distinta rispetto a quella degli individui che li hanno creati. Sono perciò autonomi e distinti soggetti di diritto.

Dove questi soggetti (enti "riconosciuti" e "non riconosciuti") si distinguono, è rappresentato dalla autonomia di cui gode il loro patrimonio rispetto a quello dei singoli (p. es. associati, soci, fondatore) – autonomia che gli ENL possono avere in

beni mobili ed immobili, ma anche il loro acquisto reimpiegando i frutti prodotti dagli immobili (cfr Cian Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, commento sub. Art. 2247, paragrafi VIII e IX). I comunisti si limitano al mero godimento di un bene in comunione, se si limitano alla gestione statica. Per gestione statica si intende per esempio l'utilizzo diretto del bene secondo la destinazione sua propria (Cass. n.12087 cit.) oppure la riscossione dei frutti (civili: art. 820 cc) connessi ai beni in comunione (come nell'ipotesi per esempio dei canoni di locazione oppure proventi da titoli; cfr. Gazzoni, *ibidem*, p. 192) oppure l'esecuzione delle opere di mantenimento o miglioramento sugli immobili, in funzione conservativa.

modo perfetto oppure in modo imperfetto. L'autonomia perfetta è propria solo degli enti riconosciuti, quelli cioè dotati di personalità giuridica, attribuita se sono rispettate le condizioni stabilite dall'ordinamento giuridico. Ciò nonostante, anche gli ENL che non sono riconosciuti e quindi non sono dotati di personalità giuridica, sono soggetti autonomi di diritto. Infatti una cosa è godere della capacità giuridica e capacità d'agire, altra cosa è godere della personalità giuridica, che è attribuita essenzialmente allo scopo di far conseguire all'ENL, una perfetta autonomia patrimoniale.⁵

(c) Quanto al requisito dello scopo non lucrativo, si intende tradizionalmente uno scopo "ideale" non economico, contrapposto a uno esclusivamente economico, consistente direttamente o indirettamente nella distribuzione di utili a favore di quei soggetti che apportano capitale. La ripartizione, da parte di un ente lucrativo, degli utili tra i soggetti "apportanti" segue generalmente come criterio principale proprio la proporzionalità dell'apporto (*amplius infra*).

Pertanto la lucratività o meno di un ente non discende dall'economicità o meno dell'attività svolta, ma dal fatto che il capitale, come fattore della produzione, sia o meno remunerativo per i soggetti che lo hanno apportato nell'ente.

Quanto allo scopo da perseguire, gli ENL non sono tutti uguali e occorre precisare le specificità all'interno della categoria generale.

In particolare, se è vero che, da un punto di vista patrimoniale, gli ENL, in linea di principio, reinvestono gli avanzi di gestione per gli scopi organizzativi, è altrettanto vero che gli ENL possono svolgere attività d'impresa.

Il beneficiario delle attività svolte dagli ENL che non svolgono attività d'impresa, è non tanto il mercato, quanto piuttosto i soci degli enti stessi.

Infine, non tutti gli ENL concorrono al bene comune.⁶

Per questo, all'interno della categoria degli ENL, esistono enti altruistici.

Tra tali enti sono ricompresi, a titolo non esaustivo, le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, sportive dilettantistiche (*ut infra*) e,

⁵ *Ibidem*, pp. 406 e ss..

⁶ Per esempio, gli ENL possono perseguire altresì scopi egoistici come l'intrattenimento, ludico o culturale, dei partecipanti.

successivamente all'introduzione del d.lgs. 3 luglio 2017 n.117, gli Enti del Terzo Settore (ETS).

Sono ETS le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale⁷ in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro,

⁷ Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n.117/2017, tali attività, esclusa l'ipotesi delle imprese sociali, hanno a oggetto:

"a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n.328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n.104, e alla legge 22 giugno 2016, n.112, e successive modificazioni;

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n.53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;

e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi;

f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.42, e successive modificazioni;

g) formazione universitaria e post-universitaria;

h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;

i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n.223, e successive modificazioni;

k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;

m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore;

n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n.125, e successive modificazioni;

o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed

beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore (art. 4 del d.lgs n.117/2017).

2. La soggettività passiva degli ENL ai fini delle imposte sul reddito e i criteri per valutare la rilevanza fiscale dei loro incrementi patrimoniali

Da un punto di vista fiscale, si riscontra una sostanziale simmetria rispetto al dato civilistico con qualche eccezione.⁸

Nello specifico, pur potendo sembrare particolarmente ampia la categoria dei soggetti passivi,⁹ occorre precisare che l'interpretazione della stessa porta a

internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile;

p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n.106;

q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;

r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti;

s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n.141, e successive modificazioni;

t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche;

u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n.166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo;

v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata;

w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n.53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n.244;

x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n.184;

y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n.225, e successive modificazioni;

z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata".

⁸ In particolare, ai fini delle imposte sul reddito, i c.d. soggetti trasparenti, come le società di persone (art. 5 del DPR 22 dicembre 1986 n.917, da qui in poi Tuir), pur godendo di una soggettività giuridica ai fini civilistici, non hanno una soggettività passiva.

⁹ Per quanto riguarda la soggettività passiva ai fini IRES, l'art. 73, co. 1, del TUIR n.917/1986, individua tra i soggetti passivi dell'imposta, le società di capitali ed altri enti societari individuati ad esse equiparati (cfr. lett. a), gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust (lett. b e c), le società e gli enti di ogni tipo non residenti nel territorio dello stato (lett. d). Il successivo comma 2 dell'art. 73 precisa che "tra gli enti diversi dalle società di cui alle lett. b e c del comma 1 si comprendono, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo".

escludere la soggettività tributaria in presenza di qualsiasi organizzazione di persone e/o beni.

Proprio con riferimento alle “organizzazioni” di persone (fisiche o giuridiche) e/o di beni, esse sono ricomprese nella categoria dei soggetti passivi ai fini delle imposte dirette, solo se:

(a) esteriormente riconoscibili come strutture distinte rispetto ai soggetti che le compongono (“*organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi*”; tale requisito risulta di regola coincidente con la soggettività giuridica ai fini civilistici¹⁰), e

(b) stabilmente articolate per il raggiungimento di uno scopo preciso, autonomo e comune¹¹. Difatti in forza di questa caratteristica, anche gli enti c.d. “atipici”, ovvero appaeramente privi di soggettività (come le reti d’impresa) se titolari di un potere di disposizione su un patrimonio (distinto e separato), possono esprimere indici di capacità contributiva (art. 53 Cost.), in quanto in condizioni di disporre di un reddito imponibile.

In altri termini, dunque, un’organizzazione, dotata di una certa autonomia soggettiva, diventa soggetto passivo d’imposta ai fini delle imposte dirette, solo se persegue uno scopo preciso e autonomo,¹² servendosi di un patrimonio a esso

¹⁰ Cfr. Gallo, *La soggettività ai fini Irpeg*, in Scritti in memoria di E. Granelli, 1990, Roma, p. 520 e ss.

¹¹ Cfr. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Parte Speciale, Padova, 2008, pp. 233-234.

¹² Tra l’altro, sulle finalità che possono rendere autonomo e distinto un patrimonio è interessante richiamare alcune interpretazioni sulle società di persone (ancorché semplici o di fatto). A tal proposito secondo la Suprema Corte, gli elementi essenziali propri delle società di persone consistono, da un punto di vista civilistico, nella: **a)** previsione dell’esercizio in comune di una determinata attività economica e non di godimento; **b)** conseguente costituzione di un “fondo comune”, vincolato all’esercizio collettivo dell’attività sub a); **c)** costituzione del fondo mediante conferimento da parte di ciascuno dei soci. Per contro non è necessario che l’entità di detti conferimenti debba risultare predeterminata nell’atto costitutivo, ben potendo essere concretamente rapportata alla consistenza economica dell’oggetto sociale e alla specifica operazione programmata (cfr. *inter alia*, Cassazione, prima sezione, 18 dicembre 1998 n.12663 e nel Cassazione 7 aprile 1987 n.3353). Così, non può ritenersi società (nemmeno semplice o occasionale) l’acquisto di un bene da parte di più acquirenti *pro indiviso* con denaro comune; ovvero il contratto con il quale le parti convengono di godere separatamente beni di proprietà comune, nemmeno in presenza di un patrimonio comune, poiché difetta l’ulteriore essenziale elemento dell’esercizio in comune dell’attività economica e la conseguente divisione degli utili. Infatti, il mero godimento del patrimonio immobiliare sarebbe illecito, in quanto la società così costituita sottrarrebbe i beni avuti in gestione alla disciplina della comunione (cfr. art. 2248); *contra* Tribunale di Milano 10 dicembre 2004 secondo cui l’attività di gestione statica dei beni sociali, alla luce del disposto dell’art. 29 della l. 27 dicembre 1997 n.449, può essere svolta nella forma della società

destinato, separato da quello dei partecipanti, da cui l'organizzazione stessa percepisce un reddito, di cui può disporre liberamente sebbene in coerenza con gli scopi sociali.¹³

Al riguardo è stato già osservato (*ut supra*) che un complesso di beni, costituito e mantenuto al solo scopo di godimento dei beni stessi, la cui attività consiste nella gestione statica e non dinamica dei beni di proprietà comune tra più soggetti¹⁴, senza perciò perseguire scopi autonomi ed indipendenti rispetto a quelli dei singoli proprietari, viene definito comunione di mero godimento (cfr. art. 2248 cc), la cui disciplina ricade negli artt. 1100 e ss. c.c..

Sulla base di quanto sopra, quindi, per esempio, la comunione non può essere considerata soggetto d'imposta ai fini delle imposte sul reddito,¹⁵ in quanto non esiste un patrimonio di comunione distinto rispetto al patrimonio dei comunisti, né al patrimonio comune è assegnato (in virtù della convenzione organizzativa che

semplice. Si ritiene tuttavia che il disposto dell'art. 29 della l. n.449/1997 si riferisca solo al caso delle società di capitali di mera gestione (c.d. di comodo). Al contrario, se il godimento di beni è esercitato, ab origine, nella forma della comunione, si applicano le norme sulla comunione (art. 2248 cc).

¹³ A proposito di una fattispecie simile (ancorché diversa) da quella in esame (il Trust, ora espressamente incluso tra i soggetti passivi dall'art. 73 citato), un'organizzazione è stata ritenuta "ente atipico", titolare di capacità contributiva, e perciò soggetto d'imposta ex art. 73 co. 2 del TUIR, se ed in quanto l'ente in questione era connotato, cumulativamente, di determinati elementi costitutivi individuabili (i) nella disponibilità di un patrimonio proprio e separato, (ii) nella percezione di un reddito, e (iii) nel trasferimento della ricchezza nella forma e nei contenuti in cui è prevista la tassazione. Cfr. Delibera SECIT dell'11 maggio 1998 n.37.

¹⁴ Cfr. nota 4.

¹⁵ In questo modo si realizza un opportuno parallelismo tra la disciplina fiscale e quella civilistica. Sul punto della soggettività passiva della comunione cfr. Circolare 13 giugno 1997 n.167 e Comm. trib. centr., sez. XXI, decisione del 2 ottobre 1984 n.8444; decisione del 29 marzo 1985 n.3123; decisione del 27 settembre 1988 n.6331. Si veda anche la datata Cass. 27 novembre 1979 n.6211, sulla insufficienza dell'organizzazione dei rapporti tra i comunisti prevista dal Codice civile a far assumere alla comunione natura di soggetto passivo tributario; allo stesso modo, pare oltremodo utile ricordare le sentenze della Cassazione, Sezioni Unite, del 18 settembre 1970 n.1557 e 6 febbraio 1971 n.312, sulla necessità ai fini della soggettività tributaria, di una effettiva distinzione economico - giuridica tra i patrimoni dell'organizzazione e dei suoi partecipanti, non essendo sufficiente una semplice distinzione organizzativa o amministrativa nei rapporti interni o esterni. Conferme si trovano anche nell'art. 26 co. 2 del TUIR n.917/1986. Inoltre si consideri che il condominio (che come è noto una forma speciale di comunione) svolge le funzioni di sostituto d'imposta, solo a seguito di una modifica all'art. 23 co. 1 del DPR n.600/1973, introdotta dall'art. 21, co. 11, lett. a), n.2, della L. 27 dicembre 1997 n.449. Tuttavia, tale disposizione, avente natura procedurale, rappresenta una mera *fictio iuris*, efficace solo nell'ambito di effettuazione delle ritenute; nessuna modifica è infatti intervenuta in merito alla soggettività tributaria del condominio che, sebbene sostituto d'imposta, non è quindi soggetto passivo IRES.

regola la comunione) uno scopo distinto ed autonomo rispetto a quello dei comunisti (godimento del bene).¹⁶ In sostanza, a differenza dello schema societario, nella comunione il bene comune è l'oggetto del godimento e tale godimento rappresenta il fine della comunione. Nelle società il patrimonio comune è, invece, il mezzo per l'esercizio di un'attività economica.¹⁷

A questo punto, per comprenderne meglio la natura tributaria, non rimane altro che riflettere sulla modalità di determinazione del reddito degli ENL.

Va detto che gli ENL, che non svolgono in via prevalente attività d'impresa, sono considerati enti non commerciali.

Pertanto, come avviene per le persone fisiche, alla formazione del reddito complessivo concorrono i redditi fondiari, di capitali, di impresa¹⁸ e diversi.

A parte le ipotesi di redditi esenti o esclusi per espressa disposizione di legge, non costituiscono reddito, perché non derivano da fattori produttivi come capitale, immobili o lavoro, le somme versate a titolo di contributi associativi, ovvero di somme che trovano la loro ragione nel negozio associativo ed è finalizzata allo svolgimento dell'attività istituzionale a vantaggio quindi dell'ENL e della generalità dei soci (*ut infra*).

La suddetta esclusione dal reddito dei contributi *de quibus* senza alcun vincolo di sinallagmaticità con l'attività svolta dall'ENL non rappresenta alcuna agevolazione, poiché non si tratta di ricchezza novella prodotta dall'ente stesso.

¹⁶ A tal fine rileva anche l'assenza di organi propri della comunione, la cui presenza, invece, è considerata tra gli indici indispensabili di soggettività tributaria (espressivo di capacità giuridica, autonomia patrimoniale e di gestione; cfr. Gallo, *La soggettività ai fini Irpeg, op. cit.*, p. 521; interessante è anche lo spunto di Ficari, *Indici di soggettività tributaria ed art. 87, comma 2, TUIR n.917/1986*, in Riv. Dir. Trib. 1994, II, p. 471, sull'irrelevanza, invece, dell'autonomia contabile ai fini in esame). Nel caso di comunione, infatti, il suo amministratore "è delegato" dai comunisti a compiere, per conto loro, gli atti di gestione corrente nonché degli atti di ordinaria amministrazione. Pertanto, a differenza degli amministratori di enti, ancorché atipici, dotati di soggettività giuridica, l'amministratore di una comunione è un mandatario (sul punto *ex pluribus* Cass. 3 dicembre 1999 n.13504) e non è perciò titolare di un potere di rappresentanza organica con la comunione, ma di un potere di rappresentanza negoziale, in quanto è chiamato a perseguire gli interessi di ciascuno dei comunisti. Sulla differenza tra rappresentanza organica e negoziale cfr. Bianca *Diritto civile*, vol. 3, "Il Contratto" 1993, Milano, pp.75 e ss..

¹⁷ Sul punto cfr Cass. 1 aprile 2004 n.6361. Analoghe caratteristiche distintive, sotto il profilo dell'autonomia patrimoniale e dell'assegnazione a tale patrimonio di uno scopo diverso da quello di altri soggetti, possono rinvenirsi nel confronto tra le comunioni e le associazioni non riconosciute.

¹⁸ A proposito dei presupposti per la produzione del reddito d'impresa da parte degli ENL *ut infra*.

Per le stesse ragioni non concorrono alla formazione del reddito

- i fondi pervenuti grazie a raccolte pubbliche occasionali, svolte anche mediante vendita di beni di modico valore o di servizi a favore di coloro che fanno delle offerte, e
- i contributi corrisposti da Amministrazioni pubbliche ai predetti enti per lo svolgimento convenzionato o in regime di accreditamento (art. 143, comma 3 del DPR 22 dicembre 1986 n.917, da qui in poi Tuir).¹⁹

3. Enti associativi: contributi associativi e corrispettivi specifici - differenze

Come già sottolineato, con riguardo agli enti associativi,²⁰ non rilevano ai fini fiscali (IRES e IVA) le somme versate dagli associati o dai partecipanti a titolo di quote o di contributi associativi destinati ad essere utilizzate per le finalità e nell'interesse generale dell'ente.

Per contributi associativi si possono intendere, per esempio, le quote o, in generale, i liberi contributi dei soci versati alle associazioni, per finanziare le attività

¹⁹ Alcuni esempi di raccolta fondi possono essere le vendite di piante, oggetti artigianali, prodotti alimentari, o le organizzazioni di lotterie, tombole, pesche di beneficenza. Deve trattarsi di iniziative occasionali (non più di due in un anno) e la raccolta di fondi deve avvenire in concomitanza di celebrazioni, ricorrenze o campagne di sensibilizzazione.

La somministrazione di cibi e bevande, esercitata nelle medesime circostanze di tempo e di luogo, rientra negli estremi della raccolta pubblica di fondi e, dunque, nei termini di esclusione dal reddito; infine, anche relativamente alle sponsorizzazioni, nel caso in cui il marchio di un'impresa venga associato al logo dell'ente non profit, nell'ambito di una raccolta occasionale di fondi promossa dallo stesso ente, si ritiene che i proventi in questione non assumano rilevanza reddituale.

²⁰ Ai fini fiscali, il legislatore ha voluto applicare il trattamento di cui all'art. 148, comma 1, primo periodo del TUIR non a un modello tipico di associazione ma, in generale, a tutti gli "enti non commerciali di tipo associativo". A tal proposito è utile ricordare che la natura non commerciale dell'ente è data – come già precisato – dal fatto che l'ente non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale, mentre l'appartenenza dell'ente alla categoria di quelli di tipo associativo è determinata dal vincolo associativo, che unisce più individui in forza dell'«adesione al contratto sociale e dalla conseguente acquisizione della qualità di socio» (Cass. civ. Sez. I, 28 marzo 2007, n.7646 a proposito degli associativi rientranti nella categoria "cooperativa"). L'essenza del fenomeno associativo deve, infatti, essere ricercata nell'obiettivo che i soci vogliono perseguire vincolandosi associativamente. A differenza del caso dei contratti di scambio (in cui le parti perseguono scopi contrapposti e la prestazione di ciascuna va direttamente ed esclusivamente a vantaggio dell'altra parte), aderendo ad un ente associativo, l'individuo persegue il medesimo scopo di altri soggetti. Pertanto il vantaggio del socio è raggiunto indirettamente, se l'ente associativo persegue il suo scopo sociale. Per questo, gli enti associativi rientrano nella categoria dei negozi giuridici plurilaterali, con comunione di scopo (sul punto cfr. Galgano, Diritto Civile, Vol. II, Tomo I, Padova, 1993, p. 261).

dell'ente. Il versamento della suddetta quota o dei liberi contributi trova (*ut supra*) la sua ragione nel negozio associativo (e nella conseguente acquisizione da parte dell'associato o del partecipante della qualità di socio) e non in un differente rapporto contrattuale (di scambio) tra l'ente associativo e il socio. Infatti, l'attività istituzionale dell'associazione – finanziata come sopra – è rivolta al perseguimento dello scopo voluto dalla generalità degli associati, escludendo così un nesso di sinallagmaticità tra le somme versate dai soci (a titolo di quote o contributi associativi) e l'attività svolta dall'associazione stessa.²¹

A una attenta analisi, non dovrebbe rilevare in generale l'uguaglianza quantitativa delle quote associative. Infatti, potrebbe accadere che alcuni soci versino quote maggiori, sulla base di quanto stabilito nel negozio associativo. L'ammontare della quota costituisce una vicenda attinente ai rapporti tra i soci e non incide sul vincolo di destinazione del contributo, che rimane finalizzato all'interesse generale dell'ente associativo e non dà luogo al diritto ad alcuna controprestazione specifica.

Viceversa sono generalmente rilevanti ai fini IRES e IVA, i proventi prodotti dalle associazioni nell'esercizio di attività commerciali.²² A tal proposito è utile ricordare che non si considerano attività commerciali quelle attività svolte dalle associazioni «*in conformità alle loro finalità istituzionali*» (art. 148, co. 1 del Tuir, e art. 4, co. 4

²¹ Sul punto della natura non sinallagmatica delle quote associative, ex pluribus cfr. Commissione tributaria Regionale di Bologna, Sent. n.30/09/2000 del 17 febbraio 2000, Ris. DRE Lombardia n.47792/08, Ris. n.431323 del 7 marzo 1992, Ris. n.108 del 6 luglio 1996, Nota n.330070 del 1° luglio 1981, Nota n.360081 del 10 marzo 1986.

²² La commercialità dell'attività svolta sussiste, quindi, qualora detta attività sia caratterizzata dai connotati tipici della professionalità, sistematicità e abitudine, ancorché non esclusiva. In base all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, ribadito, peraltro, dall'Agenzia delle Entrate nelle risoluzioni n.148/E del 20 maggio 2002, n.204/E del 20 giugno 2002, n.273/E del 7 agosto 2002 e n.286/E dell'11 ottobre 2007, «la abitudine, sistematicità e continuità dell'attività economica... vanno intese in senso non assoluto, ma relativo», per cui la qualifica di imprenditore si determina anche in conseguenza del compimento di un unico affare, in considerazione della sua rilevanza economica e della complessità delle operazioni in cui si articola, implicanti la necessità del compimento di una serie coordinata di atti economici. A tal proposito, la Corte di Cassazione, con sentenza del 29 agosto 1997, n.8193, richiamata dalle citate risoluzioni n.204/E, n.273/E del 2002 e n.286/E del 2007, ha affermato che affinché ricorra la figura dell'imprenditore commerciale «non è necessario... che la funzione organizzativa dell'imprenditore» costituisca «un apparato strumentale fisicamente percepibile, poiché quest'ultimo può ridursi al solo impiego di mezzi finanziari, sicché la qualifica di imprenditore va attribuita anche a chi utilizzi e coordini un proprio capitale per fini produttivi».

del DPR n.633/1972). In altre parole, la stessa attività culturale (per esempio la gestione di un museo) può non considerarsi attività commerciale se è svolta da un ente, il quale, ancorché in modo organizzato e professionale, persegue, come finalità istituzionale, lo sviluppo e la promozione culturale a vantaggio di una comunità e non allo scopo di accrescere il proprio patrimonio attraverso l'avanzo di gestione. In un simile contesto, l'ente può raggiungere anche un equilibrio economico, senza perciò che l'attività *de qua* perda la sua natura di attività non commerciale.²³

Al contrario, la stessa attività va ritenuta commerciale, se l'ente svolge quel determinato servizio allo scopo principale di accrescere il proprio patrimonio.

Tuttavia, vi sono delle circostanze che, per presunzione,²⁴ costituiscono elementi connotativi di un'attività commerciali.

In particolare, si tratta di quei proventi realizzati dalle stesse associazioni a seguito di cessioni di beni e di prestazioni di servizi, da loro rese, generalmente, in

²³ Infatti, un ente non commerciale, con spese generali nulle o molto basse (perché proprietario dei beni strumentali) o comunque coperte da proventi derivanti da altre categorie di reddito (fondiario, di capitali e diversi), può svolgere attività in conformità alle proprie finalità istituzionali, verso pagamenti di corrispettivi che non eccedono i costi di diretta imputazione. In questo modo, l'ente, pur essendo in equilibrio economico e finanziario, non svolge attività commerciale.

²⁴ A seconda dei casi le presunzioni sono *juris et de jure* oppure *juris tantum*.

In particolare, se l'ente non commerciale pone in essere attività commerciali e industriali (art. 2195 c.c.), i relativi proventi rientrano, per presunzione *juris et de jure*, nell'ambito del reddito d'impresa, e ciò sebbene le suddette attività siano svolte da enti non commerciali privi di organizzazione e professionalità (art. 143, co. 1, secondo periodo del Tuir).

Negli altri casi, si tratta di presunzione *juris tantum*, per la quale cioè è prevista prova contraria. Infatti sebbene il corrispettivo versato all'ente associativo sia un corrispettivo specifico, è possibile che la prestazione dell'ente associativo, collegata al corrispettivo, non sia resa nell'esercizio di un'attività commerciale, ovvero priva di organizzazione, professionalità e del rispetto di criteri di economicità. Se, al contrario, la presunzione *de qua* fosse *juris et de iure*, quindi assoluta, senza prova contraria, sussisterebbe una disparità di trattamento tra soggetti passivi: da una parte, gli enti non commerciali non associativi e tutti gli altri soggetti passivi, i cui redditi sono considerati fiscalmente d'impresa solo se l'attività da loro svolta possiede i requisiti della commercialità; dall'altra gli enti associativi, i cui proventi sono fiscalmente rilevanti come proventi d'impresa, anche se l'attività svolta non possiede i requisiti della commercialità, e ciò solo perché i corrispettivi hanno la caratteristica della specificità.

Pertanto, tranne nei casi di contratti aleatori, non costituisce provento d'impresa, il corrispettivo specifico non proporzionato economicamente al valore economico della prestazione erogata dall'ente (commutatività). In questo caso, infatti, la prestazione svolta dall'ente associativo non è effettuata nell'esercizio di attività commerciali, poiché i corrispettivi derivanti non eccedono i costi di diretta imputazione. In senso contrario, ai fini IVA, L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, p. 255, secondo cui un'attività può dirsi commerciale anche se è meramente remunerativa dei costi di produzione.

modo abituale – e perciò non occasionale – agli associati o partecipanti, verso pagamento di “corrispettivi specifici”, compresi i contributi e le quote supplementari determinati in funzione delle maggiori o diverse prestazioni rispetto a quelle previste dalle finalità istituzionali. Il suddetto pagamento, infatti, deriva dal contratto bilaterale di scambio, per effetto del quale l’associato o il partecipante si appropria del bene o del servizio reso gli dall’ente associativo.²⁵ Quest’ultimo, quindi, nell’esecuzione di tale specifico rapporto, svolge nei confronti del socio il ruolo proprio di un qualsiasi operatore presente sul mercato.²⁶

²⁵ Sul punto della configurabilità di un rapporto contrattuale di scambio tra ente associativo e socio, ulteriore e di natura diversa rispetto a quello generato dall’adesione all’ente associativo da parte del socio, cfr. Cass. civ. Sez. I, 28 marzo 2007, n.7646.

²⁶ Per meglio comprendere la nozione di corrispettività, occorre innanzitutto esaminare come questa nozione sia stata elaborata dalla giurisprudenza comunitaria (anche se il giudice comunitario è stato chiamato a risolvere questioni IVA, si ritiene che gli spunti siano interessanti anche per analizzare fattispecie rilevanti ai fini delle imposte dirette). In particolare secondo il principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia Europea, nella sentenza *Cooperatieve Aardappelenbewaarplaats* (sentenza 5 febbraio 1981, causa n.154/80), una somma può essere considerata il corrispettivo di una cessione di un bene o di una prestazione di servizi (entrambe a titolo oneroso) se sussiste un nesso diretto tra il servizio reso o la cessione di beni, ed il controvalore ricevuto, e quest’ultimo deve poter essere espresso in denaro e consistere in un valore soggettivo. Pertanto, richiamando alcuni concetti già acquisiti dalla dottrina civilistica, per «corrispettivo specifico» si può intendere un obbligo (che può consistere in un dare, in un fare, in un non fare, oppure in un pati), assunto da una parte, che trova remunerazione nella controprestazione di un’altra parte (M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano 2000, p. 488). Tuttavia, si parla di corrispettivo specifico tra associazione sportiva e soggetti terzi tra cui i soci, partecipanti ed associati, anche qualora l’obbligo di pagare un corrispettivo non nasce da contratti a prestazione corrispettive tipicamente formalizzati; ciò in quanto il requisito della corrispettività sussiste altresì quando il corrispettivo è dovuto a seguito di una controprestazione, ossia di un vantaggio economicamente valutabile a favore del singolo socio, o partecipante e associato – vantaggio economico che sia causa giustificatrice del pagamento effettuato. In quest’ultimo caso, si tratta di uno scambio di utilità tra l’ente ed il suo membro che non differisce da quello che potrebbe realizzarsi tra parti indipendenti sul mercato (sul punto cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto Tributario, Parte Speciale*, Milano, 2008 p. 520). Sotto altro profilo, inoltre, deve essere chiara, almeno negli aspetti essenziali, la natura e la portata della prestazione cui è obbligato l’ente sportivo. In particolare, occorre che all’atto dell’erogazione del corrispettivo siano identificati oppure quantomeno identificabili singolarmente i beneficiari delle prestazioni svolte dall’associazione che ha incassato le somme (Cass., 10 gennaio 2002, n.215). Pertanto non è rilevante ai fini fiscali, in quanto non costituisce corrispettivo, la somma versata da un sovventore (non socio), con l’onere – e non l’obbligo – per l’associazione di svolgere determinate attività istituzionali a favore di soggetti o categorie di soggetti individuati indistintamente dallo statuto associativo (a proposito delle liberalità modali cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Napoli, 1998, p. 520-522). La sovvenzione *de qua*, infatti, rientra tra i negozi di liberalità e, sebbene sia stato apposto un onere, il negozio in esame non si è trasformato in un contratto a prestazioni corrispettive. Al contrario, invece, sono rilevanti ai fini fiscali le cessioni di beni o le prestazioni di servizi svolte da un’associazione a favore di terzi designati, anche se i relativi corrispettivi sono stati pagati da un soggetto diverso dai beneficiari dell’attività dell’ente non commerciale. In questo caso, infatti, non si tratta di un atto di liberalità, ma di un contratto a favore del terzo ex art. 1411 c.c.. I terzi designati acquistano verso

Tali ultime attività si considerano aventi natura commerciale, e quindi rilevanti ai fini IRES e IVA – anche se «svolte in conformità alle finalità istituzionali» delle stesse associazioni (art. 148, co. 2 TUIR e art. 4, co. 4 IVA).

4. Disciplina speciale prevista per gli enti altruistici e gli ETS (escluse le imprese sociali): il requisito della democraticità, di pari opportunità ed eguaglianza

Accanto a questa disciplina generale, vi sono discipline speciali che riguardano enti altruistici (come associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, sportive dilettantistiche) e gran parte degli ETS (escludendo le imprese sociali) in ragione dell'attività da loro svolte.

Tali discipline prevedono a diverso titolo sgravi fiscali e forme di decommercializzazione dell'attività economica svolta, i cui redditi non rientrano perciò nella categoria di reddito d'impresa.²⁷

Si tratta di meccanismi e strumenti di detassazione già conosciuti e approfonditi.²⁸

Tuttavia, vale la pena ricordare in questa sede che i suddetti enti beneficiano degli sgravi *de quibus* se possono dimostrare di svolgere attività di interesse generale, nel rispetto di principi come la democraticità, la non discriminazione e pari opportunità. Ma non solo, i beneficiari delle attività svolte dagli enti altruistici e dagli ETS sono persone e comunità in situazioni meritevoli di tutela oppure i soci degli enti stessi.

In questo modo, non solo sul piano formale ma anche sostanziale, è più evidente la differenza rispetto agli enti commerciali, i quali producono beni e servizi per il mercato, avendo – *ut supra* – come obiettivo l'accrescimento del proprio patrimonio (lucro oggettivo).

l'ente il diritto ad esigere la prestazione anche senza diventare parte del contratto di scambio, concluso invece tra l'ente stesso ed il soggetto che paga il corrispettivo.

²⁷ Va detto che per decommercializzazione dell'attività si intende quella *factio iuris* in forza della quale un'attività, pur svolta soddisfacendo tutti requisiti propri di un'impresa commerciale, non rientra da un punto di vista fiscale all'interno della categoria delle attività produttive di reddito d'impresa. Pertanto, i proventi relativi a un'attività decommercializzata non producono reddito d'impresa.

²⁸ Castaldi, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, op. cit..

Pertanto, tali misure di defiscalizzazione hanno come destinatari gli enti altruistici, in generale, e gli ETS, in particolare, non perché sono enti privilegiati, ma perché questi enti contribuiscono, direttamente con le loro opere, alle spese pubbliche in modo alternativo al versamento dei tributi, assolvendo così a compiti di giustizia distributiva spettanti alla Comunità. Ne consegue che gli sgravi fiscali *de quibus* non rientrano nell'ambito delle agevolazioni ma delle esclusioni dalla imposizione.²⁹

a) *Principio di democraticità: "vitalità" degli organi sociali*

Perché possa essere applicato il suddetto regime fiscale speciale, gli enti altruistici, elencati all'art. 148, co. 3 del Tuir, i.e. le associazioni sportive dilettantistiche, le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, e gli ETS devono dotarsi di uno statuto che disciplina l'ordinamento interno, la struttura di governo e la composizione e il funzionamento degli organi sociali dell'ente associativo nel rispetto dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.³⁰

A questo punto, è opportuno analizzare, a beneficio di tutti gli enti *de quibus*, quando sono soddisfatti i suddetti principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.

In via preliminare, va dunque detto che, attraverso le disposizioni normative previste, per i suddetti enti altruistici e gli ETS, si è voluto rendere effettivo, anche all'interno delle istituzioni associative, il principio di non discriminazione, oramai inserito persino nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

Pertanto, attraverso il riconoscimento e l'attuazione formale e sostanziale dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di

²⁹ Bassi *Tassazione delle casse previdenziali alla luce del principio di sussidiarietà*, con nota di Raffaello Lupi, *Dialoghi tributari*, 5/2014, pp. 508 e ss..

³⁰ Tale regola è nella sostanza identica, ed è riportata in diverse disposizioni; rispettivamente, si tratta dell'art. 90, co. 18, lett. e) della l. 289/2002 e dell'art. 148, co. 8 lett. e) del Tuir, art. 4, co. 7, lett. e) del DPR n.633/1972 con riguardo ai suddetti enti altruistici, e, infine, dell'art. 25, co. 2 del d.lgs. n.117/2017 per gli ETS.

elettività delle cariche sociali, si vuole garantire, molto più in generale, la parità di trattamento fra le persone quali che siano la nazionalità, il sesso, la razza, la religione o l'origine etnica, le tendenze sessuali, le convinzioni politiche, l'età e le eventuali minorazioni fisiche.

All'interno di questa cornice valoriale così chiara, è evidente che non può essere lesa la libertà di ciascuna persona di associarsi (art. 18 Cost.). Lo sforzo degli associati, nel rispetto del pluralismo, deve essere quello di trovare, nello statuto, un delicato equilibrio tra (i) i propri interessi, comuni ad altre persone, e (ii) la necessità della comunità del perseguimento del bene comune, che non può essere ostacolata da comportamenti individuali o collettivi diretti al perseguimento di fini illeciti, o di fini leciti attraverso modalità illecite (associazioni malavitose, terroristiche, razziste ecc.).

Le disposizioni normative costituiscono uno strumento utile ad assicurare il suddetto equilibrio e non devono perciò rappresentare un ostacolo alla libertà di associazione.

Fatta questa premessa, attuando il principio di democraticità, innanzitutto, l'organo direttivo di un ente ha una competenza riservata ad alcune materie per ciò che attiene alle decisioni operative, relative al compimento di singoli atti; mentre l'assemblea degli associati ha una competenza necessaria per altre materie, come le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, la nomina e la revoca degli amministratori, l'approvazione del bilancio annuale, lo scioglimento anticipato dell'associazione.³¹

Perché questo equilibrio tra gli organi sia rispettato, è necessario che l'organo assembleare funzioni in modo regolare, e ciò può essere provato quando:

(i) le prescrizioni statutarie sono effettivamente applicate e non devono esistere solo formalmente, sulla carta;³²

(ii) gli associati e i partecipanti nominano effettivamente gli organi direttivi.³³

Sul punto va precisato che l'assenza del libro soci, la stesura incompleta del libro

³¹ Sul punto, cfr. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1990, p. 623.

³² *Ex pluribus* Cass. 12 maggio 2010, n.11456.

³³ Cass. 24 ottobre 2014, n.22644.

dei verbali di assemblea, la mancata istituzione del libro del consiglio direttivo, la mancata indicazione della denominazione sociale nello statuto, la mancanza del rendiconto che rende impossibile la precisa identificazione dell'attività svolta.³⁴

Ma non solo, deve essere garantita:

- (i) la trasparenza e la puntualità delle convocazioni, e
- (ii) la possibilità di tutti i soci di accedere alle cariche associative senza limitazioni di tipo discriminatorio.

È necessario, inoltre, che dallo statuto emergano in modo trasparente

- (i) i criteri di ammissione, di permanenza e di esclusione dei soci,
- (ii) le regole di convocazione degli organi sociali e della validità delle loro deliberazioni,
- (iii) le regole inerenti alla redazione e approvazione dei bilanci e rendiconti e
- (iv) la determinazione di idonee forme di comunicazione ai soci di detti atti, affinché gli stessi ne possano prendere visione.³⁵

In pratica, deve essere chiaramente visibile una "vita assembleare" dell'ente anche per escludere la sua natura fittizia, dissimulante un ente che svolge attività commerciale in favore di apparenti "associati", che costituiscono, in realtà, veri e propri "clienti". L'elemento rivelatore della natura dell'ente non può che essere l'effettiva partecipazione ai meccanismi della vita associativa e, in primis, la concreta adesione al momento assembleare come "cuore" della compagine³⁶. Concretamente, l'associazione riesce a dimostrare l'effettività della vita assembleare se prova:

- (i) l'esistenza di un libro soci,
- (ii) la convocazione regolare dell'assemblea, l'effettività della discussione e la pubblicazione dei relativi atti, ivi inclusi i rendiconti, in bacheca, e
- (iii) le dichiarazioni fiscali, regolarmente effettuate.³⁷

³⁴ Commissione provinciale Milano, Sentenza 10 luglio 2017, n.4654.

³⁵ Commissione tributaria regionale valle d'Aosta Sentenza 13 aprile 2015, n.8.

³⁶ Commissione regionale Lombardia 9 febbraio 2017, n.450.

³⁷ Commissione tributaria Veneto 20 gennaio 2016, n.134.

b) Principio di pari opportunità ed eguaglianza

Inoltre, merita una riflessione a parte, la definizione del principio di pari opportunità e eguaglianza tra i soci. In particolare occorre soffermarsi sulla compatibilità di disposizioni statutarie, che prevedono diverse categorie di soci, con il principio di pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali.

A tal proposito va detto che l'uguaglianza non può essere interpretata come un concetto astratto. Essa deve rappresentare invece una realtà ben precisa, in cui il trattamento deve essere uguale, se i soci sono ugualmente titolari degli stessi diritti e doveri.³⁸ In concreto, i soci possono pretendere *ex lege*, e non solo *ex contractu* e quindi in forza dello Statuto, parità di trattamento rispetto agli altri soci, se possono o vogliono assumersi le medesime responsabilità.

In caso contrario, l'applicazione del principio di uguaglianza, senza considerare realisticamente il tipo e la natura delle responsabilità dei soci, genera ingiustizie, che il legislatore certamente non può aver voluto.

In altre parole, il principio di uguaglianza non deve costituire il paravento per giustificare privilegi da parte di chi beneficia di strutture messe a disposizione di tutti, grazie al contributo, tuttavia, solo di alcuni soci.

In un simile scenario, è ragionevole che proprio quei soci, benefattori o fondatori, ivi inclusi i loro successori, mantengano prerogative e competenze esclusive, in grado di incidere non tanto sul perseguimento generale degli scopi sociali (l'esercizio dell'attività sportiva), quanto piuttosto sulla gestione particolare delle strutture.

Pertanto, al di fuori di casi di discriminazione, possono essere previste discipline specifiche, riferite a specifiche categorie di soci, le quali sono giustificate dalla reale e concreta differente posizione e responsabilità dei soci all'interno del sodalizio.

³⁸ Sul punto, cfr. Galgano, op. cit, p. 618.

c) *Decommercializzazione dei proventi*

Quanto poi allo specifico degli sgravi, occorrono alcune puntualizzazioni.

Salvo eccezioni e deroghe previste dalle discipline di settore (allo scopo di evitare strumentalizzazioni e abusi), i suddetti enti altruistici e, per gli ETS, le associazioni di promozione sociale e di volontariato, non svolgono, in linea di principio, attività commerciali, se esse sono svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate anche verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti degli iscritti, associati o partecipanti.

Al contrario, la restante parte degli ETS non possono svolgere attività commerciale, salvo perdere la qualifica di "ente non commerciale".

Infatti, se è vero che i suddetti ETS svolgono attività non commerciale solo quando esse sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi (art. 79 co. 2 del d.lgs n.117/2017), è anche vero che i proventi derivanti da tale attività, non riuscendo a coprire anche le spese generali, non possono mai considerarsi rientranti nell'esercizio di attività commerciali. Infatti, i soli proventi che non superano i costi effettivi, non assicurano all'ente una gestione economica e pertanto e non sono remunerativi di un'attività commerciale.

Ricapitolando, le particolarità della disciplina degli ETS (a eccezione delle associazioni di promozione sociale, delle associazioni di volontariato e delle imprese sociali) possono essere così sintetizzate:

a) gli ETS acquisiscono la qualificazione fiscale di enti commerciali quando, nel dato periodo d'imposta, i ricavi derivanti dalle attività di interesse generale svolte con modalità commerciali, nonché dalle altre attività secondarie e strumentali (art. 6 del d.lgs n.117/2017), siano superiori alle entrate derivanti da attività non commerciali;³⁹

b) quanto poi ai requisiti dell'attività non commerciale, ai sensi dell'art. 79, comma 2 del d.lgs n.112/2017, rientrano in quella categoria solo quelle attività che gli ETS svolgono «...a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non

³⁹ Unica eccezione è data per le sponsorizzazioni effettuate nel rispetto di determinati criteri che saranno stabiliti con decreto.

superano i costi effettivi...».40

A questo punto, per comprendere meglio le dinamiche appena descritte, può essere utile introdurre questi argomenti attraverso esempi, che spieghino perché le attività svolte dai suddetti ETS (esclusi – come detto – le associazioni di promozione sociale, le associazioni di volontariato e le imprese sociali) sono svolte solo attraverso il lavoro dei volontari oppure la generosità dei benefattori.

Vanno dunque prese a esempio le associazioni sportive dilettantistiche, le quali possono decidere se iscriversi nel registro degli Enti del Terzo Settore oppure mantenere solo lo *status* di associazioni sportive dilettantistiche ex art. 90 della l. 27 dicembre 2002 n.289.⁴¹

Ebbene, se un'associazione sportiva dilettantistica, che svolge attività sportiva golfistica, si iscrivesse al registro degli ETS, un servizio, come la locazione di una *Golf cart* a un socio, dovrà, in linea di principio, essere remunerato da un corrispettivo specifico, ovvero da un canone, determinato sulla base del costo specifico del mezzo; così facendo, quest'attività di locazione non può generare un avanzo di gestione da destinare, per esempio, alla manutenzione del campo da golf.

⁴⁰ Pertanto, a differenza delle associazioni sportive dilettantistiche, alle quali si applica la l. n.398/1991, il premio di addestramento percepito dalle associazioni sportive iscritte al registro degli ETS non sarebbe tassabile solo nell'ipotesi in cui si dimostrasse che tali somme non sono state percepite all'interno dell'attività d'impresa e che esse sono remunerative solo dei costi sostenuti per la preparazione dell'atleta.

Per gli stessi motivi, a differenza delle associazioni sportive dilettantistiche, alle quali si applica la l. n.398/1991, sono tassabili i proventi che non remunerano i costi di diretta imputazione, pur essendo conseguiti nello svolgimento di attività commerciali connesse con gli scopi istituzionali. La connessione con gli scopi istituzionali comporta che le attività commerciali debbano essere strutturalmente funzionali alla manifestazione sportiva e rese in concomitanza con il suo svolgimento.

A titolo esemplificativo possono annoverarsi fra gli anzidetti proventi, ancorché superiori a costi effettivi, quelli derivanti dalla somministrazione di alimenti e bevande, dalla vendita di materiali sportivi, di *gadgets* pubblicitari, dalle sponsorizzazioni, dalle cene sociali, dalle lotterie ecc. Le raccolte di fondi possono realizzarsi anche attraverso la vendita di beni e servizi resi a fronte di offerte non commisurate al valore del bene venduto o del servizio prestato.

Sul punto vale la pena ricordare che per le associazioni sportive dilettantistiche, i suddetti proventi, anche se superiori ai costi di diretta imputazione e sebbene relativi ad attività d'impresa, non concorrono a formare il reddito imponibile, solo se si riferiscono a eventi complessivamente di numero non superiore a due per anno e per un importo non superiore a euro 51.645 (art. 25, co. 2 della l. 13 maggio 1999, n.133).

⁴¹ Per un migliore approfondimento sul tema cfr. Bassi, *Associazioni sportive dilettantistiche ed enti del terzo settore*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2/2017, pp. 349 e ss..

In caso contrario, il canone di locazione della *Golf cart* sarà imponibile.⁴²

Al contrario, se la stessa associazione sportiva dilettantistica evitasse di iscriversi nel registro degli ETS, allora le attività di noleggio, dietro corrispettivo specifico, delle *Golf cart*, oltre che degli armadietti, del caricabatteria per i carrelli e dell'utilizzo delle sacche da golf, costituirebbero naturale completamento degli scopi specifici e particolari che caratterizzano dell'associazione sportiva. I corrispettivi derivanti da tali attività non rivestono perciò natura commerciale; di conseguenza possono essere considerati decommercializzati e, in quanto tali, non imponibili.⁴³

5. Conclusioni

Si intende per ente non lucrativo **(a)** un qualsiasi soggetto giuridico diverso dalle persone fisiche, **(b)** dotato di un'autonomia patrimoniale, **(c)** strumentalmente finalizzata al perseguimento delle finalità non lucrative, tipiche (c.d. istituzionali) dell'ente stesso.

Tra gli enti non lucrativi si annoverano due categorie: gli enti altruistici (come le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, sportive dilettantistiche) e gran parte degli ETS (escludendo le imprese sociali).

Si tratta di enti che svolgono attività di interesse generale, nel rispetto di principi come la democraticità, la non discriminazione e pari opportunità. Ma non solo, il beneficiario delle attività svolte dagli enti altruistici e dagli ETS è non tanto il mercato, quanto piuttosto persone e comunità in situazioni meritevoli di tutela oppure i soci degli enti stessi.

In questo modo, non solo sul piano formale ma anche sostanziale, è più evidente la differenza rispetto agli enti commerciali, i cui beni e servizi sono, in linea di principio, destinati al mercato.

Gli enti altruistici e gli enti del terzo settore non sono perciò enti privilegiati,

⁴² Ciò nonostante, il vantaggio dell'iscrizione al registro unico degli ETS, è dato dal beneficio fiscale
a) per l'associazione sportiva dilettantistica ai sensi dell'art. 79 e ss. del d.lgs n.117/2017, e
b) per i suoi benefattori, che godranno di specifiche agevolazioni previste per le liberalità a favore degli ETS (art. 83 del d.lgs. n.117/2017).

⁴³ Direzione Regionale Entrate per la Lombardia, nota n.47792/98 del 22 aprile 1999.

perché questi enti contribuiscono, direttamente con le loro opere, alle spese pubbliche in modo alternativo al versamento dei tributi, assolvendo così a compiti di giustizia distributiva spettanti alla Comunità. Ne consegue che gli sgravi fiscali *de quibus* non rientrano nell'ambito delle agevolazioni ma delle esclusioni dalla imposizione.

In particolare, i suddetti enti altruistici e, per gli ETS, le associazioni di promozione sociale e di volontariato, non svolgono, in linea di principio, attività commerciali, se esse sono svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate anche verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti degli iscritti, associati o partecipanti. In questo modo, i proventi prodotti non rientrano nella categoria di reddito d'impresa.

Nello specifico della disciplina degli ETS, va detto che essa rappresenta una disciplina speciale e non generale, come speciale è la disciplina sugli enti altruistici.

Ciò nonostante, scegliere se iscriversi al registro unico degli ETS oppure no, rappresenta per un ente altruistico, già operativa, una scelta da prendere sulla base di considerazioni prognostiche fondate su simulazioni e sull'esperienza.

Pertanto, l'iscrizione nel registro degli ETS è ragionevole per quegli enti altruistici che si sostengono grazie a lavoro dei volontari e ai contributi dei benefattori, necessari a coprire non solo le spese di avviamento dell'attività sportiva ma anche i suoi costi generali.

In tutti gli altri casi, la disciplina fiscale propria degli enti altruistici appare più adeguata per quei sodalizi che mirano anche all'autonomia economica e all'autofinanziamento, senza affidarsi in via ordinaria ai contributi e agli atti di liberalità.

La consulenza in materia di servizi di investimento tra “passato” e “presente” all'indomani dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/65/UE (MiFID II): criticità e profili innovativi

di Serena Barberio

ABSTRACT

The need to protect the investor and to ensure the good performance of the financial markets justify the opportunity to provide effective regulation of the investment advisory service. The personalized recommendation, the informative activity and the modulation to the target of the client to which it is destined, represent valid reference parameters in the light of which to analyze an increasingly investment service also for the European legislator.

SINTESI

La necessità di tutelare l'investitore e il bisogno di garantire il buon andamento dei mercati finanziari giustificano l'opportunità di prevedere un'efficace regolamentazione del servizio di consulenza in materia di investimenti. La raccomandazione personalizzata, l'attività informativa e la modulazione al target del cliente cui la stessa è destinata, rappresentano validi parametri di riferimento alla luce dei quali analizzare un servizio di investimento sempre interessante anche per il legislatore europeo.

SOMMARIO: 1. La consulenza in materia di servizi investimento: incertezze e criticità – 2. Segue. Gli elementi costitutivi della consulenza finanziaria – 3. Il dovere di “informarsi ed informare”: l'informazione come garanzia di adeguatezza – 4. Segue. Le informazioni «in entrata» e le informazioni «in uscita» – 5. La nuova consulenza su base indipendente – 6. Conclusioni

1. La consulenza in materia di servizi investimento: incertezze e criticità

A definire la consulenza finanziaria come «prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo ad una o più operazioni relative a strumenti finanziari»¹ è

¹ Art. 1, comma 5-septies, d.lgs. del 24 febbraio 1998, n.58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6 febbraio 1996, n.52). È un merito del legislatore europeo, infatti, l'aver enucleato una definizione della consulenza in materia di servizi di investimento, precisamente nel 2004, con l'emanazione della Direttiva 2004/39/UE, recepita nel nostro ordinamento nel 2007. Infatti, il comma 5-septies summenzionato è stato inserito dall'art. 1, comma 1, lett. n) del d.l. del 17 settembre 2007, n.164. Una precisazione terminologica appare necessaria. Come evidenziato dal DI CIOMMO, infatti, nel nostro ordinamento le nozioni di «valore mobiliare», «prodotto finanziario» e «strumento finanziario» non individuano categorie definite rispetto alle quali risulta agevole tracciare un'actio finium regundorum. Per «valore mobiliare», infatti, si intendono «le categorie di titoli normalmente negoziati sul mercato dei capitali, ad

finalmente lo stesso legislatore italiano, recependo MiFID I e ponendo così fine ad un tortuoso e oltremodo farraginoso percorso normativo e regolamentare che inizia nel 1991.²

esempio i titoli di stato, le azioni, i valori negoziabili che permettono di acquisire azioni mediante sottoscrizione o scambio, i certificati rappresentativi di azioni, le obbligazioni emesse in serie, i warrants su indice ed i titoli che permettono di acquisire tali obbligazioni mediante sottoscrizione» (Direttiva del Consiglio del 10 maggio 1993, n.22 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, oggi abrogata dall'art. 69 della Direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2004). Con l'entrata in vigore del d.lgs. del 23 luglio 1996, n.415, prima, e del d.lgs. del 24 febbraio 1998, n.58 (T.U.F.), poi, il valore mobiliare è stato definitivamente sostituito dal «*prodotto finanziario*. Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. u), infatti, il legislatore chiarisce che per «*prodotti finanziari*» si intendono tutti «*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*», dal che ne deriva un ampliamento della portata contenutistica della categoria di cui trattasi. Nel 2004, però, il già di per sé complesso quadro di riferimento viene ulteriormente a complicarsi perché la Direttiva del 21 aprile, 2004/39/CE (MiFID I), ex 4, n.17, fa esplicito riferimento questa volta allo «*strumento finanziario*», rinviando per l'enucleazione dei componenti della categoria alla «*Sezione C dell'allegato I*». Ciò che qui rileva è che, in detta Sezione, accanto agli strumenti del mercato finanziario, alle quote di organismi collettivi, ai contratti di opzione, agli strumenti finanziari derivati per il trasferimento del rischio di credito, ai contratti finanziari differenziali, proprio alla lettera a) viene fatta esplicita menzione al valore mobiliare che, al n.18, è definito come «*categoria di valori, esclusi gli strumenti di pagamento, che possono essere negoziate nel mercato dei capitali*». Nessun riferimento, invece, è fatto al prodotto finanziario. La medesima impostazione, peraltro, è condivisa anche dalla Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014 (MiFID II) tanto da indurre la dottrina a ritenere che «*mentre per la legge italiana il genus è rappresentato dal prodotto finanziario, essendo lo strumento una species del prodotto e il valore mobiliare, a sua volta, una species dello strumento, per la Direttiva Mi-FID II il genus di riferimento deve considerarsi lo strumento finanziario nel quale compare, quale sua species, il valore mobiliare ma non il prodotto finanziario*» (F. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria alla luce della MiFID II: profili giuridici (Investment advisory under MiFID II: legal issues)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, I, 2017, p. 39 e ss.). La complessità terminologica, del resto, rispecchia l'estrema tecnicità del prodotto offerto sul mercato dagli intermediari finanziari, spesso di non agevole comprensione, nella globalità delle sue caratteristiche, per il piccolo risparmiatore che, inevitabilmente, apparirà quale «*contraente debole*» di un rapporto contrattualmente dominato dall'intermediario. È questa la *ratio* per la quale la normativa di riferimento in materia di intermediazione finanziaria impone, tra l'altro, anche specifici obblighi di comportamento in capo agli intermediari, perché possa così colmarsi la fisiologica asimmetria informativa che contraddistingue il rapporto instaurato con la clientela.

² Il 4 maggio 1991 entra in vigore la legge n.1, la quale riserva alle società di intermediazione mobiliare l'esercizio professionale e abituale «*nei confronti di una quantità indifferenziata di persone*» dei servizi di investimento e, nella specie, anche della consulenza in materia di valori mobiliari (G. COTTINO, G. DI CHIO, *Società finanziaria, 1) diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Roma, 1993, p. 9 e ss.). L'intermediazione finanziaria, infatti, è da sempre stata considerata un'attività ad esclusivo appannaggio delle banche, dal momento che nessun intermediario, per dimensioni, avrebbe potuto offrire un servizio così altamente specializzato. Con l'entrata in vigore della l. n.del 2 gennaio 1991, però, la consulenza viene definita come attività di intermediazione mobiliare autorizzata (al pari della negoziazione di valori mobiliari, del collocamento e della distribuzione dei valori medesimi, nonché della gestione di patrimoni e della raccolta di ordini di acquisto e di vendita). Erano le SIM (società di intermediazione mobiliare), invero, a prestare attività di consulenza, previa autorizzazione della Consob, ovvero le banche, su autorizzazione, però, della Banca d'Italia, purché garantissero il rispetto del principio di separatezza tra le attività di investimento e quelle tipicamente bancarie. Nel 1993, poi, viene approvata la Direttiva 93/22/CE (c.d. ISD), relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, avente quale sua *ratio* la

Del resto, la palese “timidezza” nozionistica in materia ha reso necessari i ripetuti interventi esplicativi dell’Autorità di vigilanza di settore,³ dal momento che l’imprecisa definizione del servizio di investimento in esame ha spesso consentito e legittimato le storture della prassi.

Nel silenzio del legislatore, allora, la Consob, sperimenta un approccio definitorio e, in principio, si limita ad asserire che l’attività di consulenza si sostanzia semplicemente nel fornire all’investitore ogni indicazione utile ad effettuare scelte di investimento consapevoli e «*adeguate alla sua situazione economica e ai suoi obiettivi*»,⁴ per poi ritenere qualche anno dopo⁵ che, nonostante la totale indifferenza del consulente rispetto all’investimento consigliato, ciò che contraddistingue il servizio di investimento è la natura bilaterale del rapporto intercorrente tra l’intermediario e il suo cliente, tale da rendere opportuna l’offerta di indicazioni costantemente paramtrate alla reale profilatura di quest’ultimo.

Introdotta finalmente la definizione di consulenza in materia di investimenti⁶ con

realizzazione di un unico mercato europeo attraverso un’operazione di armonizzazione delle legislazioni nazionali. Il legislatore europeo, però, decide di liberalizzare la consulenza in materia di servizi di investimento, sottraendo la stessa ad ogni restrizione. Tale inclinazione comunitaria è recepita in Italia con il d.lgs. del 23 luglio 1996, n.415 (c.d. Decreto Eurosim), e la consulenza finanziaria è ormai annoverata tra i «*servizi accessori*» - in attuazione proprio dell’art. 3, comma 1, della Direttiva succitata, ai sensi del quale «*l’autorizzazione non può essere rilasciata in nessun caso per servizi che rientrano unicamente nell’allegato, sezione C*». Il legislatore italiano, pertanto, ha dovuto inevitabilmente “correggere il tiro”, novellando anche lo stesso T.U.F. (con l’emanazione del d.lgs. del 24 febbraio 1998, n.58) e parimenti la Consob è intervenuta in chiave modificativa della normativa di settore, adottando ben tre regolamenti, rispettivamente, con le delibere nn. 11522/1999, 11768/1988 e 11971/1999. Questo è il quadro di riferimento che antecede MiFID I, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. del 17 settembre 2007, n.164, per effetto della quale la consulenza in materia di investimenti – e non più di valori mobiliari – viene promossa da mero servizio strumentale ai servizi esecutivi a servizio di investimento principale, soggetto ad autorizzazione. Sullo stesso tracciato, inevitabilmente, si muove anche MiFID II, per giunta evidenziando, al considerando n.70, la necessità di un rafforzamento delle norme preposte a tutela del risparmiatore.

³ V. Comunicazione Consob del 29 novembre 1991, SGE/RM/91006781; Comunicazione Consob del 9 maggio 1994, BOR/RM/94004725; Comunicazione Consob del 23 maggio 1994, BOR/RM/94005134; Comunicazione Consob del 18 dicembre 1996, DAL/RM/96011244; Comunicazione Consob del 23 febbraio 1999, DI/99012156; Comunicazione Consob del 26 marzo 1999, DI/99023323.

⁴ Comunicazione Consob del 29 novembre 1991.

⁵ Comunicazione Consob del 14 ottobre 1998, DI/98080597; Comunicazione Consob del 2 febbraio 2000, DI/7578; Comunicazione Consob del 21 settembre 2001, DIN/1071590.

⁶ Direttiva 2004/39/CE. Il T.U.F. è approvato con d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998 ed è successivamente modificato nel 2005 (l. n.262 del 28 dicembre 2005, recante le disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) e nel 2007 (d.lgs. n.164 del 17 dicembre

la Direttiva 2004/39/CE, allora, il legislatore europeo si spinge anche oltre, ponendo un interessante distinguo tra «*la prestazione di raccomandazioni personalizzate*», ormai divenuta servizio di investimento principale, e la «*ricerca [...] e analisi finanziaria [...]*», ritenute, invece, mero servizio accessorio.

Con l'entrata in vigore della Direttiva 2004/39/CE (MiFID I), però, subito sono emerse perplessità, soprattutto in ordine al grado di determinatezza della definizione di consulenza finanziaria, dubitandosi così del perimetro tracciato dal legislatore nel definire la fattispecie.⁷

Come opportunamente evidenzia, ancora una volta, la Consob,⁸ la genericità di una nozione così a fatica enucleata non agevolerebbe nel concreto né l'intermediario né il cliente, dal momento che anche la mera presentazione di uno strumento finanziario, semplicemente perché adatto al profilo dell'investitore, rischiava di qualificarsi come vera e propria consulenza.⁹

Eppure, lo scopo di MiFID I, come emerge fin dai *consideranda* in apertura, è quello di perseguire un «*grado di armonizzazione necessario per poter offrire agli investitori un livello elevato di protezione e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta la comunità [...] sulla base della vigilanza dello Stato*

2007, con il quale è stata recepita la Direttiva di primo livello n.2004/39/CE (MiFID I) e la Direttiva di secondo livello 2006/73/CE). Ma l'evoluzione normativa non si è di certo arrestata: la Direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e il Regolamento n.600/2014 (MiFIR) rappresentano il punto di arrivo – e futuro punto di partenza – del legislatore europeo il quale ha imposto ad ogni Stato membro di adottare tutti gli atti normativi utili a recepire MiFID II entro il 3 luglio 2016, cioè entro 30 mesi dall'entrata in vigore della stessa, così da poter applicare, dal 3 gennaio 2017, tutte le disposizioni ivi contenute. Avendo, però, l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA), posto in evidenza l'esigenza di una cooperazione internazionale al fine di dotare l'Unione di una infrastruttura informativa che possa garantire l'uniformità operativa degli strumenti finanziari in sede di negoziazione, l'entrata in vigore delle direttive si è prorogata esattamente di un anno.

⁷ E. GUFFANTI, *Il servizio di consulenza: i confini della fattispecie*, in *Le Società*, n.5, 2011, p. 555 e ss..

⁸ *Esiti alla consultazione 30 ottobre 2007, Nuovo Regolamento intermediari, Prime linee di indirizzo*, 2007.

⁹ Cfr. C. LUCARELLI, *Consulenza e tolleranza al rischio: vantaggi e limiti dell'auto-profilazione*, in *La consulenza finanziaria*, a cura di M. Oriani e B. Zanaboni, Il Sole24Ore, Milano, 2011, p. 201 e ss.; G.L. GRECO, *Prime riflessioni sulla riforma degli intermediari finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, n.4, p. 213 e ss.; G. L. GRECO, *La consulenza nel mercato finanziario tra diritto speciale e diritto comune*, Pacini Editore, Pisa, 2012; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli Editore, Torino, 2012; R. D'APICE, *L'attuazione della MiFID in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

*membro di origine».*¹⁰

Ciò posto, però, è innegabile che MiFID I intervenga in modo incisivo sulla consulenza finanziaria, in primo luogo qualificandola, finalmente, come servizio di investimento principale e non più accessorio, ma, soprattutto, superando la tradizionale distinzione tra consulenza generica e consulenza strumentale.

Una precisazione, sul punto, appare necessaria.

Il servizio di consulenza si distingue a seconda che sia prestato *stricto sensu* ovvero in via meramente incidentale¹¹ e tale *discrimen* è dato dal diverso rapporto che intercorre tra la raccomandazione personalizzata offerta al cliente e l'investimento cui la stessa inerisce. In altre parole, quando il consiglio è prestato dal consulente in vista di un investimento futuro, ma non appare ancillare rispetto a quest'ultimo – anche se immediatamente antecedente! – la consulenza è prestata *stricto sensu*, caratterizzandosi cioè per una «*marcata autonomia rispetto alla prestazione degli altri servizi di investimento*».¹²

Quando, invece, il servizio di consulenza, pur sostanziandosi in un parere specifico, risulta, però, finalisticamente orientato alla prestazione di un altro servizio di investimento – quale potrebbe, ad esempio, essere l'esecuzione di ordini per conto dei clienti – ebbene, in tal caso, la consulenza si definisce strumentale. Del resto, se è ben vero che «*le prestazioni consulenziali sono potenzialmente insite in ogni attività di intermediazione mobiliare*»,¹³ le stesse devono comunque

¹⁰ Considerando n.2 della Direttiva 2004/39/CE. Ciò, peraltro, è chiaramente confermato anche nel considerando n.70 della Direttiva 2014/65/UE, ai sensi del quale si sancisce che «*Un sempre maggior numero di investitori opera nei mercati finanziari e fruisce di un'offerta di servizi e strumenti sempre più ampia e complessa; in considerazione di tali sviluppi è necessario prevedere una certa armonizzazione affinché gli investitori possano godere di un elevato livello di protezione in tutta l'Unione. Quando la direttiva 2004/39/CE è stata adottata, la crescente dipendenza degli investitori dalle raccomandazioni personalizzate ha reso necessario considerare la prestazione di consulenza in materia di investimenti come un servizio di investimento soggetto ad autorizzazione e a specifiche norme di comportamento. A motivo dell'importanza sempre considerevole delle raccomandazioni personalizzate per i clienti e della crescente complessità di servizi e strumenti è necessario rafforzare le norme di comportamento da rispettare al fine di accrescere la tutela degli investitori*».

¹¹ Sul punto l'impostazione seguita è quella di F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 18 e ss..

¹² *Ibidem*.

¹³ Comunicazione Consob del 23 gennaio 1994, BOR/RM/94005133.

assolutamente differenziarsi dal vero e proprio servizio di investimento, ormai, principale.

2. Segue. Gli elementi costitutivi della consulenza finanziaria

Premesso ciò, primo elemento caratterizzante la consulenza in materia di investimenti è, come anzidetto, la «raccomandazione personalizzata».

Con tale espressione non si vuole di certo far riferimento al banale consiglio che il consulente rivolge al risparmiatore, bensì evidenziare la necessità di una rappresentazione pragmatica, da parte dell'intermediario, di un prodotto finanziario specifico e selezionato in quanto perfettamente conforme alle caratteristiche, agli obiettivi e, soprattutto, alla tolleranza al rischio che l'investitore intende sopportare.

È proprio la tutela dell'investitore,¹⁴ infatti, l'obiettivo principalmente perseguito dal legislatore europeo – con MiFID I prima e MiFID II poi – imponendo nel concreto all'intermediario, prima di prestare ogni attività di consulenza, lo specifico obbligo di acquisire informazioni utili a “cristallizzare” il profilo del proprio cliente, analizzando le conoscenze ed esperienze in materia di investimenti che quest'ultimo potrebbe aver già maturato ovvero individuando quello specifico prodotto che sia al meglio soddisfacente dell'interesse economico dallo stesso auspicato.

Una delle novità più incisive apportate dalla Direttiva 2004/39/CE, invero, è rappresentata, non tanto dalla “categorizzazione” della clientela,¹⁵ ma piuttosto, dalla pragmatica distinzione delle attività in cui si sostanzia l'agire dell'intermediario.

Il tritico enucleato, infatti, si compone della valutazione di adeguatezza, della valutazione di appropriatezza e, infine, della mera esecuzione (*execution only*).¹⁶ Si

¹⁴ J. CAPOBIANCO, *MiFID II: la tutela dell'investitore si basa sul rapporto relazionale ed etico*, in *Rivista Bancaria – Minerva Bancaria*, 2018, n.2/3, p. 161 e ss..

¹⁵ Sul punto si tornerà nel prosieguo.

¹⁶ C. BRESCIA MORRA, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione di ordini*, in *L'attuazione della MiFID*, a cura di R. D'Apice, Bologna, 2007, p. 517 e ss.; L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella direttiva Mifid*, in *I Contratti*, 2007, p. 583 e ss.

tratta di un *modus operandi* così congegnato per far fronte alle diverse esigenze prospettate da una clientela diversificata, perché inevitabilmente eterogenea.

Nel concreto, quando l'intermediario opera in regime di consulenza, per ciò soltanto – considerata la discrezionalità del suo agire e l'assoluta fiducia che in lui ripone il cliente – è tenuto ad effettuare una valutazione di adeguatezza relativamente alle operazioni che intende consigliare; valutazione che si sostanzia nella raccolta di informazioni inerenti alle conoscenze ed esperienze in materia già maturate dal cliente, alla sua situazione finanziaria e, infine, ai suoi obiettivi di investimento.¹⁷

Pertanto, sarà ritenuta adeguata quell'operazione perfettamente coerente ai parametri succitati.

¹⁷ Di recente la Suprema Corte di Cassazione (ord. Cass. Civ., Sez. I, 11 maggio 2018, n.11544) ha, peraltro, ribadito il principio secondo il quale l'intermediario è tenuto a comunicare al proprio cliente le ragioni per cui ritiene di dover valutare un investimento inadeguato rispetto al suo profilo, senza che rilevi in modo alcuno il fatto che, magari, l'investitore in passato abbia già effettuato investimenti dello stesso tipo o magari più rischiosi. La Corte, infatti, espressamente afferma che «*in materia di intermediazione finanziaria, gli obblighi di informazione che gravano sull'intermediario, dal cui inadempimento consegue in via presuntiva l'accertamento del nesso di causalità del danno subito dall'investitore, impongono la comunicazione di tutte le notizie conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale e l'indicazione, in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di "default" dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito, in quanto tali informazioni costituiscono reali fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno (Cass. n.12544/2017). La Corte ha altresì rilevato che in tema di intermediazione mobiliare, ove il cliente gli affidi il solo incarico di eseguire degli ordini, ma non anche quello di consulenza in relazione alla scelta dei prodotti finanziari da acquistare e di gestione del portafoglio dei titoli stessi, l'intermediario è comunque tenuto – ai sensi degli artt. 1 e 21 del d.lgs. n.58 del 1998 e degli artt. 28 e 29 del regolamento Consob n.11522 del 1998 – a fornire al primo adeguate informazioni sia sulla base delle operazioni in sé, sia quanto alla loro adeguatezza rispetto al suo profilo di rischio. Pertanto, ai fini della valutazione di adeguatezza di tali informazioni, nonché delle omissioni in esse ravvisabili, non rileva che il cliente abbia dichiarato, in sede di stipula del contratto quadro di investimento, di possedere un'esperienza "alta" con riferimento ai prodotti finanziari da acquistare ed un'elevata propensione al rischio, né che egli si sia eventualmente rifiutato di dare indicazioni sulla propria situazione patrimoniale (Cass. n.18702/16). È stato altresì chiarito che in tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata [...], può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di detta regola – applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini – non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio [...] perché ciò non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla Consob (Cass. n.17340/08)».*

Ove mai, invece, l'intermediario non riuscisse ad ottenere le informazioni necessarie, ebbene non potrà prestare un servizio di consulenza perché non godrà degli elementi necessari per poter parametrare l'oggetto della sua raccomandazione al profilo del cliente, ma potrà, però, valutare la mera appropriatezza dell'investimento, limitandosi cioè a verificare la sussistenza, in capo all'investitore, di una conoscenza ed esperienza necessaria per poter procedere alla realizzazione dell'investimento auspicato. Investimento che, del resto, potrà essere realizzato comunque dal consulente, finanche nel caso in cui lo stesso appaia del tutto inappropriato alla profilatura del cliente!¹⁸

In ultimo, potrebbe anche non essere necessaria l'acquisizione di alcuna informazione da parte dell'intermediario e ciò perché l'impresa si limita, magari, a fornire un servizio di esecuzione e/o di ricezione e trasmissione di ordini relativi, ad esempio, ad azioni quotate su mercati regolamentati. Si agisce, in tal caso, per conto del cliente e, pertanto, si annulla del tutto ogni margine di discrezionalità dell'agire dell'intermediario.

Pertanto, con MiFID I si individuano i due elementi costitutivi della consulenza finanziaria: la raccomandazione personalizzata (c.d. elemento soggettivo); la determinatezza dello strumento finanziario (c.d. elemento oggettivo).

In primo luogo, la personalizzazione della raccomandazione implica sicuramente un'individualizzazione del destinatario, dal momento che la stessa è rivolta ad un soggetto determinato, rispetto alle cui caratteristiche deve anche essere adeguata.

¹⁸ Sul punto, invero, non sono affatto mancati risvolti patologici. Un caso paradigmatico è stato quello affrontato dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), il quale ha evidenziato che, nel caso in cui la sequenza dei preordini di acquisto risulti ravvicinata (nel caso di specie i minuti intercorsi tra i test di adeguatezza e appropriatezza erano assolutamente esigui), ebbene ciò di certo non può essere privo di pregio in relazione alla valutazione di correttezza, da parte dell'intermediario, nello svolgimento delle valutazioni di conformità del prodotto alla profilatura dell'investitore. Il Collegio, infatti, afferma che «*dalla modulistica ... emerge, anzitutto la contestualità delle fasi che hanno portato prima alla verifica di (in)adeguatezza e poi ad impartire l'ordine di esecuzione dell'operazione, senza consentire al cliente di poter disporre di un tempo ancorché minimale congruo per poter acquisire previamente ed effettivamente le informazioni necessarie per superare in modo consapevole il vincolo di inadeguatezza e, solo in esito a ciò, incaricare eventualmente l'intermediario di dare comunque corso all'operazione*» (v. ex multis Decisione n.61 del 3 ottobre 2017; Decisione n.317 del 9 marzo 2018; Decisione n.512 del 1° giugno 2018; Decisione n.564 del 25 giugno 2018).

Avuto riguardo al primo elemento, autorevole dottrina ha evidenziato, in verità, che «una raccomandazione personalizzata non può che essere adeguata, mentre una raccomandazione non adeguata, non adatta al cliente, manca del requisito della personalizzazione».19

Quanto detto, però, induce ad una riflessione.

Se è la nozione di consulenza a doversi analizzare, ebbene la stessa non può e non deve essere confusa con il regime che contraddistingue la sua disciplina e, pertanto, l'adeguatezza della raccomandazione deve essere intesa in un modo diverso – più congeniale all'approccio nozionistico che si cerca di perseguire – rispetto alla valutazione di adeguatezza che interessa, invece, il prodotto finanziario.

Vorrà dire, pertanto, che perché la raccomandazione sia personalizzata e, dunque, adeguata al cliente, l'intermediario dovrà selezionare un prodotto che sia la risultante di una *contractio* tra le caratteristiche dell'investitore e l'ontologia dello strumento indicato, al fine di rendere, quanto proposto, adeguato a quanto potenzialmente conseguibile.

Se ciò poi determinerà, nel prosieguo del rapporto, la realizzazione di un investimento inadeguato rispetto alla profilatura di rischio del cliente non importa, perché comunque la raccomandazione si riterrà offerta in regime di consulenza, avendo riguardo cioè «alle caratteristiche personali del destinatario del consiglio».20

Del resto, anche MiFID II non smentisce affatto tale orientamento, ritenendo il legislatore europeo – ancora una volta – necessaria l'individuazione di misure che «tengono a garantire che si realizzi e sia verificabile la corrispondenza dell'investimento offerto al cliente con i suoi interessi e la sua propensione al

19 F. TEDESCHI, *La consulenza finanziaria e l'ambito di applicazione ai promotori finanziari*, in *dirittobancario.it*.

20 A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La consulenza in materia di investimenti: profili di novità della fattispecie*, in *L'attuazione della direttiva MiFID*, a cura di L. Frediani e V. Santoro, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 73 e ss..

rischio».21

Ciò è palesemente confermato dall'art. 24, comma 2, della Direttiva 2014/65/UE, ai sensi del quale si impone alle imprese di investimento di garantire che gli strumenti finanziari prodotti e destinati alla vendita siano concepiti per soddisfare le esigenze di un *target* determinato di clienti, dimodoché la strategia di distribuzione del prodotto sia assolutamente compatibile con il "tipo" di consumatore cui lo stesso è destinato.

È questa, allora, la pietra angolare alla luce della quale studiare il servizio di consulenza in materia di investimenti per comprenderne le reali ricadute applicative; è l'adattamento del prodotto al cliente e ai suoi reali interessi che deve porsi quale *focus* di un giurista attento alla *ratio* di un intervento normativo innovativo – e finanche restrittivo – quale è stato MiFID II.

In verità, perché il prodotto possa essere meglio confacente alle esigenze del risparmiatore occorre che si proceda ad una categorizzazione della clientela, rifuggendo dall'immagine standardizzata, generale e astratta, del consumatore inteso quale "contraente debole", vittima subordinata al volere incontrastato dell'intermediario. Solo così, infatti, si potrà concretamente enucleare una tutela efficace e attenta alla fisiologica diversificazione che contraddistingue i risparmiatori.

Del resto, già MiFID I ha evidenziato che «*le misure destinate a proteggere gli investitori dovrebbero essere adeguate alle specificità di ciascuna categoria di investitori (clienti al dettaglio, professionali e controparti)*»²² e, pertanto, MiFID II non smentisce – né potrebbe mai farlo – tale orientamento, anch'essa individuando, accanto al cliente *retail* con un profilo di rischio prudenziale, la figura dell'investitore qualificato e professionale, da intendersi quale «*cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le*

²¹ V. RICCIUTO, *La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. Mi-FID2*, in *Rivista di Diritto dell'impresa*, I, 2016, p. 17 e ss..

²² Considerando n.31 della Direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le Direttive 85/64/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che abroga a sua volta la Direttiva 93/22/CEE del Consiglio.

*proprie decisioni in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che assume».*²³

Nel concreto,²⁴ allora, la raccomandazione deve presentare un carattere di particolarità, nel senso che deve essere agevolmente individuato il destinatario cui il consiglio è rivolto, non potendosi affatto ritenere che rientri nell'ambito della prestazione di un servizio di consulenza quella raccomandazione diffusa tramite canali di distribuzione ovvero rivolta al pubblico indistinto.²⁵ Ancora, la raccomandazione offerta deve essere assolutamente specifica, poiché inerente ad un determinato strumento finanziario e protesa all'effettiva realizzazione di quelle operazioni di cui all'art. 52, comma 2, della Direttiva 2006/73/CE.²⁶ Infine, il consiglio deve essere concretamente modellato sulla base delle caratteristiche dell'investitore.

Con un'operazione di "sartoria giuridica", dunque, le raccomandazioni fornite dal

²³ Allegato II della Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014.

²⁴ L'impostazione seguita è quella di G.L. GRECO, *Commento all'art. 3, comma 3, in L'attuazione della Direttiva MiFID. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n.164*, a cura di A. IRACE e M. RISPOLI FARINA, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 104 e ss..

²⁵ Ciò è quanto deriva dalla lettura dell'art. 52, comma 3, della Direttiva 2006/73/CE, recante le modalità di esecuzione della Direttiva 2004/39/CE, ai sensi del quale si prescrive che «una raccomandazione non è una raccomandazione personalizzata, se viene diffusa esclusivamente tramite canali di distribuzione o se è destinata al pubblico».

²⁶ Art. 52, comma 2, della Direttiva 2006/73/CE. È questa anche l'impostazione tesaurizzata dal legislatore italiano nella nuova formulazione dell'art. 5-septies, comma 1, del T.U.F., come novellato dall'art. 1, comma 1, lett. z), del d.lgs. del 3 agosto 2017, n.129, il quale solo in apparenza appare contenutisticamente più conciso rispetto alla definizione fornita dal previgente comma 1 della norma succitata, in cui specificamente si sanciva che «la raccomandazione è personalizzata quando è presentata come adatta per il cliente o è basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente. Una raccomandazione non è personalizzata se viene diffusa al pubblico mediante canali di distribuzione». La nuova disposizione, infatti, semplicisticamente si limita ad indicare cosa debba intendersi per «consulenza in materia di investimenti», ma bisogna che la stessa sia letta in combinato disposto con l'art. 9, comma 1, del Regolamento delegato (UE) 2017/565 del 25 aprile 2016 che integra la Direttiva 2014/65/UE per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento. Nel concreto, allora, il nuovo 5-septies, è così completato, ritenendo che la «raccomandazione personalizzata è una raccomandazione fatta ad una persona nella sua qualità di investitore o potenziale investitore o nella sua qualità di agente di un investitore o potenziale investitore. Detta raccomandazione è presentata come adatta per tale persona, o è basata sulla considerazione delle caratteristiche di tale persona, e consiste nella raccomandazione di: a) comprare, vendere, sottoscrivere, scambiare, riscattare, detenere un determinato strumento finanziario o assumere garanzie nei confronti dell'emittente rispetto a tale strumento; b) esercitare o non esercitare il diritto conferito da un determinato strumento finanziario di comprare, vendere, sottoscrivere, scambiare o riscattare uno strumento finanziario. Una raccomandazione non è considerata una raccomandazione personalizzata se è rivolta esclusivamente al pubblico». Pertanto, nella sostanza, nulla è cambiato!

consulente non possono affatto presentare un connotato di generalità²⁷ e genericità,²⁸ dovendosi le stesse parametrare non solo alle caratteristiche dell'investitore cui si rivolgono, ma anche allo strumento finanziario che ne costituisce l'oggetto, a nulla rilevando se, in concreto, l'iniziativa è stata assunta dall'intermediario ovvero dal suo cliente.²⁹

Ciò posto, allora, perché possano pragmaticamente realizzarsi gli effetti auspicati dal legislatore in materia di consulenza, occorre che il consiglio individualizzato e determinato sia anteceduto dall'acquisizione di informazioni, da parte del consulente, idonee a "cristallizzare" il reale profilo del proprio investitore e, parimenti, occorre che l'intermediario informi quest'ultimo in ordine alla natura e ai rischi connessi all'investimento che si accinge ad effettuare.

3. Il dovere di "informarsi e di informare": l'informazione come garanzia di adeguatezza

La tutela dell'investitore è un tema centrale in MiFID I e in MiFID II, dal momento che la Direttiva del 2014 si pone chiaramente *in continuum* con la previgente, essendo quest'ultima vera e propria pietra miliare in materia di servizi di investimento.

²⁷ Occorre precisare che l'oggetto della consulenza potrebbe finanche sostanziarsi nell'offerta da parte dell'intermediario di un solo consiglio, c.d. *spot*, senza che sia indispensabile, cioè, la sussistenza di un rapporto continuativo con il suo cliente. Nessuna rilevanza, invece, può essere riconosciuta ai pareri genericamente espressi da parte del consulente, salvo che gli stessi non siano antecedenti ovvero contestuali alla prestazione del servizio principale. In tal caso, infatti, in attuazione di quanto sancito dal considerando n.16 del Regolamento delegato (UE) 2017/565 del 25 aprile 2016 che integra la Direttiva 2014/65/UE, «*gli atti compiuti dall'impresa di investimento in preparazione della prestazione di un servizio di investimento o dello svolgimento di un'attività di investimento dovrebbero essere considerati parte integrante di tale servizio o attività. Tra tali atti rientrerebbe ad esempio la fornitura di pareri generici da parte dell'impresa di investimento a clienti o potenziali clienti prima o nel corso della prestazione di consulenza in materia di investimenti o di qualsiasi altro servizio o attività di investimento*».

²⁸ Esulano, infatti, dalla nozione di consulenza i consigli che non ineriscono a singoli e specifici strumenti finanziari. Sul punto, la Consob ha espressamente evidenziato che, ad esempio, l'attività di un promotore finanziario consistente nel commentare a mezzo *internet* l'andamento dei mercati, senza che a ciò faccia seguito la proposizione di una qualsivoglia tipologia di prodotto ovvero la corresponsione di un emolumento, non integra assolutamente il servizio di consulenza (v. Consob, risp. a ques. n.81423/2000).

²⁹ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 113 e ss..

È con l'informazione,³⁰ senza dubbio, che al cliente si assicura una concreta tutela, non soltanto in fase distributiva, ma anche in fase preventiva, prevedendosi, cioè, a carico dell'intermediario l'obbligo di "focalizzare" la figura del suo cliente, prima ancora di selezionare il prodotto allo stesso più adatto.³¹

Quanto detto occorre che sia contestualizzato per poter essere perfettamente compreso nei suoi risvolti applicativi.

Nel sistema "ante MiFID",³² invero, soltanto il combinato disposto degli artt. 28 e 31 del Regolamento Intermediari³³ garantiva uno "scudo difensivo" – peraltro scarso – al cliente. Gli intermediari autorizzati, infatti, prima di stipulare un contratto di consulenza in materia di investimenti, erano tenuti a consultare l'investitore per conoscerne l'esperienza in materia, la situazione finanziaria e gli obiettivi di investimento, nonché la propensione al rischio, a patto, però, che il cliente non fosse un operatore qualificato.³⁴ In tal caso, invece, ove mai il cliente

³⁰ A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione*, in *L'attuazione della MiFID in Italia*, a cura di R. D'APICE, il Mulino, Bologna, 2010, p. 507 e ss.; C. RABITTI BEDOGNI, *Dovere dell'intermediario di comportarsi con correttezza e trasparenza*, in *L'attuazione della MiFID in Italia*, a cura di R. D'APICE, il Mulino, Bologna, 2010, p. 31 e ss.; V. SANTORO, *Il dovere di informazione e di agire al meglio nell'interesse del cliente nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, Milano, 1998, p. 669 e ss.; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

³¹ Ai sensi dell'art. 24, comma 3, della Direttiva 2014/65/UE, è sancito che «*tutte le informazioni, comprese le comunicazioni di marketing, indirizzate dalle imprese di investimento a clienti o potenziali clienti [devono essere] corrette, chiare e non fuorvianti*», nonché tempestive, ma ciò non basta e non potrebbe mai bastare, perché si rivela oltremodo necessario anche un ampliamento degli oneri a carico dell'intermediario relativi allo specifico prodotto offerto, e, pertanto, l'art. 25, comma 2, impone all'impresa di investimento, quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, di ottenere «*le informazioni necessarie in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente o potenziale cliente in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla sua situazione finanziaria, tra cui la capacità di tale persona di sostenere perdite e ai suoi obiettivi di investimento, inclusa la sua tolleranza al rischio, per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o al potenziale cliente e siano in particolare adeguati in funzione della sua tolleranza al rischio e della sua capacità di sostenere perdite*».

³² Cfr. G. M. UDA, *La MiFID 2*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 27 e ss..

³³ Il riferimento è al Regolamento Consob n.11522 del 1° luglio 1998 attuativo del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n.58, concernente la disciplina degli intermediari, non più in vigore dal 2 novembre 2007 e sostituito dal Regolamento Consob n.16190 del 29 ottobre 2007, recante le norme di attuazione del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n.58, a sua volta sostituito dal Regolamento Consob n.2037 del 15 febbraio 2018.

³⁴ Ai sensi dell'art. 28 del Regolamento Consob n.11522 del 1998, rubricato «*informazioni tra gli intermediari e l'investitori*», è sancito che «*prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono: a) chiedere all'investitore*

avesse rilasciato una dichiarazione autoreferenziale³⁵ con cui così si definiva, ebbene «*si abbassava la soglia di tutela [...] in maniera significativa, e anzi, soprattutto per i soggetti più deboli e meritevoli di una tutela rafforzata, essa veniva sostanzialmente annullata*».³⁶

Nella disciplina pre-MiFID, infatti, agli operatori qualificati non potevano applicarsi le disposizioni normalmente previste a tutela dell'investitore dalla normativa di settore.

Il riferimento vuole essere, chiaramente, alla disciplina in materia di conflitti di interesse,³⁷ agli obblighi informativi di cui è gravato l'Intermediario *ex ante*,³⁸ alla necessità di una valutazione di adeguatezza effettuata per conto dell'investitore³⁹

notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore; b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n.3. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento».

³⁵ A tale dichiarazione la giurisprudenza ha a fatica riconosciuto univoca ontologia. In un primo momento, infatti, la dichiarazione autoreferenziale è ritenuta vera e propria confessione (Trib. di Torino, 18 settembre 2007, in *Contratti*, 2008, p. 1138 e ss.), per poi negarne l'«effetto liberatorio» e ritenerne la natura di «atto negoziale fondato sul principio di autoresponsabilità» (G. M. UDA, *cit.*, p. 31; Tribunale di Milano, 20 luglio 2006, in *ilcaso.it*). Successivamente, però, superando l'impostazione anzidetta, il Tribunale di Novara ha ritenuto, invece, che la dichiarazione autoreferenziale deve assolutamente considerarsi per ciò che in realtà è, e cioè null'altro che un atto dichiarativo, cui non possono affatto ricollegarsi effetti giuridici spendibili, per giunta, in un rapporto complesso quale è quello di intermediazione finanziaria (Trib. di Novara, 18 gennaio 2007, in *Le Società*, 2008, p. 755 e ss.).

³⁶ M. UDA, *cit.*, p. 30.

³⁷ Art. 27 del Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n.11522 del 1° luglio 1998). Sul punto si veda anche C. BRESCIA MORRA, *Commento all'art. 4, comma 2, lett. a)*, in *L'attuazione della Direttiva MiFID. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n.164*, a cura di A. IRACE e M. RISPOLI FARINA, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 132 ss.; M. RISPOLI FARINA, *Commento all'art. 4, comma 2, lett. b)*, in *L'attuazione della Direttiva MiFID. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n.164*, a cura di A. IRACE e M. RISPOLI FARINA, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 140 ss.; A. ANTONUCCI, M. T. PARACAMPO, *Conflitti d'interesse e disciplina delle attività finanziarie: il Titolo II della legge risparmio e le sue successive modifiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2007, p. 28 ss..

³⁸ Art. 28 del Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n.11522 del 1° luglio 1998). Sul punto si veda A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1993, p. 289 ss..

³⁹ Art. 29 del Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n.11522 del 1 luglio 1998).

– considerando la tipologia, l’oggetto, la frequenza o la dimensione del prodotto – al vincolo della forma scritta nella stipula del contratto⁴⁰ e all’imposizione di un contenuto predeterminato di quest’ultimo⁴¹.

Se ciò è vero, allora, si arriva paradossalmente ad ammettere che il legislatore per effetto di un atto assolutamente dichiarativo legittima un depauperamento, in termini di tutela, nei confronti di un cliente per il sol fatto di non essere quest’ultimo presuntivamente inesperto e, dunque, “debole” *tout court*.

Quanto detto, lungi dal porsi come esaustivo, in realtà vuole essere esemplificazione palese della farraginosità del sistema antecedente all’entrata in vigore della Direttiva 2004/39/CE, con la quale, invece, “l’obbligo ad informare e ad informarsi” per l’intermediario diviene di gran lunga più stringente, in attuazione del sempre più evidente principio di trasparenza cui si uniforma l’intera disciplina di settore.

4. Segue. Le informazioni «in entrata» e le informazioni «in uscita»⁴²

L’intermediario, in effetti, per poter parametrare alla profilatura del suo cliente un prodotto finanziario, deve poter acquisire tutte le necessarie «*informazioni in entrata*»,⁴³ da combinare, poi, con le caratteristiche proprie del servizio finanziario offerto. La scelta, così, può ricadere (*rectius*: dovrebbe ricadere) su un prodotto adeguato e appropriato, proposto e prospettato al cliente con un’attività informativa questa volta «*di ritorno*». ⁴⁴

Del resto, ciò conferma il carattere bilaterale del rapporto sussistente tra l’intermediario e il suo cliente, alla luce del quale si giustifica il «*flusso in entrata delle informazioni verso l’intermediario e il flusso in uscita verso il cliente delle informazioni che sono il risultato dell’elaborazione di tutti i dati ricadenti*

⁴⁰ Art. 30, comma 1, del Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n.11522 del 1° luglio 1998).

⁴¹ Art. 30, comma 2, del Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24 febbraio 1998, concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n.11522 del 1° luglio 1998).

⁴² M. UDA, *cit.*, p. 32.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

*nell'ambito cognitivo dello stesso intermediario».*⁴⁵

La necessità, allora, di individuare un prodotto finanziario adeguato all'investitore impone una modulazione del contenuto dell'attività informativa, perché la stessa, non solo sempre fornita, ma anche costantemente parametrata al cliente che ne è destinatario.

A tal fine, invero, il legislatore europeo pragmaticamente distingue il *target* della clientela, differenziando gli investitori in clienti *retail*, clienti professionali e controparti qualificate.

I clienti al dettaglio sono quelli maggiormente tutelati, in quanto "contraenti deboli" per eccellenza e, pertanto, destinatari di ogni baluardo preposto a loro difesa dalla normativa di settore. I clienti professionali, invece, in quanto soggetti autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, non beneficiano del medesimo grado di tutela dei primi e, pertanto, si ritengono presuntivamente in grado di «*prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che si assumono*».⁴⁶ I clienti professionali, inoltre, possono specialisticamente essere definiti in termini di controparti qualificate ove mai la loro attività si sostanzia nella realizzazione di servizi di investimento quali la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti ovvero la ricezione e la trasmissione di ordini.

Una volta classificato il cliente, allora, l'intermediario è obbligato ad informare l'investitore in ordine alla categoria cui è stato assegnato, perché sia allo stesso riconosciuta la possibilità anche, eventualmente, di "trasmigrare" in un'altra, senza che ciò sia vulnerativo del proprio *status*. A tal fine, però, occorre che sia al cliente opportunamente prospettata la diversa lucratività e la differente rischiosità degli investimenti rispetto ai quali diverrebbe, così, coerente il proprio profilo di rischio: l'intermediario è tenuto a rendere edotto il cliente delle conseguenze cui si espone in ragione del subingresso in una nuova categoria di appartenenza!

Perché ciò, però, consegua gli effetti auspicati, occorre che le informazioni non

⁴⁵ M. UDA, *cit.*, p. 35.

⁴⁶ Cfr. Allegato II Direttiva 2004/39/CE.

solo siano nel concreto rese, ma anche che le stesse risultino «corrette, chiare e non fuorvianti».47

E non stupisce che questo sia il filone seguito anche da MiFID II che, tesaurizzando l'insegnamento di MiFID I, non ne smentisce la portata applicativa.

Con l'emanazione di MiFID II, invero, complice la crisi finanziaria48 che ne ha accompagnato l'entrata in vigore, il legislatore europeo dimostra di essere fermamente convinto del fatto che anche i clienti non al dettaglio potrebbero incorrere in un'oggettiva difficoltà valutativa in ordine alla portata degli investimenti cui sono interessati.

Al considerando n.104, infatti, si ha modo chiaramente di comprendere che «se da un lato è opportuno ribadire che le norme di comportamento dovrebbero essere applicate con riguardo agli investitori che hanno maggiormente bisogno di protezione, è d'altro lato opportuno calibrare meglio i requisiti applicabili alle diverse categorie di clienti».49

Ne deriva, pertanto, che anche il cliente professionale, sebbene più esperto di un piccolo risparmiatore occasionale, comunque potrebbe, nel caso concreto, apparire "debole" e inidoneo a valutare le conseguenze connesse all'investimento.

47 Art. 19, par. 1, della Direttiva 2004/39/CE.

48 Come osservato da autorevole dottrina, del resto, «la storia dei mercati finanziari insegna che in concomitanza di ogni grave crisi il legislatore interviene a modificare le regole del gioco, al fine di implementare la protezione a favore dell'anello debole della catena, ovvero il risparmiatore, [ebbene] anche la crisi dei mercati finanziari del 2008 – innescata in America dai mutui subprime e dal fallimento della Lehman Brothers, poi propagatasi per contagio in Europa per effetto della polverizzazione dei rischi nei titoli tossici (derivati), sino ad investire gli stessi in debiti sovrani, determinando una vera e propria crisi sistemica – ha costretto le istituzioni sovranazionali e nazionali ad intervenire, per modificare, appunto le regole del gioco, rivelatesi non più adeguate. L'effetto "domino" scatenatosi ed i conseguenti e concomitanti interventi pubblici di salvataggio hanno finito inevitabilmente per imporre all'attenzione generale non solo la fragilità strutturale dei sistemi bancari nazionali, ma anche la prossimità del rischio del fallimento degli Stati, in uno con quello dei rispettivi mercati bancari. Il che ha fatto maturare una diffusa consapevolezza che a pagare i danni dell'incontrollato moral hazard del management bancario e degli intermediari finanziari e, dunque, di tutti gli effetti distorsivi e, comunque, dell'inadeguatezza della risposta dei pubblici poteri, fossero, in realtà, i contribuenti/risparmiatori» (P. ROSSI, *Il nuovo regime della consulenza finanziaria nella MiFID II: prime riflessioni*, 2017, in *amministrazioneincammino.luiss.it*). Sul punto si veda anche F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. Colombini e M. Passalacqua, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'Ue dopo la crisi*, Utet, Torino, 2014, p. 121 ss..

49 Considerando n.104 della Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014.

Ma vi è di più. La necessità di un'attività informativa penetra e pervade tutto il rapporto di investimento, fin dalla fase antecedente alla stipula del contratto quadro di intermediazione finanziaria, dal momento che in occasione della sottoscrizione di quest'ultimo, l'intermediario deve rendere al cliente un'«*informativa precontrattuale*» che sia strumentale all'acquisizione, da parte del risparmiatore, di una consapevolezza concreta in ordine alla portata e alle conseguenze del suo investire. Si tratta, invero, di un'attività fondamentale, dal momento che solo dopo aver avuto contezza di ciò che succederà o che potrebbe verosimilmente succedere, il cliente potrà determinarsi in modo consapevole.

Sul punto, appare opportuno evocare quanto sancito a riguardo dal collegio dell'Arbitro per le Controversie finanziarie, cui si deve l'aver chiarito del tutto la portata ontologica dei doveri informativi gravanti sull'intermediario, distinti da quelli che, invece, caratterizzano l'agire del mero emittente. Il Collegio afferma, infatti, che mentre quest'ultimo «*intende offrire al pubblico indistinto i propri strumenti finanziari, pubblico verso il quale opera in regime di parità di trattamento [...] per contro, gli obblighi informativi degli intermediari verso i propri clienti si inseriscono in un quadro normativo differente, la cui pietra angolare risiede proprio nella capacità di "servire al meglio l'interesse" del cliente, adattando la prestazione erogata in ragione delle specifiche caratteristiche del contraente (esperienza, conoscenza, obiettivi di investimento, situazione patrimoniale)*». ⁵⁰

Come, allora, ciò si concilia con il servizio di consulenza, il cui oggetto è dato proprio dalle raccomandazioni personalizzate rese al cliente in vista di un investimento in strumenti finanziari?

Già MiFID I impone all'intermediario un obbligo ad acquisire informazioni "ad ampio spettro" sulla figura dell'investitore, perché la raccomandazione all'acquisto possa effettivamente dirsi personalizzata e, dunque, determinativa di un investimento adeguato, ma le storture della prassi hanno purtroppo ben presto preso il sopravvento.

Dal momento che l'acquisto di strumenti finanziari, infatti, fisiologicamente

⁵⁰ V. ex multis, decisione ACF n.111 del 16 novembre 2017.

espone il cliente a perdite non solo potenziali, ma anche ingenti, il “carattere soggettivo” dell’investimento viene garantito dalla preventiva compilazione, da parte dell’investitore, di un questionario auto-valutativo (nella prassi, il c.d. questionario MiFID) al fine di verificare proprio l’adeguatezza dell’operazione alla sua reale profilatura.

Ai sensi dell’art. 25, comma 2, della Direttiva MiFID II, invero, si prescrive, all’impresa di investimento, di informare adeguatamente il proprio cliente in ordine all’importanza e alla necessità di una verifica di adeguatezza, ma soprattutto si richiede alla stessa di ottenere dal risparmiatore ogni informazione utile in merito alle sue conoscenze ed esperienze in materia, alla sua situazione finanziaria – specie avuto riguardo alla capacità di sostenere delle perdite – e ai suoi obiettivi, ivi includendo anche la tolleranza al rischio.

Appare opportuno precisare, invero, che i criteri generali cui deve essere uniformato lo svolgimento dell’attività di consulenza, in quanto servizio di investimento, sono individuati dall’art. 21 del T.U.F., ai sensi del quale l’intermediario è tenuto non solo a comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l’interesse dei clienti e per garantire indiscutibilmente il buon andamento dei mercati, ma occorre altresì che acquisisca – e fornisca – tutte le informazioni necessarie a tal fine.

Per quanto inerisce, nello specifico, alla consulenza in materia di investimenti l’intermediario è chiamato a valutare l’adeguatezza del prodotto oggetto del servizio prestato, parametrando quest’ultimo al profilo di rischio del cliente.

Valutare l’adeguatezza di un prodotto, nella sostanza, significa verificare, per conto e nell’interesse dell’investitore, se un prodotto è realmente adatto alle sue caratteristiche. E allora, perché tale valutazione possa essere efficacemente compiuta, occorre che l’intermediario conosca perfettamente, da un lato, gli strumenti finanziari disponibili sul mercato (c.d. *know your product*) e, dall’altro, che ottenga dall’investitore quegli elementi conoscitivi che sono puntualmente

individuati dalla normativa di settore (c.d. *know your customer rule*).⁵¹

Cosa accade, invero, nella prassi? Gli intermediari, dichiarando di aver agito, ad esempio, in esecuzione di un ordine impartito dall'investitore ovvero mancando di prestare il servizio di consulenza previsto dal contratto quadro di intermediazione finanziaria, non valutano l'adeguatezza delle operazioni di investimento rispetto al profilo del cliente e, di fatto, palesemente violano l'obbligo di garantirne la maggior *satisfactio* possibile ex art. 21 del T.U.F..⁵² Oppure, ancora, in ragione dell'incertezza nozionistica caratterizzante la consulenza in materia di investimenti, i *regulators*, da sempre, effettuavano, in via generale, il controllo di adeguatezza, facendo, poi, leva sulla difficoltà probatoria sussistente nel provare *ex post* l'avvenuta prestazione di un servizio di investimento non contrattualizzato.

La fragilità del sistema, pertanto, evidenzia l'agevole esposizione dello stesso alle abili manovre degli intermediari che, *domini* del rapporto contrattuale, finiscono per effettuare operazioni di acquisto aventi ad oggetto titoli di certo non adeguati alla profilatura del risparmiatore inconsapevole.

È in tale prospettiva, allora, che il cliente è chiamato a sopportare la pervasività⁵³

⁵¹ Art. 39 del Regolamento Intermediari, ai sensi del quale è sancito che: «*Al fine di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adatti al cliente o potenziale cliente, nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, gli intermediari ottengono dal cliente o potenziale cliente le informazioni necessarie in merito: a) alla conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento*».

⁵² Ai sensi dell'art. 21 del T.U.F., infatti, è sancito che «*nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività*».

⁵³ D'altro canto, le criticità dei questionari di adeguatezza erogati dagli stessi intermediari, in realtà, evidenziano come molto spesso la principale preoccupazione non sia quella di «*proteggere il cliente, bensì quello di proteggersi dal cliente nel caso di un eventuale, successivo contenzioso*» (A. SCIARRONE ALIBRANDI, *cit.*, p. 78). Sul punto, inevitabile appare la segnalazione che i questionari in esame si caratterizzano per una modalità di indagine della conoscenza e dell'esperienza dell'investitore che tende a sovrastimare il livello di cultura ed esperienza del cliente, affidandosi gli stessi a domande che implicano un'autovalutazione. L'ESMA ha stigmatizzato tale modalità e, già nelle sue Linee Guida pubblicate nel 2012, ha sottolineato l'opportunità di accertare sulla base di criteri oggettivi e non derivanti dall'autovalutazione del cliente, la conoscenza e la comprensione di nozioni fondamentali, quali la relazione tra rischio e rendimento nonché il principio della diversificazione del rischio. Ciò, allora, implicherà che, alla luce di Mi-FID II, gli intermediari dovranno

dell'attività ispettiva condotta dall'intermediario *ex ante*, la quale appare sicuramente funzionale ad una conoscenza effettiva del risparmiatore, interessato ad instaurare un rapporto «*profondo*»,⁵⁴ quale è quello di consulenza.

La questione, beninteso, è ancora oggi di difficile soluzione.

Pur suggerendo la Consob di «*coniugare – in via generale – la prestazione dei servizi di investimento diversi dalla gestione, alla prestazione del servizio di consulenza, anche al fine di limitare il possibile contenzioso con la clientela*»,⁵⁵ ebbene ciò espone ad una criticità inevitabile, quale è quella di «*applicare le pregnanti regole in materia di adeguatezza a servizi che, in base alla MiFID, dovrebbero invece risultare sottoposti al regime di appropriatezza, snaturando così una delle più importanti differenze, nella modalità di prestazione dei servizi, discendenti dalla disciplina comunitaria*». ⁵⁶

Con l'entrata in vigore di MiFID II, in realtà, la prestazione del servizio di consulenza si salda a tal punto con la valutazione di adeguatezza da riconoscere all'intermediario la possibilità di fornire periodicamente tale valutazione in ordine a strumenti finanziari già raccomandati e, dunque, già valutati. Occorrerà, però, che siano prontamente comunicate all'investitore: «*la frequenza e la portata della valutazione periodica dell'adeguatezza e, laddove pertinente, le condizioni che la determinano; la misura in cui le informazioni precedentemente raccolte sono sottoposte a rivalutazione; il modo in cui una raccomandazione aggiornata è comunicata al cliente*». ⁵⁷

Ma vi è di più. Gli intermediari che decidano di optare per una valutazione periodica di adeguatezza sono tenuti anche a riesaminare almeno una volta all'anno le informazioni già rese e la *ratio* di ciò è intuitiva: migliorare qualitativamente il servizio offerto e garantire la reale parametrizzazione del prodotto al profilo di rischio del cliente. Del resto, occorre anche che, prima ancora che la

dotarsi di presidi operativi nuovi e funzionali a garantire un controllo nella comparazione dei prodotti, nella revisione della modulistica e nei *report* forniti dal cliente.

⁵⁴ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *cit.*, p. 73 e ss..

⁵⁵ F. ANNUNZIATA, *cit.*, p. 190.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Art. 24 e art. 52 del Regolamento delegato (UE) 2017/565.

transazione sia effettuata, gli intermediari giustificano razionalmente la ragione per la quale il prodotto prescelto risulta perfettamente corrispondente agli obiettivi e alle caratteristiche del cliente.

Sicuramente, però, ciò implicherà inevitabili ricadute in termini di costi, perché l'intermediario, per poter concretamente conseguire gli obiettivi preposti dal legislatore comunitario, dovrà inevitabilmente dotarsi di appropriate procedure endogene che gli consentano di modulare in modo opportuno i servizi di investimento e gli strumenti finanziari al cliente cui sono destinati.

Il legislatore, dunque, è ambizioso nell'auspicare un notevole interessamento all'investimento finanziario di soggetti che tradizionalmente sono restii al rischio, ma al contempo è costretto a soggiacere alla propria ambizione, rendendo inevitabilmente ostica per l'investitore la conoscenza del prodotto offerto e per l'intermediario la possibilità di agire in economia.

5. La nuova consulenza su base indipendente

Nel 2014 il legislatore europeo, con la Direttiva 2014/65/UE,⁵⁸ ridisegna il quadro normativo di riferimento in materia di intermediazione finanziaria e rende l'attività di consulenza tanto centrale da introdurre perfino una nuova modulazione applicativa.

Come già osservato, infatti, *«la consulenza diviene lo strumento "principe" da utilizzare con il cliente da parte dell'intermediario, mentre il collocamento di strumenti finanziari diventa recessivo, subalterno rispetto alla consulenza»*.⁵⁹

Interessata a garantire una maggiore trasparenza, MiFID II, allora, non solo anticipa la valutazione di adeguatezza dalla fase distributiva al momento della *product governance*, non solo riconosce all'ESMA la possibilità di impedire o limitare la vendita di taluni prodotti finanziari ove mai gli stessi generino *«gravi*

⁵⁸ Il legislatore italiano ha recepito la Direttiva MiFID II modificando il T.U.F., mentre la Consob, dal canto suo, ha novellato, con delibera n.19548 del 17 marzo 2016, il Regolamento Intermediari (n.16190 del 2007), il Regolamento Emittenti (n.11971 del 1999) e, infine, il Regolamento Consulenti (n.17130 del 2010).

⁵⁹ P. Rossi, *cit.*, p. 10.

timori in merito alla protezione degli investitori»,⁶⁰ ma introduce anche la consulenza su base indipendente.

Con MiFID I, infatti, non era previsto, tra le caratteristiche oggettive del servizio di consulenza, il requisito dell'indipendenza, preoccupandosi la Direttiva piuttosto di garantire la neutralità del consulente, rispetto agli investimenti, con il richiamo alla disciplina del conflitto di interesse.⁶¹

Una precisazione, però, appare necessaria.

Lungi dal potersi ritenere che con MiFID II si sia inaugurato un «*processo di frantumazione*»⁶² del servizio di consulenza, l'introduzione della consulenza su base indipendente garantisce una vera e propria pragmatica modulazione del servizio già regolarmente prestato dall'intermediario, senza che si assista, così, alla creazione di «*comparti a tenuta stagna*». ⁶³

Non a caso il legislatore comunitario non offre nessuna definizione della consulenza indipendente e ciò indiscutibilmente è dimostrativo del fatto che il servizio di investimento in esame rimane ed è unico, venendosi lo stesso solo a parametrare al *target* del cliente.

Ai sensi dell'art. 24, par. 4, lett. a) della Direttiva MiFID II, il legislatore impone agli intermediari di comunicare ai propri clienti, prima ancora che sia concluso il contratto quadro di intermediazione finanziaria: *i)* se la consulenza sarà o meno prestata su base indipendente; *ii)* se la consulenza avrà ad oggetto un'analisi ampia delle tipologie di strumenti presenti sul mercato; *iii)* se l'intermediario fornirà al proprio cliente una periodica valutazione di adeguatezza.

Nel concreto, le caratteristiche di una consulenza svolta su base indipendente sono due: *i)* l'intermediario deve valutare «*una congrua gamma di strumenti*

⁶⁰ Cfr. considerando n.29 MiFIR.

⁶¹ Con MiFID II si rafforzano i presidi in materia di conflitto di interessi, specie avuto riguardo alle ipotesi in cui il servizio si accompagna a quello di distribuzione e collocamento di strumenti finanziari emessi dall'impresa, ai sensi dell'art. 41 del Regolamento n.565 del 2017.

⁶² In questo senso, invece, U. RIGONI, *Finanza comportamentale e gestione del risparmio*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 164 e ss..

⁶³ F. CIVALE, *Consulenza e MiFid 2: il nuovo assetto a geometria variabile*, in *dirittobancario.it*.

finanziari disponibili sul mercato»,⁶⁴ selezionando quelli che, in quanto «sufficientemente diversificati», ben rappresentano ciò che è generalmente disponibile⁶⁵; ii) nessun incentivo può essere riscosso dall'impresa che presta un servizio di consulenza su base indipendente, salvo che non si tratti dei c.d. *minor non monetary benefits*, idonei soltanto cioè a migliorare qualitativamente il servizio prestato.

Con riferimento al primo requisito, proprio l'ESMA⁶⁶ ha chiarito che i prodotti

⁶⁴ Art. 24, comma 7, ai sensi del quale si prescrive che «quando l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza in materia di investimenti è fornita su base indipendente, essa: a) valuta una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che devono essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non devono essere limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti i) dall'impresa di investimento stessa o da entità che hanno con essa stretti legami o ii) da altre entità che hanno con l'impresa di investimento stretti legami o rapporti legali o economici - come un rapporto contrattuale - tali da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata; b) non accetta e trattiene onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi in relazione alla prestazione del servizio ai clienti. Occorre comunicare chiaramente i benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali da pregiudicare il rispetto da parte delle imprese di investimento del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti; tali benefici sono esclusi dalla presente disposizione».

⁶⁵ Come opportunamente evidenziato sul punto «Il processo di selezione degli strumenti finanziari, dunque, dovrà rispettare alcuni requisiti: a) in primis, l'intermediario dovrà effettuare una selezione diversificata di strumenti finanziari per tipo, emittente o casa prodotto che non sia limitata agli strumenti finanziari emessi o distribuiti dallo stesso intermediario-consulente, o da soggetti che abbiano stretti legami, o altri rilevanti legami economici o giuridici con l'intermediario medesimo; b) in secondo luogo, il numero e la tipologia di strumenti finanziari considerati deve essere proporzionata al perimetro del servizio di consulenza offerto; c) in terzo luogo, il numero e la tipologia di strumenti finanziari considerati deve essere adeguatamente rappresentativa, considerati gli strumenti finanziari disponibili sul mercato; d) infine, i criteri di comparazione dei diversi strumenti finanziari devono includere tutti gli aspetti rilevanti, quali i rischi, i costi, la complessità e le caratteristiche della clientela target e devono assicurare che né la selezione degli strumenti finanziari che possono essere raccomandati, né le raccomandazioni rivolte alla clientela siano non obiettive» (P. Rossi, cit., p. 12).

⁶⁶ L'ESMA, infatti, chiaramente afferma che perché una consulenza possa definirsi su base indipendente occorre che l'intermediario individui un ampio perimetro di riferimento al fine di valutare la "globalità" degli strumenti finanziari. Ritiene, infatti, che «an investment firm informing a client that investment advice is provided on an independent basis shall define and implement a selection process to assess and compare a sufficient range of financial instruments available on the market. The selection process should include all of the following elements: i. a diversified selection of financial instruments by type, issuer, or product provider, which is not limited to financial instruments issued or provided by the investment firm it-self or by entities having close links or other relevant close legal or economic relation-ship with the investment firm should be considered; ii. the number and variety of financial instruments considered should be proportionate to the scope of advice services offered by the independent investment adviser; iii. the number and variety of financial instruments considered is adequately representative of financial instruments available on the market; iv. the quantity of financial instruments issued by the investment firm itself

oggetto di interesse per un intermediario che opti per la prestazione di un servizio di consulenza su base indipendente sono individuati, in primo luogo, nella selezione di strumenti finanziari che siano tra loro diversificati per tipo, emittente o fornitore, non dovendosi l'intermediario limitare a quanto dallo stesso emesso o fornito ovvero a quanto offerto sul mercato da soggetti che siano allo stesso strettamente legati, in termini legali o economici. Inoltre, è richiesto all'intermediario di valutare il numero e il "tipo" di strumenti finanziari alla luce di un principio di proporzionalità rispetto ai servizi di consulenza prestati i quali, a loro volta, occorre che siano adeguatamente rappresentativi di quanto disponibile sul mercato. Da ultimo, occorre poi che nell'effettuare l'analisi comparativa volta all'individuazione del prodotto meglio confacente alle esigenze dell'investitore, l'intermediario consideri anche, complessivamente, i rischi, i costi e le criticità allo stesso connesse.

Per quanto inerisce, invece, alla seconda condizione necessaria perché la consulenza si qualifichi su base indipendente, al considerando n.74 MiFID II chiarisce che *«tutti gli onorari, le commissioni e gli altri benefici monetari pagati o forniti da un terzo debbano essere restituiti integralmente al cliente quanto prima dopo il ricevimento dei pagamenti stessi da parte dell'impresa e che quest'ultima non debba essere autorizzata a detrarre i pagamenti di terzi dalle commissioni che il cliente deve all'impresa. È opportuno che il cliente sia informato in modo adeguato e, se del caso, regolare circa gli onorari, le commissioni e gli altri benefici che l'impresa ha ricevuto in relazione ai servizi di investimento prestatogli e che gli ha trasferito. Le imprese che forniscono una consulenza indipendente o prestano un servizio di gestione del portafoglio dovrebbero anche elaborare una politica rientrante nei requisiti organizzativi volta a garantire che i pagamenti ricevuti da terzi siano assegnati e trasferiti ai clienti. Dovrebbero essere consentiti*

or by entities closely linked to the investment firm itself is proportionate to the total amount of financial instruments considered; and v. the criteria for comparing the various financial instruments should include all relevant aspects such as risks, costs and complexity as well as the characteristics of the investment firm's clients, and should ensure that neither the selection of the instruments that may be recommended nor the recommendations that are made to client are biased» (Cfr. ESMA, *Final Report - ESMA Technical Advice to the Commission on MiFID II and MiFIR* - ESMA/2014/1569, p. 147 e ss.).

solo benefici non monetari di entità minima, a condizione che il cliente ne sia chiaramente informato, che possano migliorare la qualità del servizio offerto e che non possano essere considerati arrecare pregiudizio alla capacità delle imprese di investimento di agire nel migliore interesse dei loro clienti». ⁶⁷

È questo il tema della c.d. retrocessioni, tradizionale metodo remunerativo tramite il quale le imprese emittenti inoltrano a quelle che distribuiscono e collocano gli strumenti finanziari, una somma fissa ovvero variabile ricevuta dal cliente al momento della transazione.

Tali *inducement*, invero, sono a tal punto vietati da MiFID II, in quanto vulnerativi per il cliente, che la Direttiva impone anche un obbligo a restituire *in toto* quanto già conseguito dalle imprese. Del resto, anche i *minor non monetary benefits* ⁶⁸ sono ritenuti accettabili soltanto se ragionevoli e proporzionati, ma soprattutto «*di portata tale da non essere in grado di incidere sul comportamento dell'impresa di investimento in alcun modo che sia pregiudizievole per gli interessi del cliente interessato*». ⁶⁹

Il legislatore nazionale, dal canto suo, recepisce la nozione di consulenza indipendente ai sensi dell'art. 24-bis del T.U.F. che, al comma 1, precisa che il consulente dovrà non solo informare l'investitore se la consulenza sarà o meno

⁶⁷ Considerando n.74 della Direttiva 2014/65/UE.

⁶⁸ L'art. 12, par. 3, della Direttiva delegata 2017/593/UE, che integra la Direttiva 2014/65/UE, chiarisce quali sono i *minor non monetary benefits*, individuando gli stessi in: «a) informazioni o documentazione relativa a uno strumento finanziario o a un servizio di investimento, di natura generica o personalizzata in funzione della situazione di un singolo cliente; b) materiale scritto da terzi commissionato e pagato da un emittente societario o da un emittente potenziale per promuovere una nuova emissione da parte della società, o quando l'impresa terza è contrattualmente impegnata e pagata dall'emittente per produrre tale materiale a titolo permanente, purché il rapporto sia chiaramente documentato nel materiale e al contempo il materiale sia messo a disposizione di qualsiasi impresa di investimento che desideri riceverlo o del pubblico in generale; c) partecipazione a convegni, seminari e altri eventi formativi sui vantaggi e le caratteristiche di un determinato strumento finanziario o di un servizio di investimento; d) ospitalità di un valore de minimis ragionevole, come cibi e bevande a margine di un incontro di lavoro o di una conferenza, seminario o altri eventi di formazione di cui alla lettera c); e e) altri benefici non monetari minori che uno Stato membro consideri atti a migliorare la qualità del servizio prestato a un cliente e, tenuto conto del livello totale dei benefici forniti da una singola entità o gruppo di entità, che siano di una portata e natura tale per cui sia improbabile che pregiudichino l'osservanza del dovere dell'impresa di investimento di agire nel migliore interesse del cliente».

⁶⁹ Art. 12, par. 4, della Direttiva delegata 2017/593/UE, che integra la Direttiva 2014/65/UE.

prestata su base indipendente, ma dovrà anche specificare se sarà dallo stesso periodicamente fornita una valutazione di adeguatezza inerente agli strumenti finanziari raccomandati.

La modulazione del servizio implica, invero, che lo stesso potrà essere prestato dall'intermediario, a sua scelta, tanto su base indipendente che su base non indipendente, fermo restando, però, che il cliente dovrà essere specificamente edotto della variante di consulenza prescelta perché non si generi in lui alcuna confusione a riguardo. Pertanto, non basta – né potrebbe bastare – la mera comunicazione inerente alle prescelte modalità di prestazione del servizio di investimento, ma occorrerà anche che sia all'investitore riferito il parametro cui ancorare l'attività di consulenza, perché sia consapevole non solo del mercato cui ineriscono i prodotti propostigli, ma anche della gamma di strumenti finanziari eventualmente interessati.

Quanto detto induce ad una inevitabile constatazione. La preminenza e centralità ormai riconosciuta al servizio di consulenza in materia di investimenti impone di valorizzare anche il supporto "logistico" attraverso il quale i «*consigli e le raccomandazioni che l'intermediario rende*»⁷⁰ possono, di fatto e in concreto, tradursi in un investimento lucrativo oltremodo soddisfacente per il cliente.

6. Conclusioni

Il legislatore nazionale, adeguandosi con la legge di delegazione europea del 2014 e la legge di stabilità per il 2016 a quanto sancito dalle prescrizioni europee, si dimostra attento ad una revisione dell'impalcatura architettonica dell'intero settore della consulenza finanziaria.

Ciò, del resto, è ulteriormente confermato anche dall'istituzione dell'Albo unico dei consulenti finanziari!⁷¹ Invero, la novità non appare di certo dirimpente, dal momento che, nel concreto, altro non si è fatto se non attribuire una nuova

⁷⁰ F. ANNUNZIATA, *cit.*, p. 189.

⁷¹ Le figure professionali tenute ad iscriversi all'albo unico dei consulenti finanziari sono tre: i consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede; i consulenti finanziari autonomi; le società di consulenza finanziaria.

nomenclatura all'ex Albo unico dei promotori finanziari.

Comunque, al legislatore italiano si impone il dovere di prevedere una strumentazione volta a garantire il cliente, consentendogli di poter operare in un settore oltremodo complesso quale è quello del mercato mobiliare, interfacciandosi con coloro che detengono una comprovata conoscenza della materia, nonché un'elevata competenza nel settore.

L'art. 25 della Direttiva 2014/65/UE, invero, esplicitamente sancisce che spetta proprio agli Stati membri il compito di assicurare che le imprese di investimento garantiscano e dimostrino che *«le persone fisiche che forniscono consulenza alla clientela in materia di investimenti o informazioni su strumenti finanziari, servizi d'investimento o servizi accessori per conto dell'impresa d'investimento sono in possesso delle conoscenze e competenze necessarie ad adempiere ai loro obblighi»*.

Ma vi è di più. Già con l'entrata in vigore del d.lgs. n.164 del 17 settembre 2007 viene inserito nel T.U.F. l'art. 18-bis che consente alle persone fisiche dotate di professionalità, onorabilità, indipendenza ma anche stabilità patrimoniale, di svolgere in via autonoma il servizio di consulenza. Tali requisiti, sanciti dal Ministero dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia e la Consob, si comprendono e giustificano in ragione dei potenziali risvolti che l'investimento in prodotti finanziari potrebbe determinare, primo tra tutti il depauperamento patrimoniale del cliente.

Non a caso, infatti, pur determinando l'art. 18-bis, un ampliamento del novero dei soggetti abilitati a prestare attività di consulenza,⁷² comunque chiaramente si preclude agli stessi di detenere le disponibilità dei risparmiatori, al fine di rifuggire – in via anche solo eventuale – dalla possibilità che il cliente divenga titolare di un diritto di credito nei confronti del suo intermediario.⁷³

⁷² Non è più necessario, infatti, che a ciò provveda, ex art. 1, comma 5, lett. f) una S.p.A. ovvero una società per azioni bancaria a responsabilità limitata.

⁷³ Non a caso è richiesta, per procedere ad iscrizione nell'albo, un'elevata copertura assicurativa a tutela della responsabilità civile del professionista ed è in ciò, indubbiamente, che si sostanzia l'idoneità patrimoniale richiesta al consulente dall'art. 18-bis del T.U.F. La quota richiesta, invero, è

Il fatto, poi, che qualunque soggetto abilitato alla prestazione di un servizio di consulenza sia tenuto ad iscriversi nel medesimo albo indubbiamente garantisce appieno anche l'auspicata *«piena valorizzazione... della consulenza finanziaria come attività fondamentale nell'attuale assetto fattuale e normativo del mercato... Si è voluto [così] realmente assicurare al cliente che il servizio di consulenza, da chiunque prestato, sia caratterizzato dalla competenza, dalla trasparenza, dalla correttezza e dalla piena responsabilizzazione dei soggetti erogatori»*.⁷⁴

Ma quanto detto può maggiormente comprendersi anche considerando un profilo di ulteriore di novità.

Il legislatore, recependo la Direttiva MiFID II⁷⁵ prima, e il Decreto Fisco⁷⁶ poi, si è spinto oltre, prevedendo anche un sistema binario di vigilanza, strutturato in due livelli, al chiaro fine di garantire l'investitore nel concreto relazionarsi con il proprio consulente.

Il primo livello è individuato nell'istituzione di un ente, l'Organismo per la vigilanza e tenuta dell'albo unico dei consulenti finanziari (OCF), cui affidare una funzione non solo di gestione dell'albo, ma anche di controllo indiretto sulla prestazione del servizio di consulenza – intervenendo in via immediata sugli operatori – mentre il secondo livello di tutela si sostanzia nel riconoscimento di un potere di vigilanza in capo alla Consob nei confronti del neonato ente.

Pertanto, alla Consob si richiederà di enucleare quei parametri di riferimento alla luce dei quali l'attività di vigilanza che l'OCF sarà chiamato a svolgere nei confronti dei consulenti potrà essere monitorata. È innegabile, infatti, che il legislatore abbia optato per un *«importante investimento istituzionale nel campo della vigilanza sulla consulenza finanziaria»*.⁷⁷

Ciò posto, invero, l'incertezza sembra essere ormai pronta a svanire, dal

pari a € 1.000.000 per ogni richiesta indennitaria e pari a € 1.500.000 all'anno per la totalità delle richieste di indennizzo.

⁷⁴ F. DI CIOMMO, *cit.*, p. 49.

⁷⁵ D. lgs. del 3 agosto 2017, n.129.

⁷⁶ D. l. del 16 ottobre 2017, n.148.

⁷⁷ P. CIOCCA, *Relazione per l'anno 2017 dell'Organismo per la vigilanza e tenuta dell'albo unico dei consulenti finanziari – OCF*, Roma, 2018, su consob.it

momento che la Consob e l'OCF hanno stipulato, il 28 giugno 2018, il Protocollo d'intesa strumentale a garantire il concreto agire del nuovo ente e, soprattutto, a definirne le competenze.

Le tre categorie di operatori legittimati ad operare in regime di consulenza,⁷⁸ allora, sono esposte finalmente ad una concreta attività di vigilanza da parte di un organismo specificamente a ciò preposto e, in seconda battuta, destinatarie di un'attività di controllo della stessa Consob che sull'OCF, nell'immediato presente, vigilerà.

Si assiste, dunque, alla «*messa in atto di un'architettura di controllo su due livelli, all'allargamento del perimetro di azione anche a soggetti attualmente non vigilati e alla responsabilizzazione delle stesse componenti di rappresentanza degli operatori [che andranno a comporre gli organi endogeni dell'OCF]*».⁷⁹

Quanto detto induce ad una finale riflessione.

Se è ben vero che il rapporto tra l'intermediario e il suo cliente si sostanzia sull'assoluta fiducia che il risparmiatore ripone nei confronti del proprio consulente, cui affida le proprie liquidità e di cui accetta l'agire discrezionale – a differenza di quanto accade, ad esempio, in un servizio di investimento come l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, nel quale l'investitore è *dominus* incontrastato – un intervento legislativo volto a regolamentare nel dettaglio e minuziosamente la consulenza finanziaria si propone come necessario, non già solo per tutelare il cliente, ma anche e soprattutto per garantire il buon andamento dei mercati finanziari.

⁷⁸ V. *infra* nota 71.

⁷⁹ *Ibidem*.

Gli strumenti finanziari partecipativi: tentativi di ricostruzione di una fattispecie dal rinnovato interesse operativo a quindici anni dalla riforma Vietti

di Emanuele Coraggio

ABSTRACT

The paper describes the participative financial instruments (Sfp) ex art. 2346 co. 6. c.c., which were introduced in our legal system about 15 years ago with the aim of promoting the growth and the development of Italian companies, by facilitating private equity and venture capital operations, and which instead proved – after the latest economic crisis – to be an efficient instrument for restructuring operations.

The purpose of the work therefore is to reconstruct the essential features of the case in issue, and mostly to fill up the laconic law in subiecta materia through the numerous notarial guidelines, which represent an indispensable analysis tool for scholars. To this end, firstly the Sfp legal nature, the cause of the operation underlying their issue and the Sfp accounting in the financial statements are examined. Eventually, after analysing the process of issue and the different competences involved within the company, the paper focuses on the main rights that can be attributed to sfp holders, starting from the cash-flow ones by ending with the control ones.

SINTESI

Il lavoro ha ad oggetto gli strumenti finanziari partecipativi (Sfp) ex art. 2346 co. 6 c.c., che erano stati introdotti nel nostro ordinamento circa 15 anni fa con l'intento di favorire la crescita e lo sviluppo delle società italiane, agevolando il compimento di operazioni di private equity e venture capital, e che piuttosto si sono rivelati – a seguito della recente crisi economica – un efficace strumento per realizzare operazioni di ristrutturazione aziendale.

Scopo dell'elaborato, dunque, è quello di ricostruire i tratti essenziali della fattispecie de qua, e soprattutto di colmare la breviloquente normativa in subiecta materia mediante il ricorso alle ormai numerose massime notarili sul punto, che rappresentano un irrinunciabile strumento di analisi per l'interprete. A tal fine vengono esaminati anzitutto la natura giuridica degli Sfp, la causa dell'operazione sottostante la loro emissione e le modalità di rilevazione in bilancio dei relativi apporti. Quindi, dopo aver analizzato il procedimento di emissione e le differenti competenze degli organi sociali interessati, l'articolo si sofferma sui principali diritti attribuibili ai titolari di Sfp, a cominciare da quelli patrimoniali per concludere con quelli amministrativi.

SOMMARIO: 1. Profili di criticità della fattispecie, metodo d'indagine e scopo del presente lavoro – 2. Natura giuridica degli Sfp ed ambiguità sistematiche – 3. Neutralità causale, apporti dei sottoscrittori e rappresentazione contabile – 4. Il

procedimento di emissione degli Sfp: le competenze dell'assemblea straordinaria e dell'organo amministrativo e l'opportunità di un'adeguata pubblicità – 5. Il variegato insieme di diritti attribuibili ai titolari di Sfp. I principali diritti patrimoniali – 6. *Segue*. Il diritto di voto e le contrastanti posizioni del Consiglio Notarile di Milano e del Comitato Triveneto – 7. *Segue*. Il diritto di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco ex art. 2351, comma 5, c.c. – 8. *Segue*. I recenti sviluppi in tema di diritto di conversione in azioni

1. Profili di criticità della fattispecie, metodo d'indagine e scopo del presente lavoro

Gli strumenti finanziari partecipativi previsti dall'art. 2346, comma 6, c.c., hanno rappresentato fin dal momento della loro introduzione nell'ordinamento una fattispecie quanto mai problematica e controversa in letteratura. I dubbi e le perplessità alimentati dalla breviloquente normativa in punto di disciplina applicabile, d'altra parte, non sono riusciti ad impedire il successo che questa peculiare tipologia di strumenti finanziari ha raggiunto negli ultimi anni nella realtà societaria italiana, con particolare riguardo alla crisi d'impresa. Sotto questo profilo, tuttavia, non può ignorarsi che la funzione che ha consacrato la centralità degli Sfp nella prassi applicativa non è coincisa con quella originariamente pensata dal legislatore, ossia ampliare i mezzi di cui dispongono le società per azioni al fine di raccogliere le risorse necessarie all'esercizio della propria attività; e di farlo, in particolare, nel rispetto della normativa comunitaria (oggi eurounitaria), che vietava (e tutt'oggi vieta) il conferimento di opere e servizi, *rectius* la loro imputazione a capitale.¹ Il percorso delineato dal legislatore, pertanto, come segnalato già

¹ Cfr. relazione al d.lgs. n.6/2003, ove si afferma, fra l'altro, che attraverso l'introduzione di questa fattispecie «si è ricercato un punto di equilibrio tra il divieto imposto dall'ordinamento comunitario e l'esigenza di consentire pure l'acquisizione alla società di valori a volte di notevole rilievo; senza però pervenire alla soluzione, che in altri ordinamenti è stata fonte di insuperabili difficoltà applicative e sistematiche, di ammettere l'emissione di "azioni di industria"». È appena il caso di segnalare che, pur essendo la soluzione accolta nel nostro ordinamento forse quella maggiormente coerente con il principio di integrità del capitale sociale, che postulerebbe la sua immediata ed integrale liberazione, l'emissione di azioni dietro l'apporto di opere o di servizi (azioni di industria) è facoltà pacificamente riconosciuta all'autonomia privata da ordinamenti stranieri, come quello francese, fin dall'Ottocento, come testimoniato da Raymond-Theodore Troplong, illustre giurista d'oltralpe, già presidente della Corte di Cassazione di Parigi, nonché presidente del Senato, nei suoi commenti al *Code Napoléon* (1804), in R.T. TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice. Del contratto di società civile e commerciale. Comento del Tit. IX del Libro III del Codice*

all'indomani dalla riforma Vietti in un noto studio del CNN,² avrebbe dovuto favorire il compimento di operazioni di *private equity* e di *venture capital*, e con esse la crescita della piccola e media impresa italiana. Lapalissiano sarebbe oggi affermare che questa previsione non si è avverata e che la direzione seguita dalla realtà imprenditoriale italiana è stata quella dell'espansione del mercato del capitale di debito piuttosto che di quello di rischio.³ Se poi si tiene in conto anche della crisi che ha colpito negli ultimi anni il nostro sistema economico, ben si comprende come mai un siffatto scenario abbia costituito terreno fertile per l'asservimento di quest'istituto a fini diversi da quelli originariamente concepiti dal legislatore. Come *supra* anticipato, infatti, è nel campo della crisi d'impresa, e in particolare della ristrutturazione aziendale, che gli Sfp hanno trovato un'effettiva utilità, consistente essenzialmente nell'assicurare alle banche che concedono nuova finanza la titolarità di determinati poteri di influenza finalizzati a garantire una forma di difesa del loro investimento.⁴

Orbene, prendendo atto del rinnovato interesse che questi strumenti hanno assunto nell'odierna realtà societaria, scopo del presente lavoro sarà quello di ricostruire i tratti tipologici della fattispecie al fine di fugare le principali incertezze operative, grazie anche all'ausilio delle ormai numerose massime notarili sul punto che, operando alla stregua di vera e propria *soft law*,⁵ appaiono sempre più un irrinunciabile strumento di indagine scientifica in ambito societario.

civile, Vincenzo Mansi Editore, Livorno, 1843, p. 113, ove egli afferma che le azioni di industria «rappresentano il capitale dell'opera personale, il di cui valore è stato conferito con apportare nella società l'opera individuale» e che «il loro nome dimostra che l'intenzione delle parti è stata quella di ricompensare sufficientemente l'opera personale con porla a parte degli utili, e che nulla possa pretendere dai capitali».

² U. TOMBARI, *Strumenti finanziari "partecipativi" (art. 2346, ultimo comma, c.c.) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in CNN Studio n.5571-2005/I, reperibile sul sito <http://www.notariato.it/sites/default/files/5571.pdf>, 2.

³ Circostanza, quest'ultima, certificata da un recente studio di MEDIOBANCA e UNIONCAMERE, *Le medie imprese industriali italiane (2006-2015)*, reperibile sul sito http://www.mbres.it/sites/default/files/resources/download_it/mi_2017.pdf, 2017, XXIII.

⁴ A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring*, in *Le Società*, 2011, VIII, p. 926; F. BONATO, *L'emissione di SFP a servizio della ristrutturazione: apporto, diritto di recesso e obbligo di riscatto*, in *Le Società*, 2017, VII, p. 569.

⁵ M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, VI, p. 590.

2. Natura giuridica degli Sfp ed ambiguità sistematiche

Sicuramente centrale e prioritaria è l'individuazione della natura giuridica degli Sfp, cui si accompagna la non meno agevole collocazione sistematica dei medesimi in seno agli strumenti di finanziamento delle società azionarie.

Sotto il primo profilo pare possa ormai affermarsi che gli Sfp di regola sono rappresentati da titoli di credito, pur non potendosi escludere *a priori* che la posizione giuridica dei loro titolari non risulti incorporata in alcun titolo, con conseguente applicazione in ipotesi di alienazione degli artt. 1406 e ss. c.c. sulla cessione del contratto.⁶

Maggiormente complessa è la risoluzione della seconda problematica suindicata. A testimonianza delle difficoltà ermeneutiche incontrate in letteratura, d'altronde, si pone l'impiego non raro da parte degli interpreti della nozione di «ibrido» per descrivere la fattispecie di cui si discorre:⁷ *prima facie*, infatti, essa presenta elementi comuni ad entrambi i principali strumenti di finanziamento delle società azionarie, ossia le azioni, quali titoli rappresentativi di capitale di rischio, e le obbligazioni, quali titoli rappresentativi di capitale di debito. Da questo punto di vista, dunque, si potrebbe ipotizzare che il criterio discrezionale *in subiecta materia* sia costituito dal grado di partecipazione economica al rischio d'impresa, venendosi cioè a collocare gli Sfp in un'ideale via di mezzo fra le azioni e le obbligazioni.⁸ In realtà, maggiormente persuasiva appare la tesi secondo cui non sarebbe un certo

⁶ M. NOTARI e A. GIANNELLI, Sub art. 2346, comma 6, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 65 e ss..

⁷ Si vedano *ex multis*: M. LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte della società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 519 e ss.; M. NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 542 e ss.; M. LIBERTINI, *Riflessioni generali*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Cedam, Padova, 2004, p. 250.

⁸ M. MIOLA, *Conferimenti in natura, versamenti dei soci, prestazioni accessorie*, in G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, I, p. 268. Il carattere ibrido della fattispecie a ben vedere non attiene unicamente al grado di partecipazione al rischio di impresa, ma anche al contenuto degli Sfp (*rectius* alla situazione giuridica dei loro portatori): qualora i suddetti strumenti siano strutturati come un'operazione di finanziamento (e, dunque, si avvicininno maggiormente alle obbligazioni sotto il profilo economico), si finisce con l'attribuire a dei non soci una serie di diritti caratterizzanti la partecipazione sociale; viceversa, qualora gli Sfp siano strutturati in termini di apporto atipico di capitale di rischio, in quanto privi dell'obbligo di rimborso, a fronte di un apporto di quasi capitale non si riconosce neppure il diritto di voto in via generalizzata.

grado di partecipazione al rischio d'impresa a contraddistinguere gli strumenti finanziari di cui si discorre. Milita in senso contrario a una siffatta ricostruzione, infatti, il fondamentale rilievo che la volontà dei soci, salvo alcune limitazioni di massima, può pressoché liberamente determinare il contenuto degli Sfp e, dunque, anche la loro maggiore o minore rischiosità.⁹ Nella impossibilità di fissare *a priori* il grado di partecipazione al rischio d'impresa – la cui determinazione nel caso concreto, fra l'altro, incide direttamente sul piano della rappresentazione contabile, come meglio *infra* specificato – due sono gli elementi che assurgono a «spartiacque» e consentono di distinguere la fattispecie in esame rispettivamente da quella azionaria e da quella obbligazionaria: anzitutto la mancata imputazione a capitale dell'apporto (ove presente) effettuato dai sottoscrittori, che impedisce a costoro di acquisire lo *status socii*; in secondo luogo l'attribuzione ai sottoscrittori di diritti sociali, sia pure non coincidenti con quelli normalmente attribuiti agli azionisti¹⁰. Qualora una delle due caratteristiche testé evidenziate mancasse, pertanto, pare corretto ritenere che si sarebbe necessariamente in presenza vuoi di azioni, vuoi di strumenti obbligazionari o para-obbligazionari, con conseguente applicazione delle rispettive discipline.¹¹ A giudizio di chi scrive, dunque, maggiormente coerente da un punto di vista sistematico è la ricostruzione che si fonda non sulla distinzione (di stampo forse più economico) fra titoli rappresentativi di capitale di rischio e di debito, ma su quella fra strumenti partecipativi e non partecipativi, che troverebbe un solido addentellato normativo nella rubrica della Sezione V del Capo dedicato alla società per azioni nel Libro V del codice civile, intitolata «Delle azioni e di altri strumenti finanziari

⁹ Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰ Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 116.

¹¹ A questo punto appare chiaro che gli strumenti finanziari partecipativi disciplinati dal codice civile non coincidono con quelli previsti dal T.U.F., individuati tassativamente nell'art. 1, comma 2 (i.e. valori mobiliari, quote di fondi comuni di investimento, strumenti del mercato monetario, strumenti finanziari derivati), la cui caratteristica comune è la negoziabilità su un mercato regolamentato. Sul punto si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 220, nt. 44, che evidenzia come gli Sfp costituiscano strumenti finanziari ai sensi del T.U.F. solo se le loro caratteristiche ne consentono la negoziabilità sui mercati; non lo sono, invece se, com'è possibile, lo statuto ne esclude la circolazione. Per un inquadramento sistematico degli strumenti finanziari di cui all'art. 1, comma 2, T.U.F. all'interno del mercato finanziario si veda G. GUIZZI, voce *Mercato finanziario*, in *Enciclopedia del diritto* (Aggiornamento V), Giuffrè, Milano, 2001, p. 744 e ss..

partecipativi».12

Essenziale ai fini del corretto inquadramento degli Sfp, di conseguenza, è comprendere il significato da attribuire al termine «partecipativi». A tal riguardo merita di essere segnalata la autorevole tesi secondo cui il carattere partecipativo di un qualsivoglia strumento finanziario andrebbe inteso preferibilmente in termini di partecipazione al contratto sociale: concetto quest'ultimo che indica la situazione di chi è titolare dei diritti che da tale contratto derivano, ossia di diritti che di norma caratterizzano le partecipazioni sociali, vuoi sul piano patrimoniale (e.g. diritto agli utili), vuoi su quello amministrativo (e.g. diritto di voto).13 È appena il caso di evidenziare che il tipo di partecipazione che caratterizza gli Sfp non

12 Sul punto si vedano: M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 82; nonché A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 927. Il punto, tuttavia, non è pacifico e non manca chi sostiene che sarebbe più corretto distinguere fra azioni da un lato e tutti gli altri strumenti finanziari emessi dalle S.p.A. dall'altro: questi ultimi, in particolare, darebbero vita al macro-insieme delle obbligazioni, inclusivo sia delle obbligazioni in senso stretto (di cui all'art. 2411 c.c.) che degli strumenti finanziari partecipativi (di cui all'art. 2346, comma 6, c.c.). Aderiscono a questa differente ricostruzione: G. FERRI jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 814; B. LIBONATI, *I "nuovi" strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 8 e ss.. Ulteriormente diversa parrebbe, infine, la tesi patrocinata da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 534, secondo cui la fattispecie in esame darebbe vita ad una categoria residuale nella quale rientrerebbero tutti gli strumenti di finanziamento emessi dalle S.p.A. non altrimenti qualificati e disciplinati dalla legge.

13 Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 83. In senso analogo si vedano: A. BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella S.p.A.*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 133 e ss.; M. CIAN, *Sub art. 2346*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, 2015, p. 897; L. ENRIQUES, *Quartum non datur: appunti in tema di «strumenti finanziari partecipativi» in Inghilterra, negli Stati Uniti e in Italia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, p. 179; A. GIAMPIERI, *Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 619; N. SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, I, p. 288. Il concetto di partecipazione, ad ogni modo, rappresenta un notevole *punctum dolens* in letteratura. Da un lato, infatti, si vedano *ex multis*: R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2006, I, p. 727 e ss.; M. MANULI, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle S.p.A.: riflessioni critiche*, in *Le Società*, 2013, p. 1195, i quali sostengono che il carattere partecipativo di uno strumento finanziario vada sempre rintracciato nella titolarità di determinati diritti patrimoniali (e.g. diritto agli utili ovvero alla quota di liquidazione), tali da esporre i titolari di Sfp al rischio d'impresa *pari passu* con gli azionisti – il che fra l'altro incide sulla configurabilità di un diritto al rimborso come meglio *infra* specificato. Diversamente cfr.: A. D'ORSI, *Sub art. 2346*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), in *Codice Civile Commentato*, Ipsoa, Milano, 2013, p. 308 e ss.; G. FERRI jr., *op. cit.*, p. 824; G. MUSCOLO, *Gli strumenti finanziari*, in O. CAGNASSO e L. PANZANI (diretto da), *Trattato delle nuove S.p.A.*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 175; U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni (Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 1094, secondo i quali il concetto di partecipazione piuttosto andrebbe riconnesso alla titolarità di determinati diritti amministrativi (e.g. diritto di nomina di un amministratore) afferenti all'organizzazione interna della società.

coincide né potrebbe coincidere con quello che contraddistingue le azioni. Laddove queste ultime, infatti, incorporano la partecipazione all'operazione societaria nella sua interezza, riflettendone le caratteristiche essenziali, che si esprimono nella titolarità di una situazione giuridica complessa quale è quella del socio, i primi non sono equiparabili alle azioni in termini di quantità della partecipazione alla vita societaria, come risulta evidente dal divieto di attribuzione del diritto di voto in via generalizzata.¹⁴

Ebbene, se si accoglie il suddetto orientamento dottrinario, è giocoforza concludere che la fattispecie in esame vada ascritta alla prima classe di strumenti (*i.e.* quelli *lato sensu* partecipativi), unitamente alle azioni che ne rappresenterebbero una diversa *species*, oltre che la figura tipica e paradigmatica. Alla opposta classe degli strumenti non partecipativi, invece, apparterebbero le obbligazioni ed altre figure tipiche come gli «strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società» di cui all'art. 2411, comma 3, c.c. e gli «strumenti finanziari di partecipazione all'affare» di cui all'art. 2447-ter c.c..¹⁵ A conferma di ciò, d'altronde, si può dire che gli strumenti non partecipativi (*in primis* le obbligazioni), pur attribuendo parimenti diritti di natura patrimoniale (*e.g.* al rimborso del capitale versato) o amministrativa (*e.g.* di partecipazione e voto nell'assemblea degli obbligazionisti), si differenziano dalle figure poc'anzi individuate per il fatto che i suddetti diritti non possono considerarsi espressione di alcuna partecipazione al contratto sociale, quanto il semplice riflesso della qualità di creditori sociali dei loro titolari. Particolarmente arguta, in definitiva, mi pare l'osservazione che se si volesse cercare una valenza innovativa dell'art. 2346, comma 6, c.c., essa dovrebbe essere riconosciuta proprio nella possibilità di far

¹⁴ Così A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari*, cit., *ibidem*.

¹⁵ Sul punto si vedano M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 128, i quali in realtà fanno rientrare nel *genus* degli strumenti finanziari non partecipativi anche quelli atipici che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale (piuttosto che degli interessi) a parametri diversi dall'andamento economico della società, quali gli indici di borsa, i risultati di altre società, ecc. Con riguardo ai suddetti strumenti spontaneo sorge, dunque, il parallelismo con quelli tipici previsti dall'art. 2411, comma 3, c.c., con la conseguenza che agli stessi non deve ritenersi applicabile in via diretta, ma pur sempre in via analogica, la norma citata e con essa la disciplina generale delle obbligazioni.

partecipare al contratto sociale anche soggetti che non assumono la qualifica di soci.¹⁶

3. Neutralità causale, apporti dei sottoscrittori e rappresentazione contabile

Le conclusioni a cui si è giunti poc'anzi trovano conforto nell'analisi della causa giuridica dell'operazione sottostante l'emissione di Sfp. Essa, infatti, non coincide né con quella tipica delle azioni (*causa societatis*), né con quella tipica delle obbligazioni (mutuo), ma assume connotati differenti in funzione del contenuto che caratterizza in concreto gli strumenti di cui si discorre, onde parlare di neutralità causale pare la soluzione preferibile.¹⁷ E così, la causa potrebbe consistere alternativamente: in un'operazione di finanziamento, con obbligo di rimborso a favore del sottoscrittore; in un'associazione in partecipazione; in una cointeressenza agli utili d'impresa senza partecipazione alle perdite; in un apporto atipico di capitale di rischio (quasi capitale o *dequity*), senza obbligo di rimborso; in qualsiasi ulteriore combinazione di cause tipiche o atipiche.¹⁸

Ben si comprende, dunque, l'essenzialità dell'apporto effettuato dai sottoscrittori

¹⁶ Cons. Not. Milano, *Massima* 165 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/165.aspx>; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷ In tal senso si vedano: Cons. Not. Milano, *Massima* 164 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/164.aspx>; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 78; M.S. SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, Cedam, Padova, 2003, p. 215. Il punto, in realtà, è controverso e non manca chi riconduce l'operazione sottostante l'emissione di Sfp ad un'unica causa tipica o atipica: vuoi di mutuo (G. FERRI jr, *op. cit.*, p. 814; B. LIBONATI, *op. cit.*, *ibidem*; G. MIGNONE, *Sub art. 2346, comma 6*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASCO e P. MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2004, 238; P. SPADA, *Provvista del capitale e strumenti finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, 62), vuoi di associazione in partecipazione (F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, p. 234), vuoi assimilabile – ancorché non coincidente – alla *causa societatis* (R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in P. ABBADESSA e G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2006, p. 733; F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova S.p.A.*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 28 e ss.; M. MIOLA, *Conferimenti*, *cit.*, p. 267 e ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Sub art. 2346*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, I, p. 266).

¹⁸ Cfr. M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, 80. In tal senso si esprime anche la più recente giurisprudenza di merito, e precisamente cfr. Tribunale di Napoli, Sez. Specializzata in materia d'impresa, 25 febbraio 2016, in *Notariato*, 2016, p. 268 e ss..

di strumenti finanziari partecipativi, che costituisce la cartina di tornasole del carattere normalmente sinallagmatico dell'operazione che è alla base della loro emissione. Verosimilmente, poi, trattandosi di apporti non imputati a capitale, pare ragionevole che agli stessi non si applichi la disciplina dettata dagli artt. 2342 e ss. c.c. in materia di conferimenti, volta a tutelare unicamente l'integrità e l'effettività del capitale, e non anche del patrimonio sociale. Da ciò derivano quattro conseguenze fondamentali: 1) l'apportabilità di qualsivoglia entità suscettibile di valutazione economica ex art. 1174 c.c., ivi comprese le prestazioni non conferibili o di dubbia conferibilità;¹⁹ 2) la possibilità di differire come di anticipare la liberazione degli Sfp, che non deve necessariamente coincidere sotto il profilo temporale, neppure parzialmente, con la loro sottoscrizione (ipotesi fra l'altro fisiologica nei casi di apporto di opere e servizi) come, invece, è previsto per i conferimenti a capitale;²⁰ 3) l'utilizzabilità di qualsivoglia modalità di effettuazione dell'apporto, ivi comprese la compensazione legale e quella volontaria;²¹ 4) la non necessarietà della perizia di stima ex art. 2343 c.c. ovvero della documentazione richiesta dall'art. 2343-ter c.c. in caso di procedimento alternativo di valutazione dei beni diversi dal denaro.²²

Se la regola *in subiecta materia* si sostanzia nell'effettuazione di un apporto seguita dall'emissione di Sfp, non si deve però cadere nell'equivoco di ritenere imprescindibile tale requisito ai fini del perfezionamento della fattispecie, come si desume: a) dall'art. 2349, comma 2, c.c. che prevede espressamente la possibilità di emettere Sfp senza alcun apporto, in ipotesi di assegnazione degli stessi a favore

¹⁹ Cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 165, cit., *ibidem*, ove si afferma coerentemente in motivazione che l'apporto può essere costituito, oltre che da opere o servizi, anche da obblighi di *non facere* (e.g. obbligo di non concorrenza), dal consenso all'uso del nome, e così via. Sotto questo profilo, per inciso, mi pare condivisibile quanto affermato da M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 74, nt. 60, i quali, sia pure in via dubitativa, non escludono l'apportabilità di cose future, altrui o generiche, la cui conferibilità è esclusa in quanto palesemente lesiva del principio di integrale liberazione del capitale di cui all'art. 2342, comma 3, c.c.

²⁰ Cons. Not. Milano, *Massima* 165, cit., *ibidem*.

²¹ Cons. Not. Milano, *Massima* 165, cit., *ibidem*.

²² Discorso a parte merita il peculiare caso in cui gli Sfp siano convertibili in azioni, in merito al quale si veda *infra* § 8.

dei prestatori di lavoro dipendenti della società o di società controllate;²³ b) dalla facoltà, già sostenuta in dottrina,²⁴ e di recente ribadita dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano,²⁵ ancorché non espressamente prevista dalla legge, di emettere Sfp a favore di tutti i soci, in proporzione al numero di azioni possedute, senza che venga effettuato alcun apporto dai sottoscrittori. È appena il caso di osservare che l'ipotesi *sub b)* rappresenta un'operazione economicamente neutra, non incidendo sulla ricchezza dei soci, ed implica piuttosto una mera riorganizzazione dei diritti già spettanti ai singoli azionisti, che vengono parzialmente scorporati dai titoli azionari per essere incorporati negli strumenti finanziari partecipativi. Nonostante sia auspicabile, quanto meno a fini tuzioristici, l'adozione della relativa delibera all'unanimità da parte dell'assemblea straordinaria, l'asserito carattere neutro dell'operazione *de qua* pare legittimare in realtà anche l'adozione a maggioranza della stessa, fermo il diritto di recesso di cui all'art. 2437, comma 1, lett. g), c.c..

Strettamente connessa all'individuazione della causa e degli apporti sottostanti l'emissione di Sfp è la rappresentazione contabile dei secondi. Sotto questo profilo giova evidenziare che, stante l'ampia libertà della società emittente nel determinare gli elementi della fattispecie concreta, è a quest'ultima che l'interprete deve rivolgere la propria attenzione per comprendere quale sia la modalità più corretta di procedere all'appostamento in bilancio del relativo apporto.²⁶ Volendo

²³ Cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 165, cit., *ibidem*, ove si afferma che in tale ipotesi la causa che è alla base dell'emissione degli Sfp consiste nell'interesse della società emittente a promuovere forme di partecipazione, in senso lato, dei lavoratori. Il che risulta perfettamente coerente con la finalità cui pare orientato l'art. 2349 c.c., ossia tutelare il diritto dei lavoratori «di collaborare [...] alla gestione delle aziende», di cui all'art. 46 Cost. Sotto diverso profilo, poi, appare evidente che gli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2349, comma 2, c.c. appartengano al *genus* degli Sfp, come risulta chiaro dal tenore letterale della norma citata che ricalca a grandi linee l'art. 2346, comma 6, c.c., come evidenziato *ex multis* da A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO e SANTORO V., *Manuale di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2013, p. 291.

²⁴ M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ Cons. Not. Milano, *Massima* 165, cit., *ibidem*.

²⁶ M. BUSSOLETTI, *L'iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale (titoli partecipativi e apporti di terzi nei patrimoni destinati)*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2007, p. 191. Sul punto si vedano altresì M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 110, i quali asseriscono che «risulterebbe velleitario stabilire *a priori* quale sia la rappresentazione contabile dell'operazione da parte della società emittente, dovendosi prima verificare come sono stati combinati tra loro i diversi elementi». Ovviamente di diverso avviso sono gli autori che

concentrare la presente indagine sulle modalità di contabilizzazione degli apporti in seno allo stato patrimoniale del bilancio,²⁷ pare corretto affermare che tre siano i fattori maggiormente incisivi a tal riguardo: 1) la presenza o meno, a carico della società, di un obbligo di rimborso dell'apporto o del suo valore; 2) il momento temporale in cui viene eseguito l'apporto; 3) la stessa iscrivibilità dell'apporto nello stato patrimoniale.²⁸

Quanto al primo profilo, appare evidente che sia proprio la diversa qualificazione causale dell'operazione a condurre ad una differente rappresentazione contabile.²⁹ Qualora, infatti, lo strumento partecipativo sia assistito dall'obbligo di rimborso a favore dei sottoscrittori (e, dunque, presenti causa di finanziamento), a fronte dell'iscrizione nell'attivo dello stato patrimoniale dell'apporto (come meglio *infra* illustrata), lo stesso andrebbe iscritto per pari importo nel passivo reale, fra i debiti della società. Viceversa, qualora l'Sfp non sia assistito da alcun obbligo di rimborso (e, dunque, sia assimilabile sotto il profilo causale alla provvista di capitale di rischio), ferma la sua iscrizione nell'attivo dello stato patrimoniale, pare corretto procedere altresì al suo appostamento nel passivo ideale (*rectius* nel patrimonio netto contabile), in un'apposita riserva.³⁰ Quest'ultima, poi, ritengo che non possa

ritengono che la causa dell'operazione sottostante l'emissione di Sfp sia unitaria, facendone derivare di conseguenza anche un'unica rappresentazione contabile, vuoi in termini di debito (*i.e.* passivo reale), vuoi in termini di riserva (*i.e.* passivo ideale).

²⁷ Quanto alla evidenziazione degli apporti nel conto economico si rimanda a M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 114 ss..

²⁸ Cons. Not. Milano, *Massima* 164, cit., *ibidem*.

²⁹ È appena il caso di segnalare che la diversa qualificazione causale dell'operazione non incide unicamente sulla rappresentazione contabile dell'apporto, ma anche sull'applicabilità agli Sfp del limite quantitativo all'emissione di strumenti obbligazionari di cui all'art. 2412 c.c. Tale norma, infatti, pur essendo implicitamente richiamata dall'art. 2411, comma 3, c.c. che la rende direttamente applicabile alle sole para-obbligazioni, può considerarsi applicabile anche agli strumenti finanziari partecipativi con obbligo di rimborso (*rectius* aventi causa di finanziamento), sia pure in via analogica. In tal senso cfr. M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 132 e ss..

³⁰ N. ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2010, IV, p. 338; M. BUSSOLETTI, *L'iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale (titoli partecipativi e apporti di terzi nei patrimoni destinati)*, in P. ABBADESSA e G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2007, p. 727; G. D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, in *Notariato*, 2016, p. 275; ID., *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa*, in *Il dir. fallim.*, 2017, p. 332 e ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*; Giuffrè, Milano, 2010, p. 169 e ss.; M. MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 490; G. MUSCOLO, *op.cit.*, *ibidem*; M.

considerarsi automaticamente targata a favore dei titolari di Sfp, salvo ammetterne la personalizzazione al ricorrere di due condizioni indefettibili: *in primis* la presenza in statuto di un'apposita clausola legittimante la targatura, tale da garantire il rispetto dell'art. 2346, comma 6, c.c.; in secondo luogo, un espresso accordo di targatura fra società e titolare di Sfp, accessorio al negozio di sottoscrizione.³¹

Con riguardo al momento di esecuzione dell'apporto, poi, esso incide sulla contabilizzazione di quest'ultimo essenzialmente in seno all'attivo dello stato patrimoniale, e così: se la prestazione è già stata eseguita o viene eseguita contestualmente alla sottoscrizione, l'apporto deve essere iscritto, a seconda che si tratti di denaro, beni in natura o crediti, nella rispettiva voce di appartenenza; se, invece, la prestazione viene soltanto promessa e non è eseguita contestualmente, pare opportuno iscriverla quale credito della società verso i sottoscrittori.³²

Quanto, infine, al terzo punto, è appena il caso di segnalare che le osservazioni fin qui compiute in tanto possono dirsi valide in quanto si riferiscano ad apporti suscettibili di iscrizione in bilancio. Al contrario, qualora sia impossibile procedere alla contabilizzazione degli stessi, vuoi perché assenti, vuoi perché è la loro natura ad impedirlo (come nel caso in cui consistano in opere o servizi ovvero in prestazioni di *non facere*), è giocoforza concludere che l'emissione di Sfp in tal caso risulterà priva di immediati riflessi contabili.³³

NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 111; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Sub art. 2346, cit.*, p. 264. *Contra cfr. ex multis* G. MIGNONE, *Sub art. 2346, comma 6, cit.*, *ibidem*.

³¹ *Contra* M.S. SPOLIDORO, *Apologia delle riserve targate e degli accordi di targatura delle riserve*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I, p. 23, il quale esclude la necessarietà di una puntuale previsione statutaria, affermando segnatamente che «prevalgono le ragioni per ritenere che il potere di deliberare l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi comprende anche quello di stabilire specifici limiti a beneficio dei sottoscrittori in ordine all'utilizzazione delle riserve che vengano costituite grazie ai loro apporti»; per l'Autore, in sostanza, ai fini della personalizzazione della riserva *de qua* sarebbe sufficiente un espresso accordo di targatura fra società e sottoscrittore. Quanto, poi, alle conseguenze derivanti dall'eventuale targatura di una riserva, specie in ordine alla sua disponibilità in sede di liquidazione della società e di copertura delle perdite, si rimanda a M.S. SPOLIDORO, *Riserve targate*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum P. Abbadessa, Utet, Torino, 2014, II, p. 1323 e ss..

³² In tal senso cfr. M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, 111.

³³ Cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 164, *cit.*, *ibidem*.

4. Il procedimento di emissione degli Sfp: le competenze dell'assemblea straordinaria e dell'organo amministrativo e l'opportunità di un'adeguata pubblicità

Prima di procedere alla trattazione dello spinoso tema dei diritti spettanti ai titolari di Sfp, pare opportuno analizzare in via generale il procedimento che conduce alla loro emissione.

Orbene, esaminando il tenore letterale dell'art. 2346, comma 6, secondo periodo, c.c., appare immediatamente evidente che perché si possa addivenire alla decisione di emettere Sfp, la suddetta circostanza debba essere previamente legittimata da un'apposita previsione statutaria. Quest'ultima, in particolare, può tanto risultare dal corpo dello statuto quanto da un regolamento allegato allo stesso che ne costituisce parte integrante (come di sovente avviene nella prassi)³⁴ e deve contenere «le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione». Coerentemente con il carattere partecipativo degli strumenti *de quibus*, pertanto, il legislatore individua quale *sedes materiae* privilegiata della loro disciplina proprio lo statuto (*rectius* il contratto sociale) e così facendo delimita in maniera univoca la competenza a prevederne l'emissibilità che, sostanziandosi *durante societate* in una modifica statutaria, spetta inderogabilmente all'assemblea straordinaria ex art. 2365, comma 1, c.c..

Sotto questo profilo, e precisamente con riguardo al contenuto degli Sfp, pare dunque rinvenibile nel dato normativo un principio, che si potrebbe definire di sufficiente determinatezza statutaria, che da un lato rende di fatto *inutiliter data* (ancorchè non illecita) la clausola statutaria meramente riproduttiva del tenore letterale dell'art. 2346, comma 6, c.c.,³⁵ e dall'altro comporta la nullità, per contrarietà a norma imperativa, tanto della clausola contenente la delega a prevedere l'emissibilità di Sfp, quanto di quella contenente la delega «in bianco» a deciderne

³⁴ M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 130, nt. 210, a giudizio dei quali il ricorso ad un regolamento costituirebbe anzi una tecnica redazionale consigliabile, soprattutto in caso di pluralità di categorie di Sfp, al fine di evitare un eccessivo appesantimento del corpo dello statuto.

³⁵ M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 130.

l'emissione.³⁶ Si badi bene, pertanto, che laddove venga delegato il potere di prevedere in astratto l'emissione di Sfp (competenza all'emissibilità) la relativa clausola non potrà mai considerarsi lecita. Viceversa, qualora tramite modifica statutaria si intenda delegare il potere di decidere in concreto l'emissione di Sfp (competenza all'emissione), non pare possa escludersi *a priori* la validità della relativa clausola, salvo che in ipotesi di delega «in bianco», la quale si tradurrebbe in un'illegittima violazione della *ratio legis* accolta in materia.

Da quanto affermato emerge chiaramente che l'esercizio della competenza all'emissibilità di Sfp non può prescindere dalla puntuale predeterminazione statutaria del sacrificio massimo patibile dagli azionisti in termini di diluizione complessiva dei loro diritti. Quest'ultimo, invero, potrà essere calcolato con buona approssimazione solo ove risultino prefissati quantomeno:³⁷ a) il novero dei diritti astrattamente attribuibili ai titolari di Sfp; b) la tipologia di apporto (*i.e.* denaro, beni in natura, ecc.) a fronte del quale i medesimi possono essere emessi; c) la loro natura seriale o singolare;³⁸ d) la loro incorporazione o meno in titoli di credito; e) il numero massimo di Sfp emissibili. Entro il perimetro opportunamente tracciato dall'autonomia statutaria, ordunque, sembra corretto ritenere che la competenza a decidere l'emissione – che da un lato si sostanzia in un'attività di natura esecutivo-gestionale perciò tanto destinata all'organo amministrativo, e che dall'altro è pur sempre riconducibile al disposto dell'art. 2346, comma 6, c.c. che la lega indissolubilmente alla determinazione dell'assemblea straordinaria – risulti oggetto in realtà della competenza concorrente dei due organi sociali.³⁹

³⁶ A. LOLLI, Sub art. 2346, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, Cedam, 2005, I, p. 201.

³⁷ In tal senso cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 163 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/163.aspx>; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 136.

³⁸ Trattasi di specificazione particolarmente rilevante, poiché la stessa incide direttamente sull'applicabilità agli Sfp della disciplina sulle assemblee speciali di cui all'art. 2376 c.c., essendo quest'ultima destinata a trovare applicazione solo in ipotesi di strumenti standardizzati e, dunque, costituenti una apposita categoria. Viceversa, qualora gli Sfp (o l'unico Sfp emesso) risultino privi del suddetto carattere, le modificazioni statutarie pregiudizievoli dei diritti dei loro titolari necessiteranno ai fini dell'efficacia non già dell'approvazione della maggioranza (di una inesistente categoria), ma del consenso *uti singuli* dei portatori.

³⁹ Cons. Not. Milano, *Massima* 163, *cit.*, *ibidem*. *Contra* ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Mulino, Bologna, 2004, p. 132; F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 24 e ss..

Ovviamente a tale conclusione deve giungersi ove lo statuto nulla preveda specificamente al riguardo, laddove non pare possa negarsi che l'assemblea straordinaria preveda un'apposita riserva di competenza vuoi nei propri riguardi, vuoi a favore dell'organo gestorio.

Discorso differente merita l'attività conseguente alla decisione di emettere Sfp (competenza all'esecuzione dell'emissione), che si articola in tre fasi fondamentali, ossia: 1) la concreta offerta degli strumenti in questione a soggetti determinati; 2) la raccolta delle sottoscrizioni di questi ultimi; 3) la consegna degli Sfp ai sottoscrittori. Quest'attività di carattere squisitamente esecutivo all'evidenza compete unicamente all'organo amministrativo, in maniera non dissimile da quanto avviene *mutatis mutandis* in sede di aumento reale del capitale sociale.

Infine, a differenza di quanto prevede l'art. 2444 c.c. con riguardo all'operazione sul capitale da ultimo menzionata, si segnala che nessuna norma espressamente sottopone la delibera di emissione né la conseguente attività esecutiva ad un sistema di pubblicità legale, sicché sia i soci che i terzi potrebbero trovarsi nella pregiudizievole situazione di ignorare del tutto il numero di strumenti finanziari partecipativi effettivamente emessi dalla società in un dato momento. A tal riguardo, a ben vedere, aderendo alla soluzione operativa proposta dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano,⁴⁰ per colmare il *gap* normativo si potrebbe procedere semplicemente alla redazione di clausole statutarie che impongano l'evidenziazione in statuto del numero e delle caratteristiche principali degli Sfp emessi, onde obbligare l'organo amministrativo al suo costante aggiornamento.

5. Il variegato insieme di diritti attribuibili ai titolari di Sfp. I principali diritti patrimoniali

Delineato nella sua essenza il procedimento di emissione, resta da comprendere quali siano i diritti attribuibili ai titolari di Sfp, tenendo conto che l'art. 2346, comma 6, primo periodo, c.c. si limita a parlare di «strumenti finanziari forniti di diritti

⁴⁰ Cons. Not. Milano, *Massima* 163, cit., *ibidem*.

patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti».

Ictu oculi, dunque, non può negarsi che gli Sfp da un lato debbano essere sempre assistiti da diritti di natura patrimoniale, sia per l'inequivoco tenore letterale della norma, sia per la connotazione economico-patrimoniale delle forme di partecipazione alla società e degli strumenti finanziari da essa emessi, sia infine per la difficoltà di spiegare altrimenti la tenuta causale di un negozio in virtù del quale un soggetto effettua un apporto senza conseguire alcun diritto patrimoniale.⁴¹ Ferma la necessità del suddetto requisito, d'altra parte, affinché possa parlarsi di strumenti finanziari partecipativi deve ritenersi parimenti essenziale, come *supra* evidenziato, che almeno uno dei diritti attribuiti presenti natura partecipativa. Ciò può verificarsi essenzialmente in tre ipotesi:⁴² 1) solo i diritti patrimoniali, o alcuni di essi, presentano natura partecipativa (e.g. il diritto agli utili), mentre i diritti amministrativi, se presenti, afferiscono all'organizzazione di gruppo dei titolari degli Sfp senza incidere direttamente sulla dimensione gestionale della società; 2) solo i diritti amministrativi, o alcuni di essi, hanno natura partecipativa (e.g. il diritto di nomina di un amministratore o di impugnazione delle deliberazioni assembleari), a differenza dei diritti patrimoniali pur presenti; 3) sia i diritti patrimoniali che i diritti amministrativi, o solo alcuni degli uni e degli altri, hanno natura partecipativa.

Se quanto affermato può considerarsi valido, rappresentando il logico corollario dell'asserita neutralità causale dell'operazione sottostante l'emissione di Sfp, a giudizio di chi scrive, dunque, il reale nodo da sciogliere non risiede nella determinazione di categorie di diritti (patrimoniali o amministrativi, partecipativi o non partecipativi) da ritenere astrattamente attribuibili. Piuttosto, il compito dell'interprete dovrebbe essere quello di valutare se specifici diritti, *a priori* idonei, risultino anche in concreto attribuibili, tenendo conto della peculiare posizione dei

⁴¹ Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 86, nt. 86; M.S. SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, I, 214. *Contra* B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 3, nt. 5.

⁴² Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 85.

portatori di Sfp, ossia di soggetti che, pur collocandosi al di fuori della «cittadella dei soci»,⁴³ in qualche modo partecipano, ed anzi debbono partecipare, al contratto sociale.

Cominciando, quindi, per ragioni di pura convenienza espositiva dall'analisi dei principali diritti di natura patrimoniale, è anzitutto da ritenersi ammissibile tanto l'attribuzione del diritto al rimborso dell'apporto effettuato quanto quello alla remunerazione (*rectius* alla corresponsione di interessi fissi o variabili).⁴⁴ Questi ultimi, a ben vedere, rappresentano tipici diritti patrimoniali di natura non partecipativa e, quindi, necessitano di essere affiancati quanto meno da un diverso diritto sociale, non importa se patrimoniale (e.g. diritto agli utili) o amministrativo (e.g. il diritto di nomina di un amministratore).⁴⁵ Viceversa, non penso possa parlarsi propriamente di diritto al rimborso, come pure è stato autorevolmente sostenuto,⁴⁶ allorquando venga semplicemente riconosciuto un diritto di restituzione in sede di liquidazione della società, economicamente oltre che giuridicamente subordinato alla duplice condizione della soddisfazione dei

⁴³ Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁴ In tal senso si vedano: N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 342; A. BARTALENA, *Le nuove tipologie di strumenti finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, I, p. 298; A. BARTOLACELLI, *op. cit.*, 2, p. 41 e ss.; M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 29, nt. 60; G. FERRI jr., *op. cit.*, p. 825; F. GALGANO e R. GENGINI, *op. cit.*, *ibidem*; M. LIBERTINI, A. MIRONE e P.M. SANFILIPPO, Sub art. 2346, in F. D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Piccin, Padova, 2010, p. 231; B. LIBONATI, *op. cit.*, 3; G. MIGNONE, Sub art. 2346, comma 6, cit., *ibidem*; M. MIOLA, *Gli strumenti*, cit., 457; M. NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, p. 549; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 87 e ss.; M.S. SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in M. RESCIGNO e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 214; A. STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, p. 265. Ovviamente chi ritiene al contrario che gli Sfp risultino contraddistinti sotto il profilo tipologico dalla partecipazione al rischio d'impresa giunge alla opposta conclusione che non è configurabile alcun diritto al rimborso dell'apporto effettuato: N. CIOCCA, *Gli strumenti finanziari obbligazionari*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 26; R. COSTI, *op. cit.*, p. 733; M. DE ACUTIS, *Il finanziamento dell'impresa societaria: i principali tratti caratterizzanti e gli "altri strumenti finanziari partecipativi"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 361; L. ENRIQUES, *op. cit.*, p. 178 e ss.; F. INNOCENTI, *Gli strumenti finanziari partecipativi nelle società per azioni*, Margiacchi-Galeno, Perugia, 2010, p. 152, nt. 445; M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 534; M. MANULI, *op. cit.*, p. 1199 e ss.; U. TOMBARI, *Strumenti finanziari "partecipativi"*, cit., p. 5; A. VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 139 e ss.; A. ZANONI, Sub art. 2346, in G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE (diretto da), *Codice commentato delle S.p.A.*, Utet, Torino, 2006, p. 163 ss..

⁴⁵ Cons. Not. Milano, *Massima* 164, cit., *ibidem*.

⁴⁶ M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 92.

creditori sociali e del rimborso del valore nominale delle partecipazioni sociali: il che avviene ordinariamente quando, ricorrendone i presupposti, la riserva costituita grazie agli apporti dei titolari di Sfp risulti targata in loro favore. D'altra parte, proprio la circostanza che in tale ipotesi l'apporto debba essere iscritto nel passivo ideale piuttosto che in quello reale rappresenta la cartina di tornasole del carattere anomalo del rimborso *de quo*, che presenta natura partecipativa e dà vita alla provvista di *dequity* piuttosto che di capitale di debito.⁴⁷ Infine, per chiudere il novero dei diritti patrimoniali attribuibili, *sub specie* di quelli partecipativi, può dirsi pressoché pacifico che fra questi ultimi rientrano sia il diritto agli utili che quello alla distribuzione delle riserve.⁴⁸

6. Segue. Il diritto di voto e le contrastanti posizioni del Consiglio Notarile di Milano e del Comitato Triveneto

Passando all'analisi dei fondamentali diritti amministrativi spettanti ai titolari di Sfp, sicuramente particolare attenzione merita il diritto di voto, la cui disciplina è ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2346, comma 6, c.c. e 2351, comma 5, c.c., norme che hanno destato non poche perplessità in sede di esegesi: da un lato, infatti, la prima esclude la possibilità per gli Sfp di attribuire il diritto di voto «nell'assemblea generale degli azionisti», e dall'altro la seconda consente di riconoscere ai suoi titolari il diritto *de quo* solo «su argomenti specificamente indicati». Il tenore letterale delle disposizioni in commento, pertanto, lascia adito a molteplici interpretazioni cui corrispondono forse altrettanti orientamenti dottrinali, riconducibili a due filoni principali, entrambi autorevolmente patrocinati ed avallati da massime notarili *ad hoc*.

E così, da un lato vi è chi ha risolto questa apparente aporia sostenendo che: *in primis* i possessori di strumenti finanziari partecipativi non possono concorrere all'approvazione delle deliberazioni di competenza dell'assemblea generale

⁴⁷ In tal senso depone anche Cons. Not. Milano, *Massima* 164, cit., *ibidem*.

⁴⁸ Sul punto si vedano *ex multis*: A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *I diritti patrimoniali degli investitori in strumenti finanziari partecipativi (Sfp)*, in *Le Società*, p. 1195; Cons. Not. Milano, *Massima* 164, cit., *ibidem*; F. INNOCENTI, *op. cit.*, p. 153 e ss.; A. LOLLI, *op. cit.*, *ibidem*; F. MAGLIULO, *op. cit.*, 51; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 88 e ss. *Contra* si veda G. FERRI jr., *op. cit.*, p. 817.

(ordinaria o straordinaria) dei soci; *in secundis*, ove agli stessi sia riconosciuto il diritto di voto su specifici argomenti, quest'ultimo di conseguenza deve essere espresso nell'ambito di uno proprio specifico contesto,⁴⁹ ossia tendenzialmente all'interno di un'assemblea speciale ex art. 2376 c.c..⁵⁰ Non è escluso, fra l'altro, che lo specifico contesto di cui si discorre non presenti natura assembleare, vuoi perchè sia stato emesso un unico Sfp, vuoi perchè si tratti di Sfp non standardizzati e, pertanto, non suscettibili di costituire una categoria ai sensi e per gli effetti della norma suindicata,⁵¹ vuoi infine perché sia statutariamente previsto che i titolari di Sfp esprimano la loro volontà in forma extra-assembleare all'unanimità.⁵²

D'altro canto, come *supra* anticipato, a conclusioni radicalmente diverse è giunta altra parte della dottrina, secondo la quale l'ultimo comma dell'art. 2346 c.c., più modestamente vieterebbe di riconoscere ai titolari di Sfp il diritto di voto «generale», ossia esteso a qualsiasi materia, e non anche quello di esercitare nell'assemblea generale degli azionisti il diritto di voto «speciale», cioè su specifici argomenti.⁵³

A giudizio di chi scrive è senz'altro da preferirsi la prima tesi essenzialmente per tre ordini di ragioni: 1) per il chiaro tenore letterale dell'art. 2346, comma 6, c.c., che espressamente esclude il «voto nell'assemblea generale degli azionisti»; 2) perché

⁴⁹ Così A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari*, cit., p. 928.

⁵⁰ In tal senso si veda Cons. Not. Milano, *Massima* 167 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/167.aspx>; nonché in dottrina: N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 342; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 298; F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, p. 251; M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 532; B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 14 e ss.; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 87; V. SANTORO, *Sub art. 2351*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, ed. Giappichelli, Torino, 2003, I, p. 152; STAGNO D'ALCONTRES, *Sub art. 2351*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, I, p. 313; U. TOMBARI, *Strumenti finanziari "partecipativi"*, cit., 8.

⁵¹ Così A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Gli strumenti finanziari*, cit., *ibidem*.

⁵² È appena il caso di osservare, come correttamente segnalato da Cons. Not. Milano, *Massima* 167, cit. *ibidem*, che la possibilità di derogare nello statuto alla disciplina delle assemblee speciali risulta legittima solo se ed in quanto non ricorrano i presupposti di cui all'art. 2376 c.c. (*i.e.* delibera dell'assemblea generale dei soci che pregiudica i diritti degli Sfp): in tale ultimo caso, infatti, ragioni di tutela dei titolari di Sfp rendono inderogabile il ricorso al metodo assembleare.

⁵³ In tal senso si veda: Comitato Triveneto dei Notai, *Orientamento H.J.1*, reperibile sul sito http://www.notaitriveneto.it/file/massime/41/1316098658_orientamenti_societari2011.pdf; nonché in dottrina: F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 27 e ss.; M. DE ACUTIS, *op. cit.*, p. 361; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, cit., 100.

questa ricostruzione garantisce maggiormente che l'assemblea generale dei soci continui a costituire la sede elettiva di scelte imputabili esclusivamente ai titolari di azioni; 3) perché in caso contrario non si comprenderebbe a pieno l'utilità dell'art. 1 comma 381 della l. n.266/2005, nella parte in cui *apertis verbis* consente alle società azionarie in cui lo Stato detiene una partecipazione rilevante di emettere Sfp «muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria».

È appena il caso di osservare, comunque, che l'adesione alla prima tesi piuttosto che alla seconda non è priva di riflessi sul piano effettuale. È evidente, infatti, *in primis* che secondo l'orientamento qui ritenuto preferibile la delibera dell'assemblea generale afferente ad una delle materie su cui è riconosciuto il diritto di voto agli Sfp non risulta immediatamente efficace, ma lo diviene soltanto a fronte della delibera favorevole dell'assemblea speciale di categoria o, comunque, del consenso unanime extra-assembleare dei titolari di Sfp. Nulla vieta a mio avviso, per inciso, che il suddetto consenso risulti già essere manifestato al momento dell'adozione della delibera dell'assemblea generale, ben potendosi considerare la stessa immediatamente efficace o, comunque, non più sottoposta alla detta *condicio iuris*.⁵⁴ Sotto diverso profilo, inoltre, è altrettanto palese, se si accoglie la prima tesi prospettata, che ai fini della costituzione dell'assemblea in forma totalitaria a nulla osti l'assenza dei titolari di Sfp, contrariamente a quanto sostenuto dai fautori dell'opposto orientamento.⁵⁵

Questione controversa, poi, è quella relativa alla determinazione del concetto di «argomenti specificamente indicati» e, quindi, dello stesso perimetro del diritto di voto attribuibile agli strumenti finanziari partecipativi. La dottrina a questo

⁵⁴ Tale conclusione, d'altronde, non è dissimile da quella cui la dottrina maggioritaria è giunta con riguardo alla distinta, ancorché affine, questione della collocazione temporale dell'approvazione ex art. 2376 c.c. della delibera dell'assemblea generale lesiva dei diritti di categoria ad opera dell'assemblea speciale, e precisamente cfr.: C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in E. PICOZZA e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008, p. 116; C. COSTA, *Le assemblee speciali*, in G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 1993, p. 561; A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 291; R. NOBILI e P. VITALE, *La riforma della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 462.

⁵⁵ Cfr. Comitato Triveneto dei Notai, *Orientamento H.J.2*, reperibile sul sito http://www.notaitriveneto.it/file/massime/41/1316098658_orientamenti_societari2011.pdf.

proposito suole distinguere fra limiti quantitativi e qualitativi al voto degli Sfp, e in particolare: i primi si ravvisano nell'assenza di un'espressa predeterminazione statutaria della materia su cui esercitare il diritto di voto;⁵⁶ i secondi attengono alle materie sulle quali non è configurabile neppure *a priori* l'attribuzione del diritto *de quo*, quali l'approvazione del bilancio,⁵⁷ la nomina delle cariche sociali,⁵⁸ l'autorizzazione al compimento di atti gestori ex art. 2364, comma 1, n.5, c.c.⁵⁹ e le attività di natura gestoria riservate all'organo amministrativo.⁶⁰

A conferma della particolare struttura che caratterizza il diritto di voto attribuito agli Sfp, e *a fortiori* aderendo alla summenzionata tesi che individua la sua naturale *sedes materiae* in un'assemblea speciale ovvero in un contesto extra-assembleare, vi è chi ha sostenuto legittimamente che esso non sarebbe qualificabile propriamente in termini di diritto di voto.⁶¹ Ciò fondamentalmente in quanto l'essenza del voto andrebbe rinvenuta nella possibilità di concorrere alla formazione della volontà sociale attraverso la partecipazione alle deliberazioni di competenza dell'assemblea generale dei soci:⁶² ne conseguirebbe la sostanziale estraneità della disciplina del voto degli Sfp a quella del voto delle azioni.

A giudizio di chi scrive, in realtà – specie se si riconosce al voto degli Sfp efficacia propriamente «deliberativa» e non solo «consultiva», come pure è stato autorevolmente sostenuto⁶³ – pare più corretto ritenere che esso comunque incida, sia pure con un proprio peso specifico inferiore al voto delle azioni e pur dal di fuori

⁵⁶ N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 343; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 99 e ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 1298; M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 67 e ss.; M. MIOLA, *Conferimenti*, cit., p. 284.

⁵⁷ G. FERRI jr., *op. cit.*, p. 813.

⁵⁸ L. ENRIQUES, *op. cit.*, p. 181; N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 344; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 99 ss.; M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 82.

⁵⁹ N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., *ibidem*; B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 19; M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 64; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, *ibidem*; A. STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, p.265.

⁶⁰ Sul punto si vedano: N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 343; B. LIBONATI, *op. cit.*, *ibidem*, i quali sottolineano che in caso contrario si violerebbe la competenza esclusiva degli amministratori nella gestione della società ex art. 2380-bis c.c. *Contra* si veda F. DIMUNDO, *Sub art. 2346*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, ed. Giuffrè, Milano, 2003, p. 12.

⁶¹ Così M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 96.

⁶² M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶³ M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 63 e ss..

dell'assemblea generale, sulla formazione della volontà sociale.⁶⁴ A conferma della genuinità della suddetta tesi, d'altronde, si pone la considerazione che l'introduzione di questa peculiare fattispecie nel nostro ordinamento avrebbe concorso a cagionare un *vulnus* al paradigma *one share, one vote* e precisamente ne avrebbe modificato il corollario fondamentale secondo cui il voto nelle assemblee sociali (anche speciali) spetta esclusivamente ai titolari di diritti su azioni.⁶⁵

7. Segue. Il diritto di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco ex art. 2351, comma 5, c.c.

Fra i diritti amministrativi attribuibili ai titolari di Sfp – non fosse altro per essere l'unico ulteriore diritto *in subiecta materia* espressamente menzionato nel codice civile (art. 2351, comma 5, c.c.) oltre a quello di voto – merita di essere segnalato il diritto di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco. Due probabilmente sono le questioni

⁶⁴ Sul punto si segnala G. LA SALA, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, ed. Giappichelli, Torino, 2011, 2, nt. 2, il quale sottolinea d'altronde che «la capacità dei possessori di ibridi di condizionare con il loro voto l'approvazione delle delibere assembleari resta ferma qualunque sia l'opinione accolta».

⁶⁵ Così A. BUSANI e M. SAGLIOCCA, *Le azioni non si contano, ma "si pesano": superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, in *Le Società*, 2014, X, p. 1050. Nello stesso senso si vedano: G. LA SALA, *op. cit.*, p. 1 e ss.; M. SAGLIOCCA, *op. cit.*, p. 924. Sotto il profilo testé evidenziato, fra l'altro, palese è l'affinità funzionale che intercorre fra gli strumenti finanziari partecipativi e le categorie speciali di azioni a voto non proporzionale (e.g. azioni senza voto, con voto limitato o condizionato, con voto plurimo, ecc.). Altrettanto palese, tuttavia, è che sia il tipo (*rectius* la qualità) che la misura (*rectius* la quantità) della deroga apportata al principio di proporzionalità non coincidono: quanto agli Sfp, infatti, è la regola «nessun voto senza azioni» ad essere sacrificata e si tratta pur sempre di una deviazione dalla disciplina legale del diritto di voto di modesta portata, in quanto perimetrata ai soli argomenti specificamente indicati dallo statuto; quanto alle categorie speciali di azioni a voto non proporzionale, invece, ad essere sacrificati sono alternativamente il corollario «nessuna azione senza voto» ovvero «una azione, un voto soltanto» e all'autonomia privata sono riconosciuti poteri molto più incisivi che si spingono fino alla totale soppressione del diritto di voto, non assistita da alcun privilegio patrimoniale in compensazione. È appena il caso di osservare, infine, che gli strumenti finanziari partecipativi costituiscono (come *supra* anticipato) il precipitato normativo della volontà del legislatore di valorizzare l'autonomia privata in ambito societario e di ampliare i mezzi di raccolta del capitale di rischio delle S.p.A., collocandosi pertanto anche sotto questo profilo in una posizione analoga a quella delle azioni speciali, sotto questo profilo non soltanto a voto non proporzionale, ma *lato sensu* intese.

principali sotto il profilo operativo collegate al suddetto diritto, ossia il procedimento di nomina dei consiglieri indipendenti e/o dei sindaci da un lato ed il numero massimo in cui questi ultimi possono essere designati dall'altro.

La prima questione a ben vedere riguarda più specificamente il rapporto tra la nomina effettuata dai titolari di Sfp (in forma assembleare o extra assembleare) e la deliberazione dell'assemblea generale degli azionisti avente ad oggetto la nomina dei restanti componenti dei rispettivi organi sociali. La problematicità è legata essenzialmente alla circostanza che di norma competerebbe esclusivamente all'assemblea generale dei soci la nomina dei componenti degli altri organi sociali, laddove la disposizione in commento, pur rinviando quanto alle concrete modalità alla determinazione statutaria, pare derogare espressamente alla suddetta regola. Ebbene, come di recente sottolineato anche dal Consiglio Notarile di Milano,⁶⁶ si può ritenere che almeno quattro diversi tipi di procedimento siano configurabili sul piano astratto: 1) *nomina diretta da parte dell'assemblea dei titolari di Sfp, con quorum liberamente definiti, destinata ad assumere efficacia al momento dell'accettazione della carica, con sua diretta pubblicità nel registro delle imprese*; 2) *designazione, da parte dell'assemblea dei titolari di Sfp, di soggetto che l'assemblea degli azionisti nominerà nella carica*; 3) *nomina da parte dell'assemblea degli azionisti subordinata nell'efficacia all'approvazione da parte dell'assemblea dei titolari di Sfp*; 4) *nomina diretta o designazione per la nomina o approvazione di nomina, come nei punti che precedono, da effettuarsi dai titolari di Sfp con modalità non collegiali di formazione della loro decisione (e.g. consenso espresso per iscritto, consultazione scritta, ecc.). A giudizio di chi scrive, inoltre, qualora lo statuto non contenga l'indicazione di una delle predette modalità, pare verosimile che la nomina dei consiglieri indipendenti e/o dei sindaci risulti efficace fin dal momento dell'accettazione della carica, dovendosi infatti ritenere applicabile in via residuale il procedimento sub 1).*⁶⁷

⁶⁶ Cons. Not. Milano, *Massima* 168 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/168.aspx>.

⁶⁷ In tal senso d'altronde si esprime autorevole dottrina, e precisamente cfr. M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., 128; M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 533.

Quanto alla seconda questione, poi, essa pare agevolmente risolvibile nel senso che il numero totale dei membri di spettanza degli Sfp deve comunque essere inferiore alla metà dei componenti del rispettivo organo.⁶⁸ A opinare diversamente, e in particolare a ritenere che la disposizione in commento (che adopera la locuzione «nomina di un» amministratore e/o sindaco) vada interpretata in senso letterale, infatti, si finirebbe per dar vita ad un'illegittima disparità di trattamento in funzione del numero di componenti dell'organo sociale considerato: e così, se in un consiglio di amministrazione composto da sette membri la presenza di un singolo amministratore indipendente sarebbe pressoché irrilevante sul piano decisorio, in un consiglio d'amministrazione formato da due soli membri viceversa la stessa risulterebbe determinante ai fini della valida assunzione delle decisioni. Per tale motivo, dunque, ritengo sia preferibile la prima soluzione illustrata, la quale appare anche maggiormente coerente sul piano sistematico con il fondamentale principio di correlazione fra potere e rischio nell'impresa cui è informata la disciplina delle S.p.A..

8. Segue. I recenti sviluppi in tema di diritto di conversione in azioni

Per concludere questa rassegna dei principali diritti amministrativi attribuibili ai titolari di Sfp, pare opportuno da ultimo soffermarsi brevemente sul diritto di conversione in azioni, la cui ammissibilità può ormai dirsi sdoganata non soltanto sul piano dottrinario ma anche su quello giurisprudenziale, come dimostrano le posizioni assunte non solo dalla maggioranza degli Autori che si sono occupati di questa tematica,⁶⁹ ma anche dalla posizione assunta ancora una volta dal Consiglio Notarile di Milano in una recente massima,⁷⁰ nonché dal Tribunale delle

⁶⁸ Sul punto cfr. *ex multis*: M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 536; L. MONTAGNANI, Sub *art.* 2383, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea-Giuffrè, Milano, 2005, p. 148; A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 1299. In particolare si vedano M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 103, i quali definiscono la detta soluzione «pragmatica e di buon senso», nonché da ultimo cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 168, *cit.*, *ibidem*.

⁶⁹ Sul punto si vedano *ex multis*: M. LIBERTINI, A. MIRONE e P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 232; F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 64; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 108, nt. 160.

⁷⁰ Cons. Not. Milano, *Massima* 166 (07-11-2017), reperibile sul sito <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/166.aspx>.

imprese di Napoli nell'unico precedente giurisprudenziale ad oggi disponibile.⁷¹ Pur essendo espressamente prevista dal legislatore tale facoltà solo con riferimento alle obbligazioni convertibili *ex art. 2420-bis c.c.*, infatti, non può escludersi *mutatis mutandis* l'applicazione della suddetta norma anche agli strumenti finanziari partecipativi. Ad un siffatto risultato più precisamente si giunge in forza dell'applicazione analogica (e non già diretta, trattandosi pur sempre di strumenti «partecipativi» a differenza delle obbligazioni) dell'art. 2411, comma 3, c.c., che estende la normativa in tema di obbligazioni anche agli «strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società», *rectius* alle para-obbligazioni. È appena il caso di osservare, tuttavia, che se pare condivisibile *ictu oculi* la tesi che postula l'applicazione analogica della suddetta normativa agli Sfp dotati di diritto al rimborso, essendo gli stessi sovrapponibili sotto il profilo causale agli strumenti finanziari cui si riferisce l'art. 2411, comma 3, c.c., maggiormente problematica e più difficilmente giustificabile si configura l'analogia con gli Sfp privi di diritto al rimborso. È evidente, infatti, che la diversa dimensione causale in cui si vengono a collocare questi ultimi complichino il ragionamento, ancorché in realtà pare che una simile estensione possa ritenersi parimenti ammissibile per ragioni di carattere sistematico e in particolare per la circostanza che l'ordinamento, nel consentire la conversione del debito obbligazionario in capitale sociale, *a fortiori* non avrebbe ragione di negare la conversione di quasi capitale in capitale.⁷²

Una volta ammessa la convertibilità degli Sfp in azioni, resta da analizzare quali siano le modalità e le condizioni alle quali ciò possa avvenire. In primo luogo pare ragionevole che gli Sfp convertibili debbano essere offerti in opzione ai soci ai sensi dell'art. 2441, comma 1, c.c., a meno che non ricorra una delle cause di esclusione del diritto di opzione previste dalla legge, salvo il consenso unanime degli aventi diritto. La necessità di offrire in opzione ai soci gli Sfp convertibili, infatti, si fonda sull'applicabilità della disposizione citata non solo alle azioni di nuova emissione

⁷¹ Tribunale di Napoli, Sez. Specializzata in materia d'impresa, 25 febbraio 2016, cit., *ibidem*.

⁷² Sul punto, anche per le considerazioni che seguono, cfr. Cons. Not. Milano, *Massima* 166, cit., *ibidem*.

ma anche alle obbligazioni convertibili, la qual circostanza lascia intendere che la *ratio* accolta in materia sia tutelare l'interesse dei soci a preservare le medesime quote di partecipazione al capitale non solo quando vengono emesse azioni, ma anche quando vengono emessi differenti strumenti finanziari convertibili in azioni.

Altra condizione essenziale ai fini della convertibilità è che, in deroga a quanto affermato in via generale, l'apporto a fronte del quale vengono emessi gli Sfp rispetti gli artt. 2342 ss. c.c.. È evidente, infatti, che essendo potenzialmente destinati a rappresentare il capitale della società, i suddetti apporti debbano a monte rispettare la normativa dettata in tema di conferimenti, ond'evitare che sia violato il ben noto principio di effettività del capitale sociale.

Si consideri, infine, che alla pari di quanto disposto dall'art. 2420-*bis* c.c., contestualmente all'emissione degli Sfp convertibili in azioni, la società deve deliberare un aumento di capitale a servizio della conversione, per un importo pari alle azioni da attribuire in conversione, che non può essere superiore, a seconda del tipo di strumenti considerato: a) al debito nei confronti dei titolari di Sfp con diritto a rimborso; b) alla riserva iscritta in bilancio a fronte dell'emissione di Sfp privi del diritto a rimborso. È appena il caso di osservare, in conclusione, che nell'ipotesi *sub b)* le perdite che eventualmente azzerino la suddetta riserva, pur non incidendo di norma sui diritti spettanti ai titolari di Sfp,⁷³ non possono che decretare l'estinzione del diritto di conversione, non potendosi infatti giustificare diversamente la creazione di nuovo capitale sociale.⁷⁴

⁷³ G. D'ATTORRE, *Perdite della società e tutela dei titolari di strumenti finanziari partecipativi*, nota al Tribunale di Napoli, 24 febbraio 2016, in *Notariato*, 2016, p. 280. *Contra* M. PALMIERI, *La partecipazione alle perdite degli strumenti finanziari ex art. 2346, comma 6, c.c. convertendi in azioni*, in *Le Società*, 8-9, p. 991.

⁷⁴ Sul punto si veda *amplius* M. LAMANDINI, *Nuovi orientamenti su strumenti finanziari partecipativi irredimibili e incidenza delle perdite*, in *Le Società*, 2018, 4, p. 475 e ss.. A conclusioni differenti, tuttavia, si potrebbe giungere qualora le azioni della S.p.A. fossero prive dell'indicazione del valore nominale. In tal caso, infatti, non sussistendo una rigida correlazione fra l'ammontare del capitale sociale, il numero delle azioni e il loro valore nominale (che non è cristallizzato nello statuto ma risulta da un mero calcolo matematico), è lecito che la società deliberi l'emissione di azioni a servizio della conversione senza un corrispondente aumento del capitale. Non modificandosi quest'ultimo e diminuendo semplicemente la parità contabile, dunque, pare corretto affermare che il rispetto della normativa sui conferimenti in tale ipotesi non risulta necessario, ritornando applicabile di conseguenza la disciplina generale degli apporti sottostanti l'emissione di Sfp, come *supra* illustrata.

La Direttiva PSD 2: obiettivi della revisione e principali tratti di novità

di Pierluigi Montella

Dottorando di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

This paper briefly outlines the main changes in the PSD 2 Directive, such as, first of all, the introduction of the Third party providers and the regulatory regime applicable to them. The objectives of the European legislator are also highlighted in the revision of the previous payments directive. Lastly, are described the main amendments to Legislative Decree no. 11/2010, with some interesting decisions by the ABF regarding the responsibility of payment providers.

SINTESI

L'articolo illustra succintamente le principali novità della Direttiva PSD 2, quali, prima fra tutte, l'introduzione dei Third party providers ed il regime normativo ad essi applicabile. Vengono altresì evidenziati gli obiettivi del legislatore europeo nella revisione della precedente Direttiva pagamenti. Sono descritte, infine, le principali modifiche al d.lgs. n.11/2010, insieme a delle interessanti pronunce dell'ABF in tema di responsabilità dei prestatori di pagamento.

SOMMARIO: 1. La nuova "Direttiva pagamenti" e le finalità della revisione normativa – 2. La rimodulazione dell'ambito di applicazione della nuova Direttiva – 2.1. Il servizio di informazione sui conti: alcune considerazioni essenziali – 2.2. Le transazioni one leg. – 3. L'art. 3 e la modifica del c.d. *negative scope* – 4. La responsabilità dei Prestatori dei servizi di pagamento e la soluzione adottata dal nostro legislatore nel d.lgs. n.218/2017 – 5. La sicurezza dei dati e dei servizi di pagamento via internet: le risposte della Direttiva 2015/2366 – 6. Conclusioni

1. La nuova "Direttiva pagamenti" e le finalità della revisione normativa

Pur costituendo i servizi di pagamento una delle attività più rilevanti poste in essere dagli Istituti di credito, sebbene distinta da quella bancaria in senso stretto, mancava nel nostro ordinamento una disciplina legislativa completa e precisa che fosse agli stessi dedicati.¹ Nel 2007, invero, è il legislatore europeo ad intervenire

¹ Cfr. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2012, pag. 225 e ss., per un rapido excursus circa i servizi di pagamento e la sua introduzione ad opera della Direttiva 2007/64/CE. Per ulteriori approfondimenti cfr. BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Il Mulino, 2016, pag. 37 e ss.; BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2016, pag. 230 e ss.; cfr. anche i contributi (alcuni citati nel proseguo del testo) presenti negli Atti del convegno *Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento. Decreto Legislativo 15 dicembre 2017 n.218 (G.U. n.10 del 13 gennaio 2018)*, Milano, 28 marzo 2018.

sul punto, con la Direttiva 2007/64/CE (*Payment Service Directive* – PSD), il cui recepimento, con il d.lgs. n.11 del 27 gennaio 2010, diviene occasione favorevole per colmare la lacuna normativa.²

Oggi, tale regolamentazione è stata aggiornata dalla Direttiva UE n.2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015,³ c.d. PSD 2, in seguito recepita nel nostro ordinamento grazie al d.lgs. 15 dicembre 2017, n.218.

La Direttiva PSD intendeva definire un ambito giuridico comune sia per i Prestatori dei servizi di pagamento, che per i loro utenti, inserendosi nel più ampio disegno volto alla creazione di un'area comune dei pagamenti in euro (la c.d. *Single Euro Payment Area*, in acronimo SEPA).

L'ambito di applicazione della disciplina comunitaria riguardava tutti i servizi di pagamento prestati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro o di uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo.⁴

Negli ultimi anni il mercato dei pagamenti è stato oggetto, a livello europeo, di

² Per una puntuale analisi di tale decreto si rinvia a *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Giappichelli, 2011, a cura di Marco Mancini, Marilena Rispoli Farina, Vittorio Santoro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Onofrio Traiano.

³ Il considerando 109 della PSD 2 giustifica la necessità dell'atto comunitario, al fine di raggiungere l'ulteriore integrazione di un mercato interno dei servizi di pagamento in virtù del principio di sussidiarietà esplicitato dall'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea.

⁴ Cfr. SCIPIONE L., *Commento sub art. 114-sexies e ss.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Concetto Costa, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 1247 e ss. V'è da dire che allo scopo di realizzare una piena integrazione del comparto dei servizi *retail*, la PSD ha introdotto novità molto significative sui soggetti che possono prestare i servizi di pagamento (per quanto concerne i requisiti patrimoniali, sana e prudente gestione, etc.), sulle forme di tutela della clientela e sui diritti ed obblighi delle parti nell'esecuzione di tutte le operazioni di pagamento. In tema cfr. anche SANTORO V., *Gli istituti di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, a cura di Marilena Rispoli Farina, Vittorio Santoro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Onofrio Troiano, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 49 e ss., il quale sottolinea come in effetti, seppur iniziale appannaggio esclusivo delle banche (come ricordato in apertura di questo paragrafo), l'attività di intermediazione nei pagamenti non è stata fatta rientrare dal legislatore europeo, proprio a partire dalla PSD, nel più ampio *genus* dell'attività bancaria, per una serie di motivi più che validi. Tra essi, sicuramente possiamo annoverare il fatto che negli anni immediatamente antecedenti all'entrata in vigore della prima Direttiva pagamenti, le maggiori innovazioni di processo e di prodotto, nell'industria dei pagamenti, sono state introdotte da soggetti non bancari.

Tuttavia, la presenza di tali nuovi operatori ha da tempo richiesto un bilanciamento tra esigenze della concorrenza, soddisfatte con l'apertura al mercato dei servizi di pagamento agli Istituti di pagamento, ed esigenze della *regulation*, al fine di non svantaggiare le banche sottoposte a rigidi controlli di vigilanza pubblica.

profonde e serrate innovazioni. Nonostante i numerosi interventi legislativi comunitari in materia, però, alcuni settori fondamentali del mercato dei pagamenti *retail* - si pensi ai pagamenti effettuati con carte di credito, carte di debito (ivi incluse anche le carte bancomat) e con l'ausilio delle innovazioni tecnologiche (come internet e i dispositivi mobili) - risultano ancora oggi oggetto di una disciplina frammentata a livello nazionale, peraltro priva di ogni supporto logistico e infrastrutturale per la sua concreta attuazione. Ciò posto, sempre più difficile appare la regolamentazione e l'incentivo di servizi di pagamento ormai digitali, perché gli stessi possano realmente dirsi efficaci, innovativi, sicuri e di facile utilizzo per i consumatori e gli imprenditori. I recenti sviluppi del mercato hanno, infatti, evidenziato le lacune del vigente quadro giuridico europeo, nonché cagionato numerosi fallimenti del mercato interno, specie avendo riguardo al settore dei pagamenti con carta, via internet e tramite dispositivo mobile.⁵

Nello specifico, dal riesame del quadro europeo e dai lavori raccolti nel Libro verde della Commissione del 2012,⁶ è emersa la necessità di adottare ulteriori misure a tutela del cliente, affinché la normativa in esame possa realmente dirsi soddisfacente delle esigenze proprie di un mercato unico dei pagamenti.

Ed è proprio nel Libro Verde che la Commissione sottolinea che un aggiornamento della normativa sui servizi di pagamento garantirebbe anche un'implementazione della concorrenza, grazie all'accesso al Mercato unico di nuovi operatori provenienti da tutti gli Stati dell'Unione europea.

Con l'adozione di standard comuni, infatti, *"i prestatori di servizi potrebbero offrire le proprie soluzioni di pagamento in più di un paese, ampliando la propria base d'attività e creando un ulteriore incentivo per l'innovazione. Di conseguenza, i costi e i prezzi per fornire pagamenti convergerebbero verso il basso [...]"*.⁷

Ancora, gli utenti dei servizi di pagamento potrebbero scegliere con maggior

⁵ Cfr. GIUSSANI C., *Verso una maggiore integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio: raggiunto il compromesso sul testo della proposta di Direttiva sui pagamenti elettronici*, in *Eurojus.it*, pag. 3 e ss..

⁶ Vd. il Libro Verde della Commissione Europea, dal titolo: *"Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile"*, 11 gennaio 2012, su www.parlamento.it.

⁷ Vd. *ivi*, pag. 2.

consapevolezza gli strumenti di pagamento e il prestatore di servizi che maggiormente si adatta alle loro esigenze: a tutt'oggi, di fatto, non di rado viene preferito un servizio che, a causa di numerosi costi mai palesati agli utenti, si rivela più oneroso dal punto di vista economico. Si è cercato, allora, di realizzare un mercato dei pagamenti maggiormente integrato e trasparente, in grado di indirizzare l'utente verso lo strumento di pagamento più efficiente.

Non solo. Ciò consentirebbe anche maggiori investimenti in termini di innovazione, il cui effetto collaterale (*rectius*: beneficio) sarà quello di garantire una maggiore sicurezza dei pagamenti.⁸

Quasi tutte le osservazioni formulate dalla Commissione europea sono state pedissequamente recepite all'interno del progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 29 settembre 2015, il quale, al Considerando n.5, ritiene essenziale un intervento normativo da parte delle Istituzioni europee, al fine di *"[...] sostenere la crescita dell'economia dell'Unione e garantire che i consumatori, i commercianti e le imprese dispongano di possibilità di scelta e condizioni di trasparenza in relazione ai servizi di pagamento in modo da trarre il massimo vantaggio dal mercato interno"*.

Come la Commissione aveva correttamente auspicato, le esigenze connesse alla sicurezza dei pagamenti non sono state trascurate dal Parlamento europeo, il quale le ha poi recepite nel testo definitivo della Direttiva. Consapevole del fatto che la sicurezza dei pagamenti elettronici risulta fondamentale al fine di meglio tutelare gli utenti e lo sviluppo di un contesto affidabile per l'esecuzione delle transazioni, il legislatore europeo, al Considerando n.95 della Proposta di Direttiva, ha invitato gli Stati membri ad applicare prescrizioni normative maggiormente

⁸ *Ibidem* si evidenzia come il mercato dei servizi di pagamenti elettronici all'interno della SEPA raggiunga la ragguardevole cifra di 58 miliardi di operazioni effettuate nel solo 2009.

L'effettiva e concreta realizzazione del mercato unico dei pagamenti, allora, riuscirebbe a creare un *"mercato unico digitale su scala unionale"*, che consentirebbe: a) ai consumatori, di utilizzare un unico conto corrente bancario per tutte le operazioni di pagamento, anche abitando fuori dal proprio paese di origine; b) le imprese e le amministrazioni pubbliche potrebbero semplificare e razionalizzare le proprie procedure di pagamento, centralizzando le operazioni finanziarie in tutta l'Unione Europea; c) ai venditori, i quali potrebbero utilizzare strumenti di pagamento più efficienti e, soprattutto, meno costosi.

stringenti in termini di sicurezza degli strumenti di pagamento, i quali dovranno essere utilizzati in maniera sicura per poter così proteggere, per quanto possibile, il consumatore dai rischi di furto delle proprie credenziali di accesso.

Merita approfondimento, come si avrà modo successivamente di evidenziare, il ruolo assunto da quei soggetti che, in qualità di intermediari tra il prestatore di un servizio di pagamento e gli utenti, dovranno essere destinatari di una normazione attenta e minuziosa, grazie ad una migliore specificazione degli obblighi e delle responsabilità gravanti sugli stessi, al fine di garantire una corretta esecuzione dei pagamenti.

La nuova Direttiva PSD 2, quindi, vuole rappresentare la corretta realizzazione delle istanze di riforma che abbiamo illustrato.⁹

Al fine di costruire un quadro normativo omogeneo,¹⁰ pertanto, la nuova Direttiva ha l'ambizione di "ingabbiare" l'evoluzione di mercato nelle articolazioni normative di una "catena" la quale, dalla disposizione dell'ordine di pagamento all'esecuzione di quest'ultimo, possa rappresentare una risposta concreta alle criticità riscontrate nella vigenza del precedente regime.¹¹

Al precipuo scopo di cogliere appieno le novità introdotte dalla PSD 2 pare quindi necessario procedere ad una lettura critica della stessa che sia in grado di individuare, approfondire e valorizzare le opportunità che la nuova normativa pone in essere.

⁹ Per una rapida panoramica sulle più importanti innovazioni apportate dalla c.d. PSD 2, cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *dirittobancario.it*, 2016, pag. 1.

In particolare, il considerando 1 della Direttiva "ammette" gli enormi progressi fatti nel campo del sistema dei pagamenti grazie al regolamento CE n.924/2009 (dedicato ai pagamenti transfrontalieri all'interno dell'Unione Europea); alla Direttiva 2009/110/CE (riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza degli istituti di moneta elettronica); il regolamento (UE) n.260/2012 (requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro).

¹⁰ Cfr. ANTONUCCI A., *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n.3, 2018

¹¹ Cfr. GIUSSANI C., *Verso una maggiore integrazione*, cit., pag. 4. Tra i miglioramenti delle condizioni di mercato menzionate dalla dottrina appena citata, annoveriamo, sicuramente, la possibilità che ogni cittadino titolare di un conto corrente possa utilizzare appositi software e dispositivi di pagamento, eventualmente messi a disposizione anche da soggetti terzi, attraverso i quali effettuare le operazioni desiderate.

2. La rimodulazione dell'ambito di applicazione della nuova Direttiva

La nuova Direttiva pagamenti esplicitamente prevede che il prestatore di servizi di pagamento che eserciti l'attività di disposizione di ordini di pagamento (in inglese meglio noto come *Payment initiation service provider*¹²) e il servizio di informazione sui conti (definito come *Account information service provider*) siano ricompresi nell'ambito di applicazione della nuova Direttiva pagamenti. Ciò porrà rimedio a quelle che erano vecchie questioni, come la maggior tutela dei consumatori, della sicurezza dei pagamenti e della responsabilità a carico dei Prestatori di tali servizi; dovrebbe anche trarne beneficio la concorrenza tra i vari operatori e la tutela della privacy.¹³

L'attività di disposizione di ordini consiste nel servizio mediante il quale un terzo soggetto si frappone tra il pagatore ed il suo conto di pagamento online, consentendo di effettuare il pagamento a favore di un soggetto terzo beneficiario. Ciò è possibile grazie ad un *software* che si frappone tra il sito web del commerciante (se si sta acquistando un prodotto od un servizio online) e la banca del pagatore, al fine di disporre il pagamento tramite bonifico (quindi con addebito diretto sul conto del pagatore). Come la stessa Direttiva sottolinea, tale prestatore del servizio di pagamento non entra mai in possesso del denaro presente sul conto del pagatore, pur avendovene accesso grazie al consenso prestato dal soggetto definito come Prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto (*Account servicing payment service provider*), il quale “[...] fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore”.

La definizione che il nostro legislatore ha dato del prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento è la seguente: “*servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento, relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*”.

È di facile comprensione, alla luce di quanto detto *supra*, che tale servizio ha conosciuto un enorme sviluppo nell'ambito del commercio elettronico, poiché

¹² All'art. 4 sono presenti tutte le definizioni dei soggetti e delle operazioni richiamate all'interno della Direttiva.

¹³ Cfr. Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op.cit.*, pag. 4 e ss..

consente al beneficiario dell'ordine di pagamento di avere la contezza del buon fine dell'operazione, consentendogli di consegnare il bene (o prestare il servizio) senza indebiti ritardi.¹⁴

2.1. Il servizio di informazione sui conti: alcune considerazioni essenziali

Il pagatore ha, ovviamente, la necessità, prima di effettuare il pagamento, di conoscere lo stato dei fondi a propria disposizione. Ebbene, come recita il considerando 28 della Direttiva, il progresso tecnologico occorso dalla Direttiva PSD alla PSD 2 ha indotto tali soggetti a richiedere un servizio di informazioni sul proprio conto (o sui molteplici conti detenuti). E sarà proprio il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, tramite interfaccia online, a garantire l'informazione sui conti stessi a questi diversi intermediari, che forniscono il servizio di informazione (definito in inglese *Account information service*, o *AIS*). A tutela della privacy, è previsto che gli *Account information service providers* non possano utilizzare i dati del cliente o effettuare l'accesso ai conti di pagamento per scopi diversi da quelli esplicitamente previsti dal servizio. La regolamentazione delle attività di PISP e AISPS costituisce, quindi, una delle maggiori novità introdotte, che ha dato vita ad una nuova categoria di operatori, i c.d. *Third party providers*, o TPPs.¹⁵

Il servizio di informazioni sui conti è stato incluso, ad opera del d.lgs.

¹⁴ Vd. Considerando n.29 della PSD 2 e ANTONUCCI A., *La regolamentazione dei nuovi player di mercato (TPP) e dei nuovi servizi di pagamento*, in Atti del convegno *Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento. Decreto Legislativo 15 dicembre 2017 n.218 (G.U. n.10 del 13 gennaio 2018)*, Milano, 28 marzo 2018. Tale ultima dottrina citata evidenzia come siamo di fronte al: “[...] modello PayPal - che non a caso nasce e si sviluppa con eBay - in cui l'utente mette a disposizione del fornitore le coordinate di accesso ad un mezzo di pagamento (nella specie, a sua scelta fra conto bancario o carta), non anche una disponibilità monetaria da utilizzare per i successivi pagamenti, come accade ad esempio per una della app di pagamento più diffuse in Italia (Satispay).”

¹⁵ Tali soggetti saranno sottoposti a regole più tenui rispetto a quelle applicabili ai prestatori dei servizi di pagamento. Ciononostante, come non manca di far notare ANTONUCCI A., *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, op. cit., pag. 5, la PSD 2 prevede che tali soggetti, per far fronte alle loro responsabilità, saranno comunque tenuti a stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile professionale.

Uno dei profili che riteniamo essere più conturbanti riguarda il fatto che i TPPs non avranno bisogno di alcuna cornice contrattuale con i servizi di radicamento del conto per accedere ai dati dell'utente finale.

n.218/2017, nei servizi di pagamento all'art. 1, co. 2, lett. h-septies.1, n.8 del Tub. Tale decreto ha altresì modificato l'art. 1, co. 1, lett. b-ter) del d.lgs. 27 gennaio 2010, n.11, con il quale il c.d. AIS viene definito come un servizio online che fornisce informazioni relativamente ad uno o più conti di pagamento, che il soggetto pagatore può detenere presso uno o molteplici Prestatori di servizi di pagamento.¹⁶

Per quanto riguarda la modalità *online* di prestazione del servizio, esso deve essere prestato tramite un dispositivo di telecomunicazione, che sia digitale o informatico, gestito dal prestatore di servizio di pagamento su cui è radicato il conto. Per fornire il servizio, l'AISP accederà ad un'interfaccia che consenta la comunicazione sicura con i prestatori di servizi di pagamento presso i quali si trovano i fondi del pagatore.¹⁷ Si è quindi giustamente evidenziato come uno dei problemi fondamentali sia legato al fatto che possono sussistere diversi operatori tecnici che collaborano tra di loro al fine di ottenere, elaborare e fornire alla clientela finale determinate informazioni sui propri *account* di pagamento: ci si è chiesti se a questi soggetti che collaborano con determinati *providers* di servizi di pagamento, senza mai relazionarsi con il cliente finale, possa applicarsi o meno la Direttiva PSD 2, in virtù dell'equivoca disposizione inserita nell'art. 3, lettera j), che sembrerebbe includere le attività da questi fornite sotto l'egida della nuova Direttiva pagamenti. Ebbene, la dottrina, applicando analogicamente l'interpretazione fornita dall'FCA¹⁸ britannica in fase di applicazione della PSD 2, ha sottolineato come "*i fornitori di servizi che assistono altre imprese [...] e che prestano servizi esclusivamente in favore di soggetti diversi dagli utenti di servizi di pagamento,*

¹⁶ Cfr. CATENACCI M. - FORNASARO C., *PSD 2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)*, in *dirittobancario.it*, Aprile 2018, pag. 1 e ss..

¹⁷ Ai sensi dell'art. 3, lett. j), della nuova Direttiva pagamenti, essa non troverà applicazione: "*Ai servizi forniti da prestatori di servizi tecnici, che supportano la prestazione dei servizi di pagamento, senza mai entrare in possesso dei fondi da trasferire, compresi l'elaborazione e la registrazione di dati, i servizi fiduciari e di protezione della riservatezza, l'autenticazione dei dati e delle entità, la fornitura di reti informatiche e di comunicazione, la fornitura e la manutenzione di terminali e dispositivi utilizzati per i servizi di pagamento ad esclusione dei servizi di disposizione di ordine di pagamento e dei servizi di informazione sui conti*".

¹⁸ Tale autorità, com'è noto esplorando il sito web della stessa: "*[..] is the conduct regulator for 58,000 financial services firms and financial markets in the UK and the prudential regulator for over 18,000 of those firms.*"

*dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina [...]”.*¹⁹

Occorre poi che il servizio di informazione sui conti fornisca all'utente una serie di informazioni in modo che quest'ultimo possa disporre di un quadro generale della sua situazione finanziaria in un dato momento. Il punto che la dottrina ha ritenuto opportuno sottolineare concerne la differenza circa la definizione che la PSD 2 fornisce, all'art. 4, n.16, del servizio AIS rispetto a quello fornito dal d.lgs. n.11/2010 come modificato dalla novella del 2017: mentre nella Direttiva europea si parla di informazioni aggregate o consolidate che il prestatore del servizio di informazioni dovrebbe fornire al detentore dei fondi, la normativa italiana di recepimento parla di fornitura di informazioni *sic et simpliciter*.²⁰ Quindi, ai sensi della legislazione interna, sembrerebbe che anche laddove vi sia l'informazione singola, e non aggregata, il relativo fornitore del servizio sia assoggettabile alla Direttiva PSD 2.

La Direttiva europea, infatti, sembrerebbe “*riconoscere*” lo status di *provider* per il servizio di informazioni soltanto a chi fornisce informazioni su molteplici conti, e non su uno solo. Ad avviso di chi scrive, allora, il legislatore italiano, nell'inevitabile margine di discrezionalità concessogli dalla peculiare natura dell'atto europeo, ha fatto propria una più ampia tutela dei pagatori, rispetto a quanto stabilito nella superiore sede legislativa.

Ultimo elemento che risulta opportuno evidenziare concerne le informazioni aggregate online, e cioè se esse possano riferirsi unicamente ai dei conti di pagamento.²¹ Posto che la PSD 2 ha circoscritto il servizio di informazione sui conti

¹⁹ Cfr. testualmente CATENACCI M. - FORNASARO C., *op. cit.*, pag. 2.

²⁰ Al comma primo ex art. 1 del d.lgs. n.11/2010, viene aggiunto, ad opera del d.lgs. n.218/2017, il comma b - *ter*, il quale letteralmente statuisce come il servizio di informazione sui conti sia: un servizio online che fornisce informazioni relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento.

²¹ Cfr. CATENACCI M. - FORNASARO C., *op. cit.*, pag. 4.

In merito ai conti di pagamento, nella vigenza della precedente Direttiva pagamenti, cfr. soprattutto SANTORO V., *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in *Giurisprudenza commerciale*, n.5, 2008, pag. 855 e ss. che, partendo dalla definizione di conto di pagamento che dà la prima Direttiva pagamenti all'art. 4 n.14, il quale statuisce come esso altro non sia che un conto detenuto da uno o molteplici utenti di servizi di pagamento e che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento, pone in essere le analogie e le differenze con il conto corrente bancario.

Sicuramente, infatti, sia nei conti di pagamento, che nei conti correnti, il cliente avrà a propria

relativamente alle sole informazioni concernenti i conti di pagamento, escludendo, ad esempio, l'eventuale portafoglio titoli detenuto dal soggetto pagatore, ci si è chiesto se gli aggettivi "aggregato" e "consolidato", riferiti ai conti di pagamento medesimi, possano attrarre nell'ambito di regolamentazione della nuova Direttiva pagamenti anche quei soggetti non abilitati alla prestazione di servizi di pagamento, ma a servizi di altra natura, come quelli di investimento. La dottrina sul punto è abbastanza incerta, ritenendo che da un lato non possa escludersi che un AISP possa fornire il proprio servizio di informazione anche con riferimento ai c.d. conti titoli, escludendo l'obbligo di registrazione come ente abilitato alla prestazione dei servizi di pagamento laddove fornisca informazioni esclusivamente concernenti i conti titoli; dall'altro, resterebbe l'incognita di questi soggetti che forniscano informazioni di entrambi i tipi, quindi sia sui conti di pagamento che su eventuali titoli detenuti dal pagatore.²²

disposizione la libera disponibilità del saldo per effettuare e ricevere i pagamenti; tuttavia, l'autorevole dottrina citata rimarca con forza il fatto che il deposito effettuato su di un conto di pagamento non può mai essere assimilato alla raccolta del risparmio che era e rimane prerogativa dei soggetti bancari.

Ciò implica un'ulteriore riflessione: siccome lo stesso art. 16, par. 3, lett. c) della Direttiva PSD impedisce di considerare le somme consegnate dall'utente all'Istituto di pagamento come deposito bancario o deposito irregolare, ne consegue che l'Istituto medesimo non diventi mai proprietario dei fondi consegnatigli dall'utente, di talché la loro restituzione a quest'ultimo non potrà mai essere considerata alla stregua di un pagamento effettuato (e, come tale, non assoggettabile a revocatoria fallimentare ex art. 67 l. fall.); così come non decorrerà mai un termine prescrizione per la restituzione delle somme al cliente da parte dell'Istituto di pagamento.

Tali considerazioni possono tuttora ritenersi valide, dato che sono state quasi *sic et simpliciter* trasposte nell'art. 18 della nuova PSD 2.

²² È chiaro che un servizio di informazione sui conti di pagamento detenuti da un soggetto, sia esso persona fisica o ente, pone una serie di problemi di non poco conto sul rispetto della privacy da parte di chi, come i prestatori oggetto di questo scritto, possano accedere ad informazioni c.d. sensibili concernenti soprattutto le persone fisiche. È a noi coeva l'entrata in vigore, fissata per il 25 maggio 2018, del regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ed alla loro circolazione. La Direttiva pagamenti contiene una serie di regole relative all'accesso ai dati personali dei clienti per chi fornisce i servizi di informazioni sui conti (art. 67), a cui devono necessariamente accompagnarsi e integrarsi le disposizioni del nuovo Regolamento sulla privacy adottato in sede europea. Esplicitamente, infatti, il considerando 89 della Direttiva prende in considerazione il fatto che la prestazione di servizi di pagamento implichi inevitabilmente il trattamento dei dati personali. In questo considerando viene richiamata la Direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, la quale è stata ad oggi abrogata dal nuovo Regolamento, che dovrà intendersi come richiamato in qualità di degno "sostituto"; ritenendo comunque validi i richiami all'informativa specifica sull'uso che si andrà a fare dei dati personali, la conformità con i requisiti di sicurezza esplicitati dalla Direttiva e ed il rispetto dei principi di necessità, proporzionalità, limitazione delle finalità e conservazione dei dati. Si può ben comprendere, allora, che si è cercato di integrare quella scarna disposizione posta in essere dal

2.2 Le transazioni *one leg*

La Direttiva 2007/64/CE stabiliva che la normativa ivi contenuta si applicasse ai servizi di pagamento prestati nell'Unione europea in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'Eurozona a condizione che i prestatori di servizi di pagamento del pagatore e del beneficiario fossero insediati ambedue nell'UE.²³ L'art. 2 della nuova Direttiva esplicitamente prevede che sia esteso l'ambito di applicazione della PSD 2 sia in senso geografico che in termini di valute. Infatti, è vero che l'art. 2 della Direttiva del 2015 statuisce che le disposizioni di cui al proprio Titolo II (concernente la trasparenza delle condizioni ed i requisiti informativi per i servizi di pagamento) e di cui al Titolo IV (concernente i diritti ed obblighi in relazione alla prestazione ed all'uso dei servizi di pagamento), diversamente da quanto previsto dalla vecchia Direttiva, troveranno applicazioni con riferimento alle *“operazioni di pagamento in una valuta che non è quella di uno Stato membro laddove il prestatore di servizi di pagamento del pagatore e il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario siano entrambi situati nell'Unione, o l'unico prestatore di servizi di pagamento coinvolto nell'operazione di pagamento sia situato nell'Unione, per ciò che riguarda le parti dell'operazione*

Considerando n.49 della prima Direttiva pagamenti, la PSD (2007/64/CE), la quale si limitava a richiamare genericamente la Direttiva sui dati personali, senza nulla aggiungere. Per approfondimenti sugli obblighi informativi, diversi da quelli concernenti la privacy degli utenti dei servizi di pagamento, cfr. RISPOLI FARINA M., *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n.1, 2015, pag. 175 e ss..

Come richiamato da CATENACCI M. - FORNASARO C., *op. cit.*, pag. 7, ai prestatori di servizi di informazione sui conti viene imposto di non richiedere, né trattare, dati sensibili relativi ai pagamenti, definiti dalla PSD 2 come tutti quei dati che potrebbero essere usati per commettere frodi, quali le credenziali di sicurezza personalizzate. Anzi, a maggior ragione, l'art. 68 della Direttiva, al comma quinto, statuisce che eventualmente il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto può rifiutare l'accesso al conto di pagamento ad un prestatore di servizi di informazione sui conti, laddove vi siano *“[...] motivi obiettivamente giustificati e debitamente comprovati connessi all'accesso non autorizzato o fraudolento al conto di pagamento [...]”*; la normativa prosegue, poi, imponendo l'avviso, al soggetto detentore del conto, all'atto del rifiuto suindicato o immediatamente dopo, laddove sia possibile.

La normativa interna di recepimento della PSD 2, di conseguenza, ha stabilito, introducendo l'art. 5 - *quater* ex d.lgs. n.11/2010, che i prestatori del servizio di informazione sui conti dovranno necessariamente fornire un servizio rispettoso del consenso esplicito dell'utente, accedendo soltanto alle informazioni sui conti di pagamento designati e sulle relative operazioni insistenti su tali conti; non richiedendo dati sensibili relativi ai pagamenti ed utilizzando i dati richiesti solo e soltanto per le finalità del servizio che deve essere prestato.

²³ Cfr. ZEPPIERI E., *L'implementazione in Italia della nuova Direttiva sui servizi di pagamento*, in *dirittobancario.it*, febbraio 2018, pag. 2.

di pagamento effettuate nell'Unione.",²⁴ ma tale principio era valido già nella vigenza della precedente Direttiva pagamenti, poiché essa esplicava i suoi effetti quando il prestatore di servizi di pagamento del pagatore ed il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario erano entrambi situati nella Comunità (oggi Unione) europea o l'unico prestatore di servizi di pagamento era situato nella Comunità e con riferimento ai servizi di pagamenti effettuati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro. La vera novità introdotta dalla PSD 2 riguarda, al contrario, le c.d. operazioni "one leg", cioè quelle operazioni di pagamento in tutte le valute laddove soltanto uno dei prestatori di servizi di pagamento sia situato nell'Unione, sebbene soltanto relativamente a quei segmenti di operazione eseguiti all'interno dell'Unione stessa.

Ciò significa che, laddove un'operazione dovesse essere eseguita in uno Stato terzo, la tutela fornita ad un soggetto che si avvale di un prestatore di pagamento avente sede nell'UE sarebbe comunque garantita: un notevole *upgrade* in termini di protezione della clientela dei servizi di pagamento. Vengono evidenziate quelle disposizioni che, conseguentemente alla scelta del legislatore europeo, troveranno applicazione anche alle operazioni *one leg*.²⁵ Tra le norme appartenenti ai Titoli III e IV della Direttiva che dovranno trovare applicazione anche a quest'ultima tipologia di operazioni sicuramente possiamo individuare gli obblighi, gravanti sul prestatore di servizi di pagamento, di mettere a disposizione dell'utente del servizio un set informativo completo relativamente al servizio richiesto, non addebitandogli le informative essenziali ed obbligatorie (art. 40),²⁶ con delle piccole deroghe nel caso in cui gli strumenti di pagamento si riferiscano ad operazioni di importo ridotto o concernano la moneta elettronica (art. 42); oppure, l'obbligo per il Prestatore dei servizi di pagamento presso cui è radicato il conto di fornire una conferma al Prestatore dei servizi di pagamento che ha emesso lo strumento utilizzato relativamente alla disponibilità sul conto dei fondi richiesti (art. 65).²⁷

²⁴ Vd. art. 2. co. 3, Direttiva PSD 2.

²⁵ Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *La Direttiva (UE) 2015/2366*, cit., pag. 7 e ss..

²⁶ Artt. 30 e ss. della PSD.

²⁷ Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op. cit.*, pag. 8-9. È questa, forse, una delle novità più importanti introdotte dalla PSD 2: l'introduzione del cd. *fund checking*, che altro non è che una nuova

3. L'art. 3 e la modifica del c.d. *negative scope*

Come la Direttiva 2007/64/CE, anche la normativa attuale prevede e disciplina il cd. *negative scope*, e cioè tutte quelle fattispecie cui non saranno applicabili le disposizioni della PSD 2. L'art. 3 della Direttiva vuole, infatti, ovviare alla necessità di superare il problema delle differenti interpretazioni della norma previgente, la quale, come ricordato *supra*, aveva creato moltissimi problemi di omogeneizzazione tra i diversi ordinamenti nazionali.²⁸

La Direttiva PSD, infatti, non trovava applicazione nei confronti di quelle operazioni effettuate tramite un agente commerciale per conto del pagatore o del beneficiario. Come esplica il Considerando n.11 della nuova Direttiva, alcuni Stati membri hanno consentito in passato di applicare l'esclusione in commento alle piattaforme di commercio elettronico che agiscono come intermediari per conto dei singoli acquirenti e dei singoli venditori senza un reale margine nella negoziazione o conclusione della vendita o dell'acquisto di beni o servizi. È chiaro che questa previsione può essere molto pericolosa per i consumatori, dato che non troverebbero applicazione una serie di garanzie di cui invece godono in quanto clientela di un servizio di pagamento, come tale soggetto a vigilanza. Secondo il legislatore europeo, allora, l'esclusione dovrebbe trovare applicazione solo laddove gli agenti agiscano soltanto per conto del pagatore o del beneficiario, indipendentemente dal fatto che entrino in possesso o meno dei fondi dei clienti. Laddove, invece, agiscano per conto sia del pagatore che del beneficiario, l'esclusione dovrebbe operare soltanto laddove gli agenti non entrino in possesso materiale dei fondi.

modalità di controllo della disponibilità dei fondi a disposizione del pagatore: quando quest'ultimo intenda avvalersi di una carta come strumento di pagamento, il soggetto prestatore del servizio potrà chiedere a colui che detiene il conto di pagamento se effettivamente sussistono i fondi per effettuare quella particolare operazione. Si tratta di una conferma o di un diniego, poiché nulla può essere detto su quanto effettivamente è nelle disponibilità del cliente. Tale informazione fornita è di vitale importanza al fine di ridurre al minimo il rischio di credito: com'è ovvio, infatti, i prestatori di servizi di pagamento che emettono strumenti di pagamento basati su carta soggiaceranno agli stessi obblighi ed avranno gli stessi diritti degli altri istituti di pagamento autorizzati. La richiesta del prestatore del servizio di pagamento, allora, e la relativa conferma (o, come detto, il diniego) dovranno essere veicolate attraverso canali di comunicazione sicuri nel rispetto delle necessarie misure di sicurezza.

²⁸ Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op. cit.*, pag. 4.

I Considerando nn. 13 e 14 della nuova Direttiva pagamenti analizzano attentamente anche le esclusioni relative alle c.d. reti a spendibilità limitata. La PSD 2 premette, infatti, che le attività di pagamento soggette alle esclusioni relative alle reti a spendibilità limitata implicano volumi e valori di pagamento significativi, offrendo ai consumatori centinaia o addirittura migliaia di prodotti diversi. Secondo il legislatore della riforma, si è voluto “abusare” di quella che era l’esclusione prevista per le reti a spendibilità limitata ed è per questo che il nuovo testo si propone di evitare che un medesimo strumento di pagamento possa essere utilizzato per “[...] effettuare operazioni di pagamento relative a beni e servizi all'interno di più di una rete limitata o all'acquisto di una gamma illimitata di beni e servizi. Si dovrebbe considerare che uno strumento di pagamento è utilizzato nell'ambito di una tale rete limitata se può essere utilizzato soltanto nelle circostanze seguenti: primo, per l'acquisto di beni e di servizi da determinati rivenditori o determinate catene di rivenditori, qualora le entità coinvolte siano legate direttamente da un accordo commerciale che prevede, ad esempio, l'uso di un singolo marchio di pagamento e tale marchio di pagamento è utilizzato nei punti vendita e figura - ove possibile - sullo strumento di pagamento che può essere ivi utilizzato; secondo, per l'acquisto di una gamma molto limitata di beni o di servizi, ad esempio allorché l'ambito di utilizzo è effettivamente limitato a un numero chiuso di beni o servizi funzionalmente collegati indipendentemente dall'ubicazione geografica del punto vendita, e terzo, se lo strumento è regolamentato da un'autorità pubblica nazionale o regionale, per fini sociali o fiscali specifici allo scopo di acquistare beni o servizi specifici”. Com'è evidente il legislatore ha voluto, allora, circoscrivere di molto le ipotesi di configurazione delle reti limitate che possano consentire all'emittente dello strumento di pagamento utilizzato di non “incorrere” nell'applicazione della PSD 2.

La Direttiva 2007/64/CE (Considerando n.15) escludeva dal proprio ambito di applicazione alcune operazioni eseguite tramite dispositivi di telecomunicazione qualora l'operatore di rete non agisse solo quale intermediario per la fornitura di beni e servizi attraverso il dispositivo in questione, ma conferisca anche un valore

aggiunto a tali beni e servizi. Questi possono essere acquistati tramite addebito in bolletta telefonica.²⁹ Nell'ambito suindicato rientrava l'acquisto, da parte degli utenti, di una serie di servizi di intrattenimento e di informazione.

La problematica in essere concerneva la disomogenea applicazione che gli Stati membri avevano fatto dell'esclusione. Al fine di restringerne la portata, il legislatore europeo, tramite la PSD 2, ha meglio precisato i tipi di operazioni di pagamento cui l'esenzione può applicarsi, stabilendo (Considerando n.16) che essa potrà trovare applicazione in tutti quei casi in cui le operazioni siano rappresentate da micropagamenti per contenuti digitali e servizi a tecnologia vocale. Viene infine inserito un riferimento alle operazioni di pagamento per l'acquisto di biglietti elettronici al fine di tener conto degli sviluppi dei pagamenti in tutti i casi in cui i clienti possano ordinare, pagare, ottenere e convalidare biglietti elettronici da qualsiasi luogo e in qualsiasi momento utilizzando i propri cellulari o altri dispositivi, riducendo il costo per la produzione e l'acquisto degli omologhi biglietti cartacei.

4. La responsabilità dei Prestatori dei servizi di pagamento e la soluzione adottata dal nostro legislatore nel d.lgs. n.218/2017

Il Considerando n.71 della Direttiva PSD 2 rimarca quanto già statuito nella precedente Direttiva pagamenti del 2007 relativamente all'obbligo, gravante sul prestatore del servizio di pagamento, di rimborsare i propri utenti nel caso di esborsi monetari dovuti ad un utilizzo fraudolento (quindi da parte di terzi non autorizzati) del proprio strumento di pagamento. Se tuttavia il prestatore ha ragione di ritenere che sia possibile un addebito di responsabilità, in termini colposi o dolosi, a carico dell'utente del servizio, potrà condurre (come già prevedeva la PSD) un'indagine approfondita sospendendo la pratica per il rimborso che, nella normalità dei casi, dovrebbe essere immediato. Al fine di incentivare il pagatore a

²⁹ Tali servizi comprendono: l'intrattenimento, come chat, scaricamento di video, musica e giochi; l'informazione, ad esempio su meteo, notizie, aggiornamenti sportivi e borsa valori; la consultazione di elenchi; la partecipazione a programmi televisivi e radiofonici, ad esempio votazioni, iscrizione a concorsi, riscontro in tempo reale.

notificare quanto prima al prestatore del servizio l'uso fraudolento del mezzo (con lo scopo di evitargli perdite ancor più ingenti), è previsto che il pagatore debba rispondere soltanto entro il limite di 50 euro, al posto dei 150 previsti dalla precedente Direttiva. Emblematica è tuttavia la previsione, contenuta nello stesso Considerando, per la quale: “[...] Non dovrebbe sussistere alcuna responsabilità a carico del pagatore qualora questi non sia stato in grado di venire a conoscenza della perdita, del furto o dell'appropriazione indebita dello strumento di pagamento. [...]”, che in misura ancora maggiore cerca di tutelare l'utente che comunque abbia dimostrato un comportamento diligente e scrupoloso.

Ed è proprio in termini di diligenza che possono essere misurati gli obblighi a carico degli utenti, previsti dal nuovo art. 69 della PSD 2: essi dovranno, infatti, utilizzare lo strumento di pagamento secondo le indicazioni, anche tecniche, rilasciate dal fornitore dello strumento medesimo, avendo cura di conservarne diligentemente le chiavi di accesso.³⁰ Per quanto concerne la definizione di comportamento negligente o gravemente negligente, la PSD 2 lascia ampia discrezionalità ai singoli legislatori nazionali.

Al fine di individuare una seppur minima casistica, la dottrina³¹ segnala allora come per negligenza grave debba intendersi, ad esempio, la mancanza di attenzione sostanziata nel lasciare le credenziali di accesso allo strumento di pagamento nelle immediate prossimità dello stesso.³²

³⁰ Specularmente a tali obblighi a carico dell'utente del servizio di pagamento, corrispondono altrettanti obblighi in carico al prestatore del servizio di pagamento, ex art. 70, dal quale si evince come il fornitore dello strumento debba assicurarsi che le credenziali di accesso siano detenute soltanto dall'utente dei servizi di pagamento autorizzato; ancora, a favore del detentore dovrebbero essere messi a disposizione tutti i mezzi reputati idonei al fine di bloccare un eventuale uso non autorizzato dello strumento e contemporaneamente segnalare l'accaduto. Egualmente importante risulterà la previsione secondo la quale sarà a carico del prestatore del servizio il rischio dell'invio delle credenziali di pagamento, così come dello strumento (carta, *token*, etc.) che eventualmente dovesse essere spedito presso il destinatario sbagliato.

³¹ Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op. cit.*, pag. 10.

³² Costituisce un fatto notorio, del resto, che credenziali di accesso e strumento vadano sempre tenuti rigorosamente separati, onde evitare che chi entri in possesso dell'uno, possa facilmente violare anche l'altro.

Sul regime di responsabilità da applicare al pagatore non abbiamo una folta casistica giurisprudenziale, mentre qualche elemento in più ci viene fornito dai collegi dell'ABF. Attenta dottrina (Cfr. MALVAGNA U., *La responsabilità civile in caso di operazioni non autorizzate*, in Atti del convegno *Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento*, Decreto Legislativo 15 dicembre

Le disposizioni sulla responsabilità civile dell'intermediario sono state recepite nel d.lgs. n.11 del 27 gennaio 2010, agli artt. 10 e 12. Rispetto alla disposizione previgente al decreto di recepimento, viene aggiunto un comma 1 - *bis* all'art. 10, specificando che se l'operazione è disposta mediante un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento (e non più come dispone ancora oggi il primo comma, se l'operazione è disposta dal prestatore del servizio di pagamento), è suo preciso onere dimostrare di avere approntato tutte le difese sufficienti affinché non si verificassero accessi abusivi al sistema, e che quindi non è stato un difetto intrinseco di quest'ultimo aver agevolato il compimento di un'operazione non

2017 n.218, G.U. n.10 del 13 gennaio 2018, Milano, 28 marzo 2018) ha tuttavia evidenziato come vi sia stato un progressivo avvicinamento, da parte delle Corti di merito, agli orientamenti assunti dall'ABF. Si è evidenziato, allora, che fattispecie sintomatiche della colpa del pagatore, oltre alla custodia congiunta di pin e strumento di pagamento, siano rappresentate anche dall'obbligo di verificare la permanente disponibilità dello strumento, di non smarrire le password per effettuare il *log in* e di custodire diligentemente i sistemi c.d. OTP (*one time password*).

Su questo tema il Trib. di Firenze (sent. 19 gennaio 2016): “[...] nessuna norma impone verifiche periodiche ravvicinate della disponibilità della carta di credito da parte del suo titolare, così che la circostanza che egli si sia reso conto dello smarrimento a distanza di otto giorni dalla perdita di possesso non implica colpa grave e nemmeno fornisce elementi decisivi in tal senso la circostanza che l'attore abbia ommesso, in sede di denuncia penale, di fornire particolari circa data e luogo dello smarrimento o della sottrazione.

È, infatti, del tutto coerente e logico, in caso di sottrazione occulta o di smarrimento, che il titolare non sia in grado di collocare con precisione il momento della perdita di possesso sotto il profilo spaziale e temporale[...];” diversa, ma dagli stessi risultati pratici, la decisione 2118/2011 dell'ABF, a norma della quale il semplice fatto che un soggetto custodisca il pin insieme allo strumento di pagamento non può essere indice di colpa grave laddove quest'ultimo venga poi sottratto da parte di terzi malintenzionati. La colpa grave può desumersi, secondo questo Collegio, soltanto laddove vi sia stata una totale trascuratezza degli accorgimenti minimi da adottare.

Questo non significa che gli Arbitri siano sempre e comunque, anche in un regime che addossa l'onere della prova in capo al prestatore dei servizi di pagamento di dimostrare la colpa grave o negligenza del pagatore, a favore dell'utente. La decisione 12886/17 dell'ABF statuisce, infatti, che: “[...] La pressoché invulnerabilità del sistema “a due fattori” appare infatti tale da fondare la presunzione di una colpa grave in capo al cliente, consistente nel non aver custodito con la dovuta diligenza i dispositivi personali necessari per l'utilizzo del sistema di pagamento, con l'effetto che la domanda proposta deve essere rigettata [...]”. Questo implica che laddove il prestatore del servizio di pagamento abbia effettivamente messo a disposizione dell'utenza un sistema di accesso allo strumento di pagamento in questione realmente idoneo ad evitare accessi non autorizzati, dovrà essere respinta la richiesta di rimborso presentata dall'utente.

In tal senso si è espresso l'ABF, Collegio Napoli, nella dec. n.2588/2016, ha respinto il ricorso di un'utilizzatrice di una carta bancomat, la quale asseriva essere stata vittima di una clonazione effettuata da parte di terzi malintenzionati. Ebbene, il Collegio arbitrale ha ritenuto opportuno respingere il ricorso, essendosi l'intermediario resistente liberato della presunzione di responsabilità, avendo dimostrato la colpa grave dell'utilizzatrice della carta.

Nel caso di specie, infatti, ella non aveva tempestivamente eccepito i prelievi effettuati a sua insaputa, così come non aveva fornito tutti gli elementi che potessero far dedurre che una clonazione effettivamente vi fosse stata.

autorizzata. Mentre il secondo comma specificatamente aggiunge che è sempre onere del prestatore del servizio di pagamento “[...] fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente”. Anche in questo articolo, quindi, si aggiunge un nuovo soggetto: il prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento, “allargando” il novero dei soggetti deputati all’eventuale rimborso dei clienti.³³ Anche l’art. 12 viene riscritto: tra gli elementi più rilevanti di tale modifica, possiamo annoverare sicuramente l’inserimento del comma 2-bis, nel quale viene introdotto il concetto di autenticazione forte del cliente, innovazione pregnante introdotta proprio dalla PSD 2, secondo la quale il pagatore non sopporta alcuna perdita (salvo utilizzo fraudolento del mezzo) se il prestatore del servizio non aveva accertato l’identità del cliente tramite un sistema di autenticazione forte³⁴ dello stesso.

Assistiamo, quindi, ad una sorta di graduazione della responsabilità: laddove non sia assolutamente colpa o frutto di negligenza grave del pagatore, questi sarà integralmente rimborsato; se invece può essergli ascritta una qualche responsabilità nello smarrimento e/o nella sottrazione dello strumento, o comunque nell’accesso fraudolento allo stesso, egli sopporterà tutte le perdite inferiori a 50 euro (laddove la precedente franchigia prevedeva 150); se invece la perdita economica deriva tutta da negligenza grave o non abbia adempiuto alle prescrizioni circa la corretta detenzione dello strumento di pagamento, egli ne risponderà totalmente e nulla potrà essergli rimborsato.

Le controversie in materia di servizi di pagamento, per esplicita scelta del nostro legislatore,³⁵ sono state affidate, tra gli altri organismi rientranti nel novero dei

³³ E quindi responsabili dal punto di vista civilistico.

³⁴ Cfr. *amplius* per approfondimenti DE MATTEIS A., *La strong customer authentication*, in Atti del convegno *Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento. Decreto Legislativo 15 dicembre 2017 n.218 (G.U. n.10 del 13 gennaio 2018)*, Milano, 28 marzo 2018.

³⁵ L’art. 40 del d.lgs. n.11 del 27 gennaio 2010 stabilisce, al comma primo, che: “Per le controversie concernenti i servizi di pagamento gli utilizzatori di tali servizi possono avvalersi di sistemi, organismi o procedure di risoluzione stragiudiziale; resta in ogni caso fermo il diritto degli utilizzatori di adire la competente autorità giudiziaria.”.

In sostanza, il legislatore italiano, ha previsto che eventuali esposti di utilizzatori di servizi di pagamento, di loro associazioni o di altre parti interessate, siano presentati alla Banca d’Italia, la quale viene individuata quale autorità competente a dirimere le controversie e che è tenuta ad informare il proponente dell’esposto dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle liti, quali appunto l’ABF. Cfr. RISPOLI FARINA M., *Commento sub art. 40*, in *La nuova disciplina*, a cura di Mancini ed altri, cit., pag. 703 e ss. ed il lavoro di ROTONDO G., *Incidenza applicativa degli strumenti di ADR nei modelli*

sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, anche all'Arbitro Bancario Finanziario,³⁶ il quale, com'è noto, molte volte si è trovato a dover decidere se ed in quale misura spettasse un rimborso a tutti quei soggetti che lamentassero un indebito utilizzo dei sistemi di pagamento da questi utilizzati.

La scelta è stata riconfermata dalla PSD 2, all'art. 102, segno tangibile del riconoscimento del lavoro positivamente svolto dai collegi arbitrali.³⁷

5. La sicurezza dei dati e dei servizi di pagamento via internet: le risposte della Direttiva 2015/2366

Il costante aumento dell'utilizzo di servizi di pagamento che si avvalgono della rete Internet per il loro funzionamento ha conosciuto, com'era naturale che fosse, un rapidissimo incremento soprattutto negli ultimi anni. A ciò è seguito uno speculare aumento dei casi di frode o attacchi informatici.³⁸ La sicurezza dei dati ha quindi un'enorme importanza in questo settore ed è per questo, come visto *supra*, che vi è grande attenzione, da parte delle principali Autorità di settore coinvolte, nell'emanare regolamentazioni e raccomandazioni specifiche. Risulterà

regolamentari dei mercati settoriali: gli effetti "conformativi" degli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in tema di servizi di pagamento, in Diritto della banca e del mercato finanziario, n.3, 2016, pag. 566 e ss..

È d'uopo ricordare brevemente uno dei principali motivi che ha spinto il legislatore europeo a richiedere l'adesione, da parte dei prestatori dei servizi di pagamento, a sistemi di risoluzione delle controversie alternative alla giustizia cd. "ordinaria". La *ratio* è da ricercare nella complessità della normativa inerente i servizi di pagamento, nella quale il cliente è tutelato grazie all'inversione dell'onere della prova, dovendo il soggetto intermediario dimostrare il dolo o la colpa grave da parte dell'utilizzatore. Quindi, come l'autorevole dottrina citata asserisce, "[...] un meccanismo quasi automatico di attivazione della responsabilità dell'intermediario. [...]"

Ebbene, in tale contesto si è ritenuto che i tempi troppo lunghi di cui si avvale la giustizia nei Tribunali, unitamente alla complessità della definizione degli assetti sinallagmatici nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di pagamento (onde verificare la condotta tenuta dall'intermediario e dall'utilizzatore), avrebbero dovuto cedere il passo ai tempi sicuramente più brevi dei collegi dell'ABF.

Quest'ultimo, inoltre, ha avuto sicuramente il merito di aver delineato importanti indicazioni applicative di una disciplina che soffriva di un'interpretazione prevalentemente a vantaggio degli utilizzatori.

³⁶ Ex art. 128 - bis del d.lgs. 385 del 1° settembre 1993.

³⁷ Vd. nota 32.

³⁸ Tali attacchi hanno comportato, secondo alcune stime, una perdita quantificabile in oltre 794 milioni di euro. Cfr. MARCOCCIO G. - CORSINI E., *Servizi di pagamento via internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, n.2, 2015, pag. 272.

allora importante intervenire a livello legislativo per stabilire regole di sicurezza efficaci, adattate in funzione degli specifici strumenti di pagamento, tali però da non creare squilibri tra operatori del settore in base al contesto normativo di riferimento (nazionale, comunitario, extracomunitario) che sono vincolati ad osservarlo.³⁹

L'art. 96, paragrafo 3, della nuova Direttiva pagamenti, ha statuito che, in virtù di quanto asserisce il regolamento UE n.1093/2010, istitutivo dell'ABE, l'Autorità Bancaria Europea,⁴⁰ dovranno essere emanati una serie di orientamenti (tenendo conto degli interessi dei soggetti coinvolti ed in cooperazione con la BCE) sia rivolta ai prestatori dei servizi di pagamento, per quanto concerne la classificazione di tutti quegli incidenti operativi o relativi alla sicurezza dei dati e/o dei pagamenti; sia nei confronti delle diverse autorità competenti a disciplinare i criteri relativi alle

³⁹ Come parte della dottrina suggerisce (cfr. MARCOCCIO G. - CORSINI E., *op. cit.*, pag. 274 e ss.), oltre ad organismi noti per la loro attività come Parlamento Europeo, Consiglio Europeo e Commissione Europea, per i servizi di pagamento assumeranno una particolare importanza l'agere normativo/operativo di una serie di organismi altamente qualificati, come l'*European Cybercrime Centre - EC3*, attivo a partire dal gennaio 2013, e che ha il compito di supportare gli Stati membri dell'Unione Europea nella loro lotta contro il *cyber crime*, anche ai fini di un miglioramento delle singole capacità operative e di analisi per attività investigative e di cooperazione internazionale. Di non minore importanza risulterà l'agenzia ENISA (*European Union Agency for Network and Information Security*), competente per la sicurezza delle reti e dell'informazione, istituita nel 2004 per agevolare gli Stati membri nell'implementazione della sicurezza delle reti e dell'informazione. Sotto la vigenza della precedente Direttiva europea relativa alla protezione dei dati personali (95/46/CE), v'era il *Working Party 29*, consesso delle Autorità Garanti per la Protezione dei Dati Personali degli Stati membri dell'UE, che aveva una grande influenza in materia di interpretazione e applicazione della normativa in tema di dati personali.

In questa sede è però imprescindibile rilevare, nonostante la dottrina più autorevole non l'abbia ancora segnalato, come il nuovo Regolamento europeo sulla privacy, all'art. 94, par. 2, elimini il riferimento al gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, quest'ultimo istituito dall'articolo 29 della Direttiva 95/46/CE; riferendolo, invece, al nuovo comitato europeo per la protezione dei dati, il quale in base al considerando 139 del GDPR, dovrebbe sostituire il gruppo citato. Si vedrà, poi, quale sarà il suo peso in seno agli organismi europei competenti. Sicuramente inciderà il fatto di dover essere un organismo indipendente.

Per quanto concerne il settore dei pagamenti, poi, di una qual rilevanza è l'EPC, l'*European Payment Council*, ente di coordinamento e di decisione nell'area SEPA con il compito precipuo di supportare la cooperazione nel settore dei servizi di pagamento, fornendo assistenza nei processi di standardizzazione e formulando le *best practices* di settore.

⁴⁰ Com'è noto, tale Autorità indipendente dell'Unione europea opera al fine di assicurare un livello adeguato di regolamentazione tra gli Stati membri, con l'obiettivo di assicurare la stabilità finanziaria all'interno dell'UE e garantirne l'efficacia, l'efficienza e la stabilità del settore bancario. Il compito principale è quello di dare alla luce un *corpus* unico di norme del settore bancario che consenta di assicurare condizioni di parità e una tutela elevata di tutti i soggetti operanti all'interno del mercato dei pagamenti. Cfr. MARCOCCIO G. - CORSINI E., *ult. op. cit.*, pag. 275.

modalità per valutare la rilevanza delle falle nella sicurezza occorse e quali dati condividere con le autorità nazionali dei Paesi membri.

Tra tali inconvenienti, una dimensione preoccupante ha assunto il fenomeno del “*phishing*”, espressione di origine anglicana con la quale si designano tutte quelle tecniche volte all’appropriazione fraudolenta di codici o password identificativi del cliente in rete allo scopo di conseguirne indebiti vantaggi. È di cruciale importanza, in tal caso, stabilire se l’intermediario abbia o meno adottato tutte le cautele ed i presidi idonei a garantire la sicurezza del servizio offerto.⁴¹

L’ABE è stata chiamata, in particolare, ad elaborare cinque documenti definiti *Regulatory Technical Standards*⁴² (RTS) e cinque *Guidelines*.⁴³ In questa sede, in particolare, riteniamo doveroso sottolineare l’importanza della *Guidelines* relativa alle *Security Measures*, cioè le misure di sicurezza che devono essere adottate da parte dei prestatori dei servizi di pagamento: tale documento, emanato in virtù dell’art. 95, par. 3, della nuova Direttiva pagamenti ha come destinatari i prestatori dei servizi di pagamento e le Autorità designate alla loro regolamentazione e controllo, al fine di ridurre quelli che sono gli incidenti⁴⁴ relativi alla sicurezza,

⁴¹ Cfr. ROTONDO G., *Incidenza applicativa degli strumenti di ADR*, cit., pag. 584 e ss. Dopo che una consolidata giurisprudenza di legittimità aveva in precedenza statuito che la diligenza dell’intermediario ha natura tecnica e deve essere valutata secondo i rischi tipici dell’accortezza professionale richiesta (vd. Cass. 13777/2007; Cass. 3389/2003), l’ABF ha in più occasioni ribadito la responsabilità dell’intermediario nei casi in cui, all’epoca del fatto, la tecnologia avesse già messo a disposizione misure di sicurezza più raffinate e affidabili, maggiormente capaci di offrire al cliente una protezione migliore, e che tuttavia non erano state utilizzate.

Tuttavia, i Collegi ABF in un primo momento hanno sanzionato il comportamento dei clienti, “*rei*” di aver incautamente abboccato al *phishing* e quindi di non aver diligentemente adempiuto agli obblighi di custodia e conservazione degli strumenti di pagamento di cui all’art. 7 ex d.lgs. 11/2010 applicabile *ratione temporis*. Cfr. per un’attenta e puntuale disamina in tema di *phishing* il contributo di RISPOLI FARINA M., *Responsabilità degli intermediari bancari e finanziari e sistemi di internet banking*, in *Innovazione e Diritto*, n.6, 2014, pag. 167 e ss..

Il legislatore del 2018, novellando il succitato art. 7, al comma 2, è stato ancora più specifico nel prevedere l’obbligo dell’utente di custodire diligentemente non soltanto gli strumenti di pagamento, ma anche le credenziali di accesso al medesimo; necessarie, com’è ovvio, per il funzionamento di tali sistemi.

⁴² Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op.cit.*, pag. 13 e ss.. Le RTS avranno ad oggetto: “*Strong customer authentication and secure communication*”; “*Central Contact Point*”; “*EBA Register*”; “*Passporting notifications*”; “*Passporting compliance*”; “*Register monitoring*”.

⁴³ Denominate, oltre quella concernente le misure di sicurezza: “*Insurance policies*”; “*Authorizations*”; “*Incident reporting*”; “*Complaint procedures*”.

⁴⁴ La quale ha stabilito, per l’ABE, come termine ultimo il 13 luglio 2017 al fine di emanare un orientamento relativo alla definizione, attuazione e al controllo delle misure di sicurezza che devono

definiti dalla stessa *Guidelines* come “*Singolo evento o serie di eventi collegati, non pianificati dal prestatore di servizi di pagamento che ha, o probabilmente avrà, un impatto negativo sull'integrità, la disponibilità, la riservatezza, l'autenticità e/o la continuità dei servizi relativi ai pagamenti.*”⁴⁵ Il compito principale dei prestatori di servizi indicati dovrebbe essere, allora, quello di definire un *framework* di riferimento efficace per la gestione dei rischi operativi e di sicurezza, approvato e riesaminato, almeno una volta l'anno, dagli organismi di gestione e dalla dirigenza del prestatore del servizio di pagamento.

Le attuali Linee Guida del 12 dicembre 2017 statuiscono prescrizioni abbastanza pregnanti relativamente ai requisiti che devono possedere i sistemi informatici che custodiscono i dati relativi ai sistemi di pagamento.⁴⁶ Non solo: gli attuali orientamenti fanno gravare in capo ai prestatori dei servizi di pagamento, giusta previsione ex art. 95, par. 2, l'obbligo di garantire il monitoraggio continuo di tali sistemi ed un altrettanto continua valutazione delle vulnerabilità eventualmente presenti: “[...] *i Prestatori di servizi di pagamento dovrebbero eseguire e*

essere adottate da parte dei prestatori dei servizi di pagamento.

⁴⁵ Le precedenti Linee guida dell'EBA in materia di sicurezza dei pagamenti via internet sono state pubblicate il 19 dicembre 2014, e sono entrate definitivamente in vigore il 1° agosto 2015; la loro vigenza si è avuta fino al 13 gennaio 2018, momento in cui sono entrate in vigore le nuove Linee Guida. Alla loro realizzazione hanno contribuito i principali gruppi internazionali attivi nel settore dei servizi di pagamento. Tali Linee guida, così come quelle attuali, si rivolgevano alle Autorità nazionali, come Banca d'Italia per il nostro Paese, le quali erano obbligate, a norma di regolamento ABE, a comunicare la loro intenzione o meno di conformarsi agli orientamenti definiti, rendendo così di fatto realmente applicabili, ai prestatori di servizi di pagamento presenti nei rispettivi territori nazionali, quanto statuito nella *Guideline*.

In tali documenti, in particolare, era previsto che i prestatori dei servizi di pagamento fossero invitati a definire contrattualmente con i loro *e-merchants* tutti quegli obblighi, per le misure di sicurezza in generale e in tutti quei casi in cui potessero avvenire degli incidenti, prevedendo in caso di violazione la rescissione e/o una qualsivoglia tipologia di penale. Tali prestatori, inoltre, dovevano (e *devono!*) fornire ai clienti un'adeguata informazione preventiva e sistematica o, in determinati casi, che sia *ad hoc* circa le “*attrezzature*” necessarie al fine di eseguire in totale sicurezza determinate operazioni di pagamento via Internet, corredate dai documenti necessari che informino circa i rischi inerenti. L'inoltro dei pagamenti, così come l'accesso ai dati sensibili ad essi relativi, dovrebbero essere protetti da un'autenticazione forte del cliente, la cd. *strong authentication*.

⁴⁶ Il punto 4.7 statuisce, infatti, che: “*I prestatori di servizi di pagamento dovrebbero accertarsi periodicamente che il software utilizzato per la prestazione dei loro servizi, compreso quello utilizzato dagli utenti relativo ai pagamenti, sia aggiornato e che siano applicate le patch critiche per la sicurezza. I prestatori di servizi di pagamento dovrebbero garantire che sui loro servizi di pagamento siano operanti meccanismi di controllo dell'integrità del software, del firmware e delle informazioni*”

documentare, almeno su base annua, o a intervalli più ravvicinati determinati dall'autorità competente, valutazioni dei rischi delle funzioni, dei processi e delle risorse informatiche che hanno individuato e classificato come rilevanti ai fini dei principali rischi operativi e di sicurezza [...]".⁴⁷ Infine, a maggior protezione degli utenti e delle loro operazioni, è altresì previsto l'onere in capo ai prestatori dei servizi di apportare una sorta di difesa "a più strati", cioè con diversi livelli di sicurezza via via più impenetrabili.⁴⁸

6. Conclusioni

Dall'analisi testé condotta,⁴⁹ la nuova Direttiva pagamenti che abbiamo *en passant* illustrato risulta funzionale allo sviluppo di nuove tecnologie e nuovi servizi nell'ambito del mercato dei servizi di pagamento. Tra le novità maggiori che dovranno essere tenute in debito conto dai prestatori dei servizi di pagamento, annoveriamo sicuramente l'ampliamento dell'ambito di applicazione della Direttiva, definito a giusta ragione un indice della necessità di ripensare alle relazioni con i clienti e di aggiornare i propri modelli di *business* e di *governance*.

Le poche novità cui abbiamo accennato, introdotte dalla nuova Direttiva pagamenti, denotano - soprattutto per quanto concerne la sicurezza delle operazioni poste in essere - un'attenzione maggiore nei confronti degli utenti, cercando di far sì che essi siano esposti il meno possibile ai rischi in cui potrebbero incorrere a causa dell'utilizzo delle nuovissime tecnologie. È auspicabile, anzi, una maggiore sinergia tra i diversi prestatori di servizi di pagamento e coloro che sono deputati alla realizzazione degli strumenti di pagamento: essi potranno, infatti, darsi consigli vicendevolmente utili su come migliorare i profili di sicurezza per l'accesso a dati molto importanti che concernono i pagatori, per evitare che questi

⁴⁷ Vd. Punto 3.4 della *Guidelines*.

⁴⁸ Come per la *Guideline* del 2014, anche per quella attuale è previsto una sorta di "responsabilità sociale" gravante in capo ai prestatori dei servizi di pagamento relativamente all'assistenza ed alla "formazione" da dare ai propri clienti. Per questo, nella parte finale del documento troviamo l'obbligo di trasmettere il giusto *know how* relativamente ai rischi connessi alla sicurezza, fornendo assistenza e orientamento ai loro clienti, con aggiornamenti continui relativi alle nuove vulnerabilità in circolazione.

⁴⁹ Cfr. CASCINELLI F. - PISTONI V. - ZANETTI G., *op. cit.*, pag. 19.

si sentano disincentivati ad un uso maggiore delle tecnologie attualmente disponibili.⁵⁰

Rispetto al sistema previgente, insomma, l'attuale disciplina cerca - almeno nelle intenzioni - di fare notevoli passi avanti nella tutela dei clienti. La vera domanda cui dottrina e giurisprudenza (e in quest'ultima ci sia consentito includere anche i collegi arbitrali) dovranno fornire una risposta concerne la disciplina normativa da applicare a tutti quei soggetti che non rientrano - o non rientreranno - nell'ambito di applicazione della Direttiva PSD 2 ma che si troveranno comunque ad operare nel mercato dei servizi di pagamento.

⁵⁰ Similmente ANTONUCCI A., *Mercati dei pagamenti*, cit., pag. 7 e 8. Si evince come, data la disomogeneità strutturale e funzionale tra le diverse tipologie di prestatori di servizi, lo scenario più auspicabile debba essere quello della collaborazione tra *finTech* e banche: le prime sono restie ad addossarsi la qualifica di banca, onde evitarne il relativo assoggettamento alle regole loro proprie; le seconde, generalmente, non stanno compiendo alcuno sforzo significativo per l'innovazione tecnologica.

La strada che l'autorevole dottrina citata suggerisce -e da noi auspicata nel testo- è, allora, quella della *partnership* tra queste due categorie di soggetti.

Las oportunidades del sistema tributario español a la luz de la Directiva europea de fusiones

di Francisco Jesús Martínez Jiménez

Doctorando en la Universidad de Jaén

ABSTRACT

This work aims to highlight the opportunities arising from the transposition of the Mergers Directive in Spanish legislation, in those operations of non-monetary contributions or in a branch of activity whose purpose is to optimize the tax burden of the taxpayer, determining the mentioned opportunities for the option economy for those taxpayers of the IRPF or the IRNR, by considering the limits for the correct applicability, that is, analyzing the valid objective and subjective reasons. Finally, we will study the possible conflict with the Freedoms of the European Union, analyzing the jurisprudence of the TJUE regarding the matter.

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad poner de manifiesto las oportunidades que surgen de la trasposición de la Directiva de fusiones en la normativa española, en aquellas operaciones de aportaciones no dinerarias o de rama de actividad que tenga como objetivo la optimización de la carga tributaria del contribuyente, determinando las referidas oportunidades de economía de opción para aquellos contribuyentes del IRPF o del IRNR, mediante la consideración de los límites para su correcta aplicabilidad, es decir, analizando los motivos objetivos y subjetivos válidos. Por último, estudiaremos el posible conflicto con las Libertades de la Unión Europea, analizando la jurisprudencia del TJUE en lo referente al asunto.

SUMARIO: 1. La transposición de la directiva de fusiones en la normativa española – 1.1. La singularidad en la normativa española – 1.2. Encaje del régimen especial dentro de la directiva y las libertades comunitarias – 2. Las medidas anti-abuso comunitarias y nacionales – 3. Conclusiones

1. La transposición de la directiva de fusiones en la normativa española

Debemos empezar este trabajo, señalando la particularidad del sistema fiscal español en referencia a la Directiva de fusiones, ya que, la legislación española contempla la posibilidad de acogerse a esta Directiva, a aquellos contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, facilitando una nueva herramienta de economía de opción, para los contribuyentes residentes en la Unión Europea. Para ello, hay que tener

claro que la Directiva 90/434/CEE¹ y su modificación posterior mediante la Directiva 2009/133/CE, que en la normativa interna española se configura como un régimen fiscal especial² tras su trasposición, tiene como finalidad el establecimiento de normas fiscales neutras que fomenten la competencia, al fin de que las empresas puedan adaptarse a las exigencias del mercado común, aumentando su productividad, mediante el refuerzo de su presencia en los mercados donde opera, tanto nacionales como internacionales. Todo ello, teniendo en cuenta que toda operación societaria o de reestructuración empresarial debe partir de unos requisitos mínimos, es decir, deben de existir unos motivos, ya sean financieros, de mejora de la eficiencia, económicos o puramente fiscales, que justifiquen que tal operación pueda verse beneficiada de la eliminación de obstáculos fiscales. A nuestro entender, la mera existencia de “motivos económicos válidos”³ operará *de facto*, ya que se presume como un requisito necesario que facilite la aplicación de la Directiva de fusiones, es decir, debe de haber una compatibilidad de razones que justifiquen la operación con la finalidad de la Directiva, haciendo que tales motivos, basados en una correcta documentación, hagan valer la neutralidad fiscal. Analizando la Directiva de Fusiones, concretamente el art. 15⁴ permite a los Estados miembros la posibilidad de negar a los contribuyentes el aplicarse, total o parcialmente, o retirar el régimen fiscal cuando las operaciones de reestructuración no se efectúen con unos

¹ En adelante, Directiva de fusiones.

² Véase, el capítulo VII (art. 76 al 89), de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

³ Según recoge la Directiva y el análisis que realiza la doctrina, tanto española como italiana, los “motivos económicos válidos” son aquellos motivos económicos que justifiquen la correcta aplicación de la Directiva y, por ende, del régimen especial de cada Estado miembro, entrando a valorar motivos objetivos y justificativos. Aunque nuestro punto de vista sobre estos motivos, se basa en que no se puede acotar la aplicabilidad, de dicho régimen, a la mera existencia de motivos objetivos, sino plantear la necesidad de establecer motivos que puedan justificar de forma objetiva y otros, de más difícil calificación, subjetivos que permitan, de alguna manera, identificar las intenciones del contribuyente.

⁴ Véase, art. 15 de la Directiva 2009/133/CE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, que viene a modificar la Directiva 90/434/CEE. En esta Directiva, concretamente, se establece que se podrá negar la aplicación de tal régimen, en el caso, de que no se cumplieran unos “motivos económicos válidos”.

motivos válidos.⁵ Debemos tener claro, que el acogerse al régimen establecido en dicha Directiva supone una neutralidad en el coste fiscal, es decir, no se puede entender como un beneficio fiscal, ya que cuando hablamos de una carga fiscal neutra la diferenciamos del beneficio fiscal puesto que supone un diferimiento de las obligaciones tributarias mientras que el beneficio supone, a nuestro entender, un ahorro permanente de las cargas tributarias. Del mismo modo, debemos poner de manifiesto que el principal motivo del resultado de su aplicación de esta Directiva será que debe ser una medida sin efectos fiscales para las entidades que se acojan a ella. Dicho de otro modo, aquellas sociedades que realicen operaciones societarias o de reestructuración para obtener una racionalización – con el objetivo de mejorar su competitividad o ganar en economías de escala – de los costes derivados de la actividad económica, es cuando su coste fiscal deberá de ser neutro.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que la aplicabilidad de esta Directiva sobre una operación, estará condicionada a que se establezcan unos motivos económicos válidos, definidos en base a una documentación, presumiendo que ante una inexistencia de tales motivos, existiría una evasión o elusión fiscal de forma automática. Aunque debemos señalar, que en todo caso, se deberá de analizar cada operación en concreto, partiendo de una presunción de inocencia por parte del contribuyente, y siendo la autoridad fiscal del Estado miembro en concreto, quien determine que la transacción, y en base a unas pruebas específicas, pueda considerarla como “artificiosa” y que sólo se ha llevado a cabo por razones puramente de evasión o elusión fiscal. Señalamos este aspecto, y en

⁵ Sobre esta cuestión, la doctrina ha manifestado que ante la ausencia de estos motivos económicos válidos, que se pueden entender como organizativos o que garanticen la salvaguarda del patrimonio de los contribuyentes frente a una responsabilidad patrimonial, entre otros, se vincula a una presunción con el fraude o la evasión fiscal, generando así una inseguridad jurídica. Es decir, esta inseguridad nace de la imposibilidad de deslindar los motivos económicos válidos de la elusión fiscal. Véase, para ampliar esta cuestión, los trabajos de DURÁN-SINDREU BUXANDE, A.: “Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios”, *Aranzadi*, 2007, págs. 117. y ss.; SOTO LÓPEZ, D.: “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones”, *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181-201; LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, nº 2, 2016, págs. 258-277.

base a lo que señala el TJUE, puesto que la artificiosidad a la que hacemos referencia, se genera mediante el denominado “*directive shopping*” o el uso abusivo de las directivas, es decir, que una determinada entidad jurídica lleve a cabo una operación societaria con el único propósito de aprovecharse de los beneficios que se establecen en una Directiva, beneficios que no podrían haber sido aplicados sin que la operación no fuera de manera artificiosa, y por tanto, hubieran quedado fuera de su alcance.⁶ Por lo anterior, vemos que a simple vista se limita la aplicabilidad de la Directiva a la existencia de unos motivos económicos válidos, a nuestro entender, supone establecer una presunción de culpabilidad al contribuyente, creando una condición legal que obvia que uno de los mayores motivos válidos para todo contribuyente – y concretamente para todo actor económico que quiera mejorar su competitividad mediante el ahorro de costes – es el reducir la carga fiscal, sin que ello suponga un comportamiento de evasión o fraude fiscal. Es decir, en nuestra opinión, es que los contribuyentes deben tener, entre sus motivos, el mejorar su carga fiscal y adaptarla a su capacidad económica en base a los fines de la Directiva, ya que esto puede entenderse como una limitación a las Libertades de la Unión Europea.⁷ Explicando esto, vemos que se limita la neutralidad fiscal de la Directiva, al entender que se necesite de la existencia de un motivo económico válido como una condición sine qua non para poder acogerse a los beneficios de la Directiva, por lo que estaríamos acotando los Principios y Libertades Comunitarias. Este acotamiento, al cual nos referimos, nace de que toda operación o transacción que se realice no debe de estar motivada por aspectos económicos, o que deriven en mejoras económicas, como elemento más objetivo para ver la necesidad de dicha operación, ya que, podemos entender, y

⁶ Véase, en este sentido, las Sentencias del TJUE de 9 de marzo de 1999, Centros, Asunto C-212/97; de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, Asunto C-456/04 y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

⁷ Podemos entender que la Libertad, quizás, más afectada sea la Libertad de Establecimiento, puesto que limitará el poder aprovecharse de adquisiciones de competidoras, realizar una estructuración societaria acorde con sus intereses o, incluso, limitar la economía de opción del contribuyente, al intentar este contribuyente no podrá aprovechar la Directiva, ya que, supondría que existiría artificiosidad al obtener un beneficio fiscal.

quizás se deba considerar como un motivo económico válido, el poder generar un estructura societaria con el único fin de obtener un ahorro en el coste fiscal, y, en consecuencia, una mejora de la situación económica o financiera del contribuyente, al acogerse a la Directiva. Es decir, desde nuestro punto de vista, toda operación deberá partir de unos motivos objetivos, véase como tales, los económicos – racionalización de la estructura administrativa, crecimiento inorgánico, mejora de la competitividad, creación de valor para los socios accionistas, minorar la carga fiscal, etc.;⁸ y de otros motivos, en este caso, subjetivos, aquellos que determinen la conducta real de la operación.⁹ Ante esta situación volvemos a poner de manifiesto que, aparte de motivos económicos válidos desde un punto de vista objetivo, deben de existir otros motivos subjetivos¹⁰ que ayuden a la Administración a identificar si hubiese o no elusión o

⁸ A modo de ejemplo de lo expresado, se puede citar como racionalización organizativa el reducir el número de sociedades dependientes, escindir en entidades jurídicas independientes las unidades de negocio de una entidad o radicar los servicios centrales en una única jurisdicción. Otro ejemplo puede ser la compra de una empresa competidora, aunque puede darse la circunstancia que se realice una fusión posterior por el ahorro fiscal, mediante la amortización del fondo de comercio económico que nace de la operación, estableciendo así un crecimiento inorgánico, creando valor para los “*stakeholders*”, aunque el principal motivo sea minorar la carga fiscal.

⁹ Explicando esto, y sirviéndose el ejemplo de la operación de compra-venta de la empresa competidora anterior, las conductas evasivas o elusivas de los contribuyentes pueden ser detectadas. Concretamente, en aquellos casos donde una operación de fusión lo único que genere sean duplicidades o no de entrada a nuevos mercados y, por tanto, solo genere ahorro de costes mediante la minoración de la carga fiscal por la amortización del fondo de comercio económico o por el aprovechamiento de bases imponibles negativas de la otra empresa. Ante esta situación, podremos decir que estaremos ante un caso concreto de una conducta de abuso de Directiva, concepto, también defendido desde la doctrina italiana, por RUSSO, P. en su obra “*Brevi note in tema di disposizioni antielusive*”, *Rassegna Tributaria*, núm. 1/1999, pág. 74. Aunque, sí solo hubiéramos tenido en cuenta los motivos económicos válidos, es decir, fundamentar la operación en el ahorro de costes y no entrando en los aspectos subjetivos de la operación, estaría justificada, ya que, dicha operación mejora la competitividad de la empresa resultante de la fusión al ser de mayor tamaño y crea valor para todas los “*stakeholders*” de alrededor de la entidad, y en consecuencia, se reconocen créditos fiscales que permiten al contribuyente un ahorro fiscal, que de forma objetiva le pertenece. Por lo anterior, debemos decir que se necesita examinar las operaciones más allá de los motivos objetivos, es decir, hacer un enfoque tanto objetivo como subjetivo de la operación para determinar la licitud de la misma y permitir operaciones en base a una correcta creación de valor o una real mejora de la competitividad.

¹⁰ Este planteamiento al cual hacemos referencia, nace de la interpretación que hace el TJUE, donde ante una justificación, por parte de la Administración, sobre que ciertos comportamientos de determinados contribuyentes en generar montajes societarios puramente artificiales y carentes de sentido económico, con el único fin de obtener un ahorro fiscal, se necesitará demostrar que tal montaje, parte de un elemento subjetivo consistente en obtener un beneficio fiscal, basado en elementos objetivos. Véase, en este sentido la Sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02.

fraude fiscal. Ya que, por ejemplo, la mera existencia de una estructura societaria mediante jurisdicciones más ventajosas que la jurisdicción de origen no puede considerarse como una estructura artificiosa, es más, y remarcamos al TJUE donde reconoce que “el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal”,¹¹ entendiendo que la jurisprudencia comunitaria avala y recomienda al contribuyente a buscar una eficiencia en su carga fiscal, y desde el punto de vista del caso que nos ocupa, el crear una operación empresarial que dé lugar a una estructura societaria que mejore el coste fiscal estaría avalada por la jurisprudencia comunitaria.

No obstante, ante la afirmación anterior, debemos tener presente que toda Directiva contempla limitaciones, en forma de “medidas anti-abuso”, para salvaguardar los fines de la misma y establecer la barrera jurídica entre lo lícito y lo ilícito, aplicándose en base al principio de proporcionalidad.¹² Este principio nace de la necesidad de establecer medidas que eliminen toda conducta evasiva o elusiva de forma proporcional, es decir, aquellas normas que quieren evitar una conducta contraria a los fines de las Directivas no pueden ser excesivamente restrictivas, que en definitiva, limiten alcanzar el objetivo perseguido en cada Directiva.¹³ Es por ello, y haciendo referencia al TFUE,¹⁴ que debemos remarcar la obligación que tiene cada Estado miembro en trasponer a su ordenamiento la Directiva, incluyendo aquellas normas que garantizan la plena eficacia de la misma – también nos referimos, en la trasposición Directiva de fusiones, a las normas propias sobre la neutralidad fiscal en operaciones de fusiones, escisiones o

¹¹ En este sentido volvemos a hacer referencia a la sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, Halifax, Asunto C-255/02.

¹² El principio de proporcionalidad regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Su finalidad es establecer las acciones de las instituciones de la UE dentro de unos límites específicos. En virtud de esta norma, la acción de la UE debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. En otras palabras, el contenido y la forma de la acción deben guardar proporción con la finalidad que se persigue.

¹³ Véase GARCÍA NOVOA, C.: “Los instrumentos jurídicos para la armonización y uniformidad fiscal comunitaria y su incidencia en el ordenamiento interno español”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 115, 1994, pág. 33.

¹⁴ El principio de proporcionalidad está consagrado en el artículo 5 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). Los criterios para aplicarlo se recogen en el protocolo (Nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo a los Tratados.

cualquier operación de reestructuración empresarial, de aquellas normas en forma de medidas anti-abuso de otras Directivas – dentro de los objetivos de la propia Directiva.¹⁵ El motivo de una correcta transposición, se basa en establecer una garantía a la seguridad jurídica para todo contribuyente, es decir, establecer unos criterios jurídicos uniformes en todos los Estados miembro. Este motivo intenta evitar, que ante el caso de que determinadas normas nacionales, ya sean en forma de extensión de una norma de las incluidas en la transposición o que nazcan de la propia potestad tributaria de cada Estado, no sean lo suficientemente claras para que todos aquellos sujetos pasivos puedan conocer la extensión de sus derechos y obligaciones, es decir, se necesita una correcta adaptación de la Directiva en el ordenamiento interno de cada Estado miembro, para evitar una conducta confiscatoria o discriminatoria por parte de este Estado o para prevenir esos comportamientos contrarios al deber de contribuir con los gastos públicos por parte de los sujetos pasivos.¹⁶ Explicando lo anterior, el ordenamiento interno de cada Estado miembro debe interpretar, en la transposición de la Directiva, y en la medida de lo posible respetando su potestad tributaria, la finalidad de la misma, con el objetivo de obtener el fin contemplado en ella.¹⁷ Aunque debemos manifestar que tal obligación de interpretar y respetar la Directiva no puede dar herramientas a las Administraciones tributarias que le posibiliten actuaciones confiscatorias o deberes extras para los contribuyentes, para poder determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones.¹⁸

¹⁵ Véase, las Sentencias del TJUE de 10 de marzo de 2005, Comisión/Alemania, Asunto C-531/03 y de 16 de junio de 2005, Comisión/Italia, Asunto C-456/03, donde el propio Tribunal recuerda a los Estados miembro su deber de trasponer y no limitar el alcance de las Directivas.

¹⁶ Véase, en este sentido, las Sentencias del TJUE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X, Asunto C-14/86; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, Asunto C-80/86; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, Asunto C-168/95, y de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, Asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02.

¹⁷ Véase, la Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, Hans Markus Kofoed vs Skatteministeriet, Asunto C-315/05.

¹⁸ En este sentido son bastante claras las sentencias del TJUE, ya citadas antes, la Kolpinghuis Nijmegen y la de Arcaro. Como otras medidas para prevenir el fraude fiscal, podemos señalar, la colaboración en facilitar información entre Estados. Este deber de colaboración tiene su límite como medida anti-abuso; en este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: "Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal", *Revista española de Derecho financiero*, Nº 174, 2017, págs. 53-79.

Con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, se procedió a incorporar al ordenamiento español las normas contenidas en la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Desde esta primera transposición y las siguientes modificaciones que ha sufrido la Directiva de fusiones y el ordenamiento interno español – en relación al Impuesto sobre Sociedades, y en concreto el régimen fiscal especial para este tipo de operaciones, que actualmente se encuentra regulado en el capítulo VII (art. 76 al 89), de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.¹⁹ El legislador español, a través del citado régimen especial, ha pretendido que toda operación societaria o de reestructuración, tanto nacional como a nivel comunitario, tenga una carga fiscal neutra y, para ello, se establecieron una serie de condicionantes presentes en la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente. Dentro de esta transposición, se establece una condición, de la que ya hemos hablado antes, que es la incorporación de la cláusula de la Directiva, que permite denegar la aplicación del régimen fiscal especial en aquellos supuestos en los que una determinada operación no pudiera justificar suficientes “motivos económicos válidos”, más allá de ser una razón puramente fiscal o de aprovechamiento de un beneficio fiscal. Debemos de admitir, que se establece la misma problemática que en la Directiva, ya que, en el ordenamiento español tampoco define, de forma clara y concisa, qué se debe considerar como motivo económico válido, pues si mencionamos literalmente lo que la norma interna enuncia como tal, vemos que los motivos económicos válidos serán *la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*. Volvemos a ver, que desde la propia Directiva y su trasposición a la normativa española, se exija que las razones que impulsen a realizar una determinada operación deban ser de índole objetiva, excluyendo el motivo subjetivo y, dejando como no válido el motivo fiscal²⁰ es decir, por puro

¹⁹ LIS, en adelante.

²⁰ La expresión empleada, de que un motivo objetivo, dentro de los motivos económicos válidos, no puede ser fiscal, creemos que no es del todo correcto, es decir, haciendo una interpretación de la finalidad de la directiva, donde se pretende eliminar cualquier obstáculo fiscal a las operaciones societarias supone, en resumidas cuentas, otorgar a los contribuyentes una herramienta fiscal para

motivo de racionalización organizativa.²¹ Por tanto, dicha razón se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado en cada supuesto en concreto.

1.1. La singularidad en la normativa española

Con la trasposición de la Directiva de fusiones en la normativa española, el legislador español, y dentro de su potestad tributaria, introduce un supuesto especial en el art. 87²² del capítulo VII de la LIS, para aquellas operaciones donde se realicen “aportaciones no dinerarias” o “aportaciones de rama de actividad” por parte de un contribuyente que esté sujeto al Impuesto sobre Sociedades u otros impuestos. Siendo, el supuesto especial, el contemplar la posibilidad de acogerse al régimen especial de fusiones a aquel contribuyente sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes,²³ con el condicionante básico de que utilicen las normas de contabilidad con arreglo al Código de Comercio o la legislación vigente, estableciendo un supuesto de economía de opción, donde permitirá a dichos sujetos pasivos acogerse a la neutralidad fiscal contemplada en la Directiva. Haciendo un análisis del citado artículo, los condicionantes para acogerse al régimen especial de fusiones serán

llevar a cabo dicha operación, mediante la aplicación de la neutralidad fiscal, por lo tanto, vemos que en toda operación deberá contemplar, entre sus motivos, el motivo fiscal, ya que, esto supone una necesidad impuesta por la Directiva, al necesitar eliminar tal obstáculo que facilite la operación, desde un punto de vista económico. Ante esto, plantear una operación empresarial sin tener en cuenta la materia tributaria, da motivos a que la propia existencia de la Directiva no tenga sentido, por ello, hablamos de que deben existir motivos subjetivos, que no sean solo beneficiarse de los efectos neutro de las Directiva sino que forme parte de la motivación objetiva, siendo el fondo de la operación, los motivos subjetivos, *la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*, que se contempla en la Ley española.

²¹ Debemos entender como una racionalización organizativa, aquellas actuaciones que realicen los contribuyentes donde se consigan unos ahorros de costes en materia tributaria a razón de una operación societaria que tenga como objetivo, por ejemplo, y entre otros, la protección jurídica del patrimonio de las entidades o de la entidad jurídica frente a terceros, mediante una aportación no dineraria o una aportación de rama de actividad.

²² Véase, el artículo 87 de la LIS, en su apartado primero, en aquellos casos de aportaciones no dinerarias y, en el apartado segundo, para aquellos casos de aportaciones de rama de actividad.

²³ Téngase en cuenta de que hablamos de residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. Sobre los criterios de sujeción a una jurisdicción tributaria, vid. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad, extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.9, N° 1, 2017, págs. 236-264.

lo que se enumeran en las letras del primer apartado del art. 87, concretamente en la letra a) establece que para que un sujeto pasivo²⁴ pueda crear una entidad donde haga el aporte no dinerario o de la rama de actividad, y por tanto, pueda acogerse al de diferimiento del pago de su impuesto mediante la aplicación de este régimen fiscal, debe ser esta nueva entidad beneficiaria residente en territorio español. En la letra b) se establece que el socio resultante, de la nueva sociedad beneficiaria, tendrá que ostentar una titularidad de, al menos, un 5% del capital social de la misma. Y es en la letra c) donde se observa, concretamente la singularidad que hacemos referencia acerca de esta norma, en lo referente a la aplicabilidad de este régimen, ya que, observamos que es un precepto articulado en una ley para entidades jurídicas, puede acogerse las personas físicas, es decir, aquel contribuyente, que sea o no residente español – siempre que sea residente de otro estado de la UE – podrá acogerse al diferimiento de la carga fiscal de su impuesto – hablamos del IRPF o el IRNR – que grave la renta originada de la transmisión, siempre y cuando, las aportaciones no dinerarias de elementos patrimoniales las realice a una sociedad española – que será la sociedad beneficiaria y deberá tener su residencia fiscal en España – y ostente una participación, igual o superior, al 5% de los fondos propios – capital social – siendo estos elementos patrimoniales, aportados a la sociedad, de titularidad, de al menos un año de anterioridad, del socio o socios y que la actividad económica a realizar por esta sociedad sea cualquiera otra distinta a una actividad que gestione, únicamente, un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Por último, en la letra d) se establece como una cláusula de escape para aquellas sociedades beneficiarias que realicen una actividad que gestione un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Para ello, deberán cumplir con el requisito de actividad económica y excluirse de la definición de entidad patrimonial, precepto contemplado en el art. 5²⁵ de la LIS.

²⁴ Hacemos una ampliación de la conceptualización que hace el propio artículo, que habla de sociedades y no de sujetos pasivos, ya que, entendemos que es un precepto contemplado para aquellos contribuyentes de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o del impuesto sobre la Renta de los No Residentes, además de para los sujetos al Impuesto de Sociedades, y que con este concepto de sociedades, no se obtiene una clarificación jurídica clara.

²⁵ Véase, el artículo 5 de la LIS, donde se establece el concepto, tanto de “actividad económica”

Por lo anterior, debemos poner de manifiesto que esta normativa genera una oportunidad fiscal para aquellos contribuyentes de los impuestos a la renta de las personas físicas, generando un comportamiento en el contribuyente con la intención de crear una situación fiscal que le garantice un coste tributario más bajo, es decir, empleará una planificación fiscal, que consistirá en establecer una estrategia económica, mediante elementos que construyan o faciliten una situación, fiscalmente hablando, más eficiente, o lo que viene siendo, en establecer alternativas jurídicas posibles y legales, que minimicen al máximo posible la carga tributaria de este contribuyente, entre otros motivos. Aunque también podemos hablar de “economía de opción”,²⁶ en vez de planificación, no deja de ser una optimización fiscal que se lleva a cabo en negocios individuales, mediante una estructuración de complejas operaciones societarias, afectando a las actividades de un contribuyente o un conjunto de contribuyentes con relaciones jurídicas, establecidas previamente. En cualquier caso, la planificación fiscal, o esa economía de opción utilizada por los contribuyentes, se ha convertido en un

como de “entidad patrimonial”. Haciendo una interpretación del primer precepto, se entenderá como actividad económica, aquella estructuración empresarial, con un soporte suficiente para producir o distribuir bienes, o bien prestar servicios a terceros – en tal sentido, es de necesario cumplimiento para las entidades de un grupo, en los supuestos de operaciones intragrupo se consideren lícitas –. Aunque, debemos advertir que para la actividad de arrendamiento de inmuebles, además, necesitará contar con un recurso humano específico, con contrato laboral y a jornada completa. La interpretación que hacemos de la segunda, entidad patrimonial, será aquella que no realiza las actividades anteriormente descritas, y/o su activo contable estará formado por valores o elementos patrimoniales – valores, podemos hablar de acciones (participaciones, en caso de sociedades limitadas), bonos u obligaciones (hay más ejemplos de valores), y de elementos patrimoniales, resumiendo aquellas inversiones inmobiliarias o cuando hablamos de elementos del activo no corriente – estableciéndose excepciones, a que dichos valores o elementos no estén afectos a la actividad empresarial objeto de dicha entidad, que por tanto, hará excluirse del encaje de una entidad patrimonial.

²⁶ Desde la perspectiva de Derecho interno español, se basa en el principio de autonomía de voluntad, contemplado en el artículo 1255 del Código Civil, precepto que permite a los ciudadanos elegir entre aquellos negocios que consideren más convenientes para sus intereses, por los mayores beneficios económicos que obtendrán. Por lo que, desde el punto de vista de la actividad empresarial, ciertas decisiones operacionales tendrán repercusiones en materia tributaria, como señalada en la obra de PONT CLEMENTE, J.F.: *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid. 2006, pág. 129. Aunque no podemos olvidar señalar, acerca de la idoneidad de la economía de opción, las palabras de FERREIRO LAPATZA, J.J., que “*la opción, pues, por un negocio, acto, contrato u operación económica válido, lícito y real es jurídicamente intachable, aunque se haya elegido, en comparación con otros, por su resultado equivalente y su menor o nula carga fiscal*” en su obra “*Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal*” *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001, pág. 10.

elemento esencial de las conductas reactivas a la normativa fiscal por parte de los sujetos pasivos, como función en la gestión de las rentas que generan riqueza en los mismos o de las rentas que nacen de sus relaciones con otros sujetos,²⁷ vinculados o no vinculados a él, es decir, se trata de una parte importante en la estrategia empresarial global, ya que esta situación genera distintos comportamientos, y todos ellos, dirigidos a crear relaciones y situaciones jurídicas con el fin de optimizar el coste fiscal. También debemos poner de manifiesto, que desde el ámbito europeo, esta economía de opción, o como nosotros lo vemos, como una herramienta que tienen los sujetos para estructurar sus actividades empresariales, aprovechando estas economías, de forma expresa o tácita, existentes en los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, con el fin de conseguir este ahorro fiscal.²⁸

En el caso en el que nos encontramos, este ahorro en la carga tributaria o ahorro fiscal va a depender de la posibilidad de acogerse al diferimiento del devengo de los distintos impuestos en las rentas de los sujetos, es decir, aquellas rentas que nacen de la transmisión de elementos patrimoniales hacia una sociedad beneficiaria y cuyo resultado será el diferimiento del pago de sus obligaciones tributarias en el IRPF o IRNR hasta la extinción de la sociedad.²⁹ Adicionalmente, debemos advertir que se origina una reducción de los gastos fiscales indirectos –

²⁷ Sobre los aspectos determinantes para determinar una renta, téngase en cuenta los elementos estructurales del hecho imponible, en este sentido, véase la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “La Structura del pressupposto d’imposta di fronte alle moderne realtà impositive”, *Diritto e Pratica Tributaria*, Vol. 8, N° 5, 2016, págs. 1801-1837.

²⁸ En este sentido mencionamos aquí, las conclusiones alcanzadas por la Abogada General, Sra. KOKOTT, J., en el Asunto C-352/08, de la sentencia del TJUE, de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, donde señala que “no son pocas las ocasiones en las que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, se dispone de toda una serie de posibilidades de configuración lícitas, de las que algunas pueden ser fiscalmente más favorables que otras”. Y concluye diciendo que “la mera circunstancia de que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, un sujeto pasivo elija, de entre varias posibilidades jurídicamente lícitas, la que le resulta fiscalmente más favorable, no fundamenta por sí sola la imputación de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434”.

²⁹ Debemos poner de manifiesto, que según señala el Anexo de la Directiva de fusiones, el ámbito subjetivo de aplicación, en el caso de España, será a las sociedades anónimas, a las sociedades comanditarias por acciones, a las sociedades de responsabilidad limitada, y a las entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado.

véase el ahorro en el IVA, ITP, AJD, ISD e IOS,³⁰ aunque se conecta con la necesidad de cumplir con nuevos deberes de información y jurídicos que justifiquen el excluirse del pago de la deuda tributaria. Por lo que, partiendo de esta normativa, lo que origina es que, todo contribuyente residente o no residente fiscal – residente fiscal en la UE – pueda tomar diferentes estrategias para conseguir un diferimiento del pago del impuesto correspondiente a una determinada operación o inversión, dentro de un marco jurídico que establece seguridad jurídica a dicha operación. Por tanto, estaremos ante una situación jurídicamente estable, ya que, desde el punto de vista de seguridad jurídica, la motivación – tanto jurídica como económica – será admitida válidamente por la Administración tributaria. Todo ello, no limita que dicha operación se mueva en un territorio con distintas fronteras, por un lado, el conseguir una optimización fiscal mediante unas conductas lícitas y legítimas que

³⁰ En este sentido, hay claros ejemplos de que determinadas operaciones acogidas al régimen especial de fusiones se pueden ver anuladas por la imposición indirecta, podemos ver a modo de ejemplo, la consulta vinculante V3940-15, de 9 de diciembre de 2015, donde un grupo familiar, presenta el caso de aportar a una nueva sociedad las participaciones que ostenta en otras sociedades, mediante una ampliación de capital no dineraria, donde esta sociedad tendrá como actividad la dirección y gestión de estas participaciones. También, en la misma consulta, los socios presentan el caso de que la operación tiene una intencionalidad futura, puesto que los progenitores, posteriormente pretenden donar las participaciones a sus hijos. Con la operación descrita, vemos una neutralidad fiscal, mediante un diferimiento en el pago, al igual que vemos una reducción en el coste del ISD (Impuesto de Sucesiones y Donaciones) acompañada de una exención en las ganancias en el IRPF para las rentas futuras que obtengan los hijos. La respuesta del órgano consultivo, es denegarle la neutralidad de la operación, aplicando el art. 89.2 de la LIS (artículo que recoge la cláusula anti-abuso del régimen especial) suponiendo que la operación que da lugar al acogimiento del régimen especial, tiene un carácter instrumental, es decir, lo que se pretende es una reducción en el coste en los tributos ISD e IRPF, y no tanto, en la tributación del IS. Nuestra opinión, en este sentido, es contraria, ya que los efectos de la cláusula anti-abuso en limitar la ventaja fiscal, que aprovechen los contribuyentes, será en la operación sujeta en el régimen especial, es decir, el alcance de la cláusula anti-abuso será hasta la operación donde se aplique el régimen especial, no pudiendo argumentar un *"directive shopping"* por hechos imponderables no contemplados en la Directiva de fusiones, véase en este sentido, las obras de SOTO LÓPEZ, D.: "La cláusula antiabuso del régimen fiscal de reestructuraciones", *Crónica Tributaria*, núm. 157, 2015, págs. 181-201 y de CALDERÓN CARRERO, J.M.: "Una vuelta de tuerca a la interpretación de la cláusula antiabuso de la "Directiva de Fusiones" ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?", *Revista de Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación*, núm. 347, 2012, págs. 5-40, hecho que también reconoce la propia Dirección General de Tributos, en la contestación de la consulta vinculante, en base a la jurisprudencia comunitaria, comenta que la cláusula anti-abuso *"solo puede utilizarse para aquellos supuestos en los que la ventaja fiscal en un impuesto afectado por la propia Directiva, y no para distintos de los anteriores, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones"*. Por lo que, este mecanismo de reacción contra una conducta contraria al fin de la Directiva no da lugar, ya que, desde el punto de vista de la imposición en sociedades se da *"la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación"*.

generen un ahorro fiscal al realizar la operación societaria y, por otro lado, estarán el resto de conductas – elusión fiscal, o abuso de la legislación, o fraude de ley – cuyo rasgo común radica en ser formalmente *secundum legem*, pero en la substancia *contra legem*; esto es, son ilícitas por ir en contra de la intención de la ley pero sin ser ilegítimas en su significado propio puesto que no suponen una violación de ninguna prohibición legal, es decir, no llegan a ser evasión fiscal.

Ante lo expuesto, debemos poner de manifiesto que una mejora de la carga fiscal, tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como en la indirecta, en los casos de contribuyentes, sociedades o de grupos de sociedades, la jurisprudencia comunitaria ha planteado nuevos niveles de interpretación, presentando una jurisprudencia de elevado nivel comprensión, generando nuevos y grandes problemas complejos, ya que, intentan establecer una diferenciación entre las conductas lícitas y legítimas admitidas en la economía de opción y el resto de conductas.³¹ Adicionalmente, remarcamos que dicha actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, intenta influir, de manera diferente, estableciendo límites en la utilización de determinadas estructuras u operaciones, favoreciendo, quizás de forma indirecta e intencionadamente, algunas prácticas que son más aceptadas en el marco internacional, o por el contrario, prácticas que se convierten en menos ventajosas.

En nuestro análisis de las oportunidades fiscales que genera esta normativa tributaria española, no podemos ver las implicaciones con el resto de jurisdicciones de la UE, es decir, debemos poner de manifiesto que esta normativa puede generar una “competencia fiscal” entre jurisdicciones, o dicho de otro modo, entendemos que el legislador español ha preferido llevar a cabo una política fiscal creando un condicionante demasiado fuerte que influye, o puede influir, en las decisiones de localización o las estrategias a seguir por parte de los futuros socios o de sus actuales socios de una sociedad beneficiaria.³² Esta competencia puede

³¹ Sobre la problemática planteada, véase, para ampliar la complejidad tributaria en el Derecho comunitario, la obra de LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 2, págs. 375-407.

³² En este sentido, acerca de los límites de la soberanía tributaria de cada Estado, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, *Cuadernos de Derecho*

llegar a alterar el equilibrio tributario de los factores productivos, mediante la atracción fiscal de rentas, por parte del Estado español, desde otro Estado miembro a cambio de un diferimiento de la tributación, condicionado a la extinción jurídica de la sociedad – esto puede suponer que mediante nuevas operaciones societarias se vaya manteniendo, perpetuamente, el diferimiento tributario –. Por lo que, se puede generar unos efectos perjudiciales, desde puntos de vista cuantitativos y cualitativos. Explicando ello, desde el punto de vista cuantitativo, se podrá reflejar de forma monetaria la cantidad recaudación perdida por el resto de Estados miembros. Y desde el segundo punto de vista, podremos estar ante la creación o posibilidad de crear, una desigualdad entre sistemas tributarios que entre sí, se ven afectados y por ende, obligados a recaudar de fuentes inmóviles – rentas inmobiliarias y/o pequeñas empresas – o de rentas del trabajo, para equilibrar sus gastos públicos.³³ Lo que queremos decir, es que con la “competencia fiscal” entre distintas jurisdicciones, lo que se pretende es atraer rentas foráneas al ofertar un régimen fiscal pensado para personas jurídicas sujetas al impuesto de sociedades, pero ya no sobre tipos impositivos más bajos sino en la aplicación de un régimen fiscal, que facilita un ahorro fiscal, injustificado, que incluso en la propia Directiva no queda del todo claro que se puedan acoger otros sujetos pasivos diferentes a las personas jurídicas, y por el contra la normativa española va a pretender una neutralidad fiscal en aquellas rentas sujetas a gravamen en el IRPF o en el IRNR, y que, por tanto, podrán disfrutar de un diferimiento del coste tributario. Por ello debemos ir hacia una “simplificación” y una mayor “transparencia” en la determinación de cómo aplicar dicho régimen. Con respecto a la primera, nos referimos, a reducir los procedimientos de comprobación y recaudación del impuesto, y mejorar la rapidez y certeza en la solución de los litigios. Mientras que con la segunda, queremos hacer ver que se necesita optimizar la estructura del tributo y aplicación del régimen.

Transnacional, Vol. 10, núm. 1, 2018, págs. 306-330.

³³ RIXEN, Th.: “Tax competition and inequality. The case for global tax governance”, *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Institutions*, 17 (4), 2011, págs 442, dónde se sostiene que la competencia fiscal mina la integridad y los principios distributivos de los sistemas tributarios locales y agrava la desigualdad entre países en desarrollo y desarrollados.

Ante lo expuesto anteriormente, vemos que el legislador español ha creado unas oportunidades tributarias para aquellos residentes de la Unión Europea, obteniendo un crédito fiscal mediante el diferimiento de la carga tributaria. Ya que este supuesto pretende posibilitar que contribuyentes que realizan actividades empresariales bajo la forma de empresario autónomo, puedan crear situaciones jurídicas que faciliten la entrada de nuevos socios, de crear una limitación legal al patrimonio de dicho empresario o de organizar sus negocios de la forma que él mejor entienda, sin tener limitaciones fiscales para hacerlo. Es decir, el legislador español, con este caso particular, quiere facilitar a aquellos empresarios autónomos puedan transformar sus negocios, con el objetivo de estar bajo el instrumento jurídico de una sociedad, y por tanto, bajo la aplicación de las leyes de sociedades, limitando así la responsabilidad patrimonial del empresario, estableciendo un diferimiento de la carga tributaria en la transformación de empresario autónomo a sociedad de capital, es decir, no habrá un coste fiscal inmediato.

1.2. Encaje del régimen especial dentro de la directiva y las libertades comunitarias

Como ya hemos señalado anteriormente, los contribuyentes dentro de los límites de su autonomía de la voluntad en relación a sus negocios, deberán justificar o en la medida que se pueda recabar la mayor documentación posible, en qué casos tiene una intención de realizar una operación societaria que no altere la normalidad jurídica o la realidad de la operación, sino que tenga como finalidad generar un ahorro fiscal. Desde nuestro punto de vista, la existencia de un régimen fiscal en el IS, en el cual se puedan acoger sujetos pasivos del IRPF o del IRNR, supone utilizar un instituto al límite de los fines para los cuales está institucionalmente destinado – en el caso en el que nos ocupa, una operación de ampliación de capital no dineraria–.³⁴ Por lo anterior, debemos remarcar, que llegados a este punto, es donde cobra importancia los fines de la Directiva de

³⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 369.

fusiones y el encaje de caso particular español con las Libertades Comunitarias, planteando razonamientos que ayuden a determinar la admisión de aplicación del régimen especial, y por tanto, resulte de aplicación dentro del Derecho Comunitario.

Basándonos en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en cualquier operación societaria que se contemple en este régimen, se necesitará contemplar que dicha operación responde de un fin amparado por una Libertad de la Unión Europea. Es decir, se necesita justificar que para ser objeto de la neutralidad fiscal, se configura por una Libertad Europea.³⁵ A nuestro entender, la Libertad que configura el objeto de la neutralidad fiscal, en las operaciones de reestructuración, es el Principio de Libertad de Establecimiento, para ello nos basamos en lo dispuesto en el Derecho Comunitario, además de interpretar la literalidad de la disposición, debemos tener en cuenta el contexto y los objetivos perseguidos por la Directiva de fusiones, por ello, hablamos del encaje que debe tener este régimen fiscal con los fines de propia Directiva y con las Libertades Comunitarias.³⁶ Ante lo expuesto, se podrá decir que una norma tributaria nacional contiene disposiciones que facilitan situaciones de abuso de Directiva, o pueden generar comportamientos en el contribuyente, que no se ajusten a los cubiertos por los objetivos que se esperan obtener, por parte de la norma comunitaria. Explicando lo anterior, en el caso de aportaciones no dinerarias o de rama de actividad, se intenta que el ordenamiento tributario no genere una limitación en la toma de decisiones sobre la estructuración de una operación que pretende intervenir de forma continuada en el mercado. El caso contrario, siendo una operación no cubierta por el fin de la Directiva, se legitima al ordenamiento nacional, en el supuesto de que esta operación suponga un paso intermedio en la realización de otro tipo de operaciones, y con ello verse beneficiados por la neutralidad fiscal que facilita la Directiva, que se establezca una limitación en forma de medida anti-abuso al

³⁵ Véase, en este sentido la sentencia, ya citada anteriormente, del TJUE, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

³⁶ Véase, acerca de que se debe interpretar el contexto y los objetivos acerca de una disposición de Derecho Comunitario, las sentencias del TJUE, de 17 de noviembre de 1983, Merck, Asunto C-292/82; de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, Asunto C-17/03; de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, Asunto C-76/06.

régimen especial.³⁷ Desde nuestro punto de vista, entendemos que cualquier comportamiento por parte de un sujeto pasivo, tendrá que justificarse objetivamente, es decir, todo sujeto que demuestre unas intenciones de continuar con su actividad económica, no se le puede restringir la aplicación de la Directiva, en base a la Libertad de Establecimiento.

Para justificar lo anterior, nos basamos en los planteamientos realizados por el propio Tribunal de Luxemburgo, que en relación a la aplicabilidad de los regímenes especiales contemplados por la Directiva en los distintos ordenamientos tributarios y su encaje con la Libertad de Establecimiento, ha ido justificando determinadas medidas nacionales que luchan contra comportamientos cuyo único fin es la creación de operaciones puramente artificiales y carentes de realidad económica,³⁸ o mejor dicho con el fin de obtener un beneficio fiscal. Si volvemos a pensar en una limitación en los casos de aportación no dineraria o de rama de actividad, y su encaje con las Libertades de la UE o con los fines de la Directiva, “el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional”.³⁹

Debemos poner de manifiesto, que como criterio secundario, para identificar la

³⁷ Señalan los autores WETEL, P. y TERRA, B., que hay determinados Estados miembro que han establecido en sus normas internas, una limitación temporal, la cual limita el efecto de la neutralidad fiscal de la Directiva en operaciones de reestructuración, para eliminar que dichas operaciones sean meros pasos intermedios para futuras operaciones de venta de activos, permutas u otras operaciones que, fiscalmente, le salen más beneficiosa al acogerse a la Directiva previamente. Véase, en este sentido, su obra: *European Tax Law*, Kluwer, 2008, p. 550. A nuestro entender, esta limitación temporal a realizar otras operaciones, es decir, condicionar temporalmente el efecto del régimen especial, está acorde con Libertad de Establecimiento, puesto que, en definitiva, permite a todo contribuyente comunitario poder establecerse, de forma estable y continuada, mediante la forma jurídica que desea en otro Estado diferente al suyo de origen, y que, además, no encuentre ninguna limitación fiscal para ello. Véase, para mayor información, la sentencia del TJUE, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, Asunto C-55/94.

³⁸ Como ya hemos señalado anteriormente, y en base a la jurisprudencia del TJUE, para hablar de una operación puramente artificial y carente de sentido económico, se exige un elemento subjetivo que muestre la intencionalidad por parte del contribuyente de obtener un beneficio fiscal por la operación, y que ello nazca de un criterio objetivo. Volvemos a referenciar, la sentencia del TJUE, de 21 de febrero de 2006, asunto Halifax, ya citada.

³⁹ Volvemos a citar, la sentencia del TJUE, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, Asunto C-196/04.

intencionalidad del contribuyente, tendremos en cuenta la sustancia económica o la realidad económica, en contra de los motivos económicos válidos, ya que el efecto de una medida anti-abuso puede afectar a aquellas operaciones societarias que tenga una realidad económica, es decir, aquellos contribuyentes que realicen una actividad y tengan una sustancia económica real, careciendo de un motivo económico válido en sus operaciones societarias, puede plantear problemas en el ámbito comunitario, y por tanto, se necesitará ver un elemento subjetivo,⁴⁰ en todos los casos, siendo un hecho que demuestra una intencionalidad racional,⁴¹ es decir, con la existencia de una realidad económica se demostrará que una reestructuración o cualquier operación societaria, no tendrá como único fin el obtener la neutralidad contemplada en la Directiva de fusiones, y por tanto, no podrá ser limitado la aplicabilidad del régimen en base a un elemento objetivo, es decir, no cabe una limitación en la aplicación del régimen ante una falta de un motivo económico válido, sí en cambio el comportamiento del contribuyente se ampara en el ejercicio de la Libertad de Establecimiento.⁴² Por lo expuesto, y como señala el profesor PALAO TABOADA, existirá un intencionalidad de aprovecharse de un beneficio fiscal, por parte del contribuyente cuando proceda a “elegir formas o negocios jurídicos insólitos, es decir, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que se pretende conseguir”.⁴³ Por tanto, las Libertades Comunitarias y el fin de la Directiva tendrán que ser la base por la cual el ordenamiento reaccionará frente a una conducta intencionada del contribuyente en obtener el diferimiento tributario de la Directiva, pero en el caso de que dicha intencionalidad del contribuyente sea otra, tendrá que prevalecer la aplicación del régimen, en base al negocio desarrollado, teniendo en cuenta tanto los motivos económicos válidos como la sustancia económica. Y desde un punto de vista del

⁴⁰ Es decir, se deberá demostrar la existencia de una realidad económica.

⁴¹ Véase, en este sentido, CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos *Cadbury Schweppes* y *Test claimants in the thin cap group*”, *JT*, núm. 2, 2007, pág. 35.

⁴² RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 166.

⁴³ PALAO TABOADA, C.: “El fraude a la Ley en Derecho Tributario”, *RDFHP*, núm. 63, 1966, pág. 689.

Derecho en su conjunto, vemos que un ordenamiento tributario es un mandato imperativo, es decir, es él que debe de dar una respuesta ante casos donde se produce una desobediencia jurídica por parte de un contribuyente, que se le ha exigido contribuir.⁴⁴ O dicho de otro modo, cada ordenamiento debe establecer, salvaguardar y procurar un orden social que mantenga los ingresos públicos.⁴⁵ Lo anterior ha sido defendido por nuestro Tribunal Constitucional, señalando que “se produciría una distribución injusta de la carga fiscal” si “lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o menos posibilidades de defraudar”.⁴⁶ En resumen, todo régimen amparado por la Directiva de fusiones debe estar a su vez amparado por las Libertades Comunitarias y, posteriormente, que cumpla el objetivo básico del Derecho Financiero y Tributario,⁴⁷ dentro de cada ordenamiento tributario interno, y ante estas afirmaciones no cabe duda que el régimen espacial español de aportación no dineraria o de rama de actividad está avalada por la Libertad de Establecimiento.

2. Las medidas anti-abuso comunitarias y nacionales

Anteriormente hemos señalado, que el régimen especial español contempla oportunidades fiscales que pueden ser utilizadas por los contribuyentes europeos, pero como toda norma que otorga un ahorro fiscal, debe establecer unos límites para que no suponga una laguna legal y, por ende, que los contribuyentes obtengan un ahorro fiscal injustificado. Para ello, volvemos a hacer un análisis del art. 15 de la Directiva de fusiones, donde tal precepto, posibilita a los Estados miembros, como ya hemos señalado anteriormente, la capacidad, en supuestos excepcionales y/o especiales, de no permitir la aplicación total o parcial de la neutralidad fiscal que se contempla en la Directiva. La cuestión siguiente es que

⁴⁴ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 1987, pág. 204.

⁴⁵ FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero español. Instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 543.

⁴⁶ Véase, en este sentido, las sentencias del TC 76/1990, de 26 de abril; 214/1994, de 14 de julio; 50/1995, de 23 de febrero; 164/1995, de 13 de noviembre, o la 46/2000, de 17 de febrero.

⁴⁷ Sobre este asunto, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Spunti ricostruttivi del Diritto Internazionale Tributario”, *Diritto e Pratica Tributaria*, Vol. 8, Nº 2, 2016, págs. 433-464.

adicionalmente, y en base a este precepto, también se facultará a los Estados el poder retirar el diferimiento del tributo contemplado en la Directiva una vez se haya aplicada, siempre y cuando se observe que el fin último ha sido obtener una reducción en la carga tributaria, mediante el fraude o la evasión fiscal. Como hemos venido anunciando, las Administraciones tributarias no podrán limitar de manera genérica tal régimen mediante criterios generales, es decir, deberán examinar, caso por caso, la idoneidad de la aplicación de dicho régimen especial. En base a lo anterior, es necesario exponer, ante un análisis de las medidas anti-abuso, tanto comunitarias como nacionales, lo expuesto por el TJUE, acerca de los motivos económicos válidos, donde dice que “el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal”.⁴⁸

Debemos poner de manifiesto, que tanto en el ámbito europeo como a nivel nacional, fue necesario contemplar las medidas anti-abuso, como una cláusula general en el Derecho comunitario y como cláusulas específicas en los ordenamientos nacionales. En definitiva, se consideran las principales herramientas⁴⁹ de reacción para corregir las conductas impropias del contribuyente. Siguiendo con el citado análisis, la cláusula contemplada en la Directiva de fusiones, establece una serie de requisitos, necesarios, para que surta los efectos contemplados en el artículo 15 de dicha Directiva.⁵⁰ Estableciendo en primer lugar, la condición de que exista un elemento subjetivo que pueda escenificar las intenciones del contribuyente, en obtener un ahorro en la carga tributaria. Como segundo requisito, que dicho elemento subjetivo sea el principal

⁴⁸ Véase, en este sentido, el TJUE, sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem, Asunto C-28/95.

⁴⁹ No solo podemos encontrar cláusulas anti-abuso en la Directiva de fusiones, podemos señalar el artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE, relativa al abono de intereses y cánones. De igual modo, existen otras herramientas de reacción contra el fraude o la evasión, como la conceptualización del “beneficiario efectivo” contemplado en la Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro. Estas herramientas, tienen el objeto de salvaguardar el deber de contribuir de todos los contribuyentes de la UE. En este sentido, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal”, *op. cit.* pág. 4.

⁵⁰ En este sentido, señalamos lo expuesto en la obra de GARCÍA PRATS, A.: “Las medidas anti-abuso y el Derecho comunitario” dentro del libro con VV.AA. *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 196. Que establece los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula anti-abuso, que para el autor son tres requisitos, a los que hemos sumado un cuarto requisito adicional.

objetivo o uno de los principales a conseguir por el contribuyente. En tercer lugar, se debe constatar que no existen unos motivos económicos válidos que eliminen el elemento subjetivo. Y como último requisito, es observar si existe sustancia económica o realidad económica para justificar la falta de requisitos anteriores. En definitiva, debemos tener claro que limitar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de la Directiva, mediante la utilización de una medida anti-abuso, de esta última, debe basarse en los fines de la Directiva y respetar las Libertades de la UE.

Como venimos señalando en páginas anteriores, toda normativa interna debe ser interpretada bajo los principios de Derecho comunitario, incluida la española. Esta primera afirmación está motivada para explicar las bases de las normas anti-abuso nacionales, es decir, toda norma nacional no puede limitar la aplicación del régimen contemplado en la Directiva, por ejemplo, un ordenamiento nacional no puede obviar la existencia de motivos económicos válidos, como justificación para denegar la aplicación del régimen. En resumen, la normativa nacional no puede prevalecer sobre la comunitaria, aunque exista una motivación fiscal sobre la operación.⁵¹ Explicando lo anterior, en cualquier operación recogida en este régimen donde concurra una motivación real y válida será perfectamente legítima, aunque suponga un ahorro fiscal, debiéndose realizar un examen de la operación, partiendo de la imposibilidad de denegar la aplicación de la neutralidad fiscal, cuando concurre este motivo fiscal con otros motivos económicos o empresariales. Es decir, debe entenderse que la finalidad de la Directiva es el permitir una estabilidad empresarial para continuar con el ejercicio actividad económica, facilitando para ello el acogerse a una situación fiscal consistente en obtener un ahorro de la carga tributaria mediante diferimiento del impuesto hasta la extinción de la situación jurídica que se haya generado tras la operación.

La normativa fiscal española no define claramente cómo debe de aplicarse el régimen especial de fusiones, es decir, determina en que supuestos se puede llevar

⁵¹ FALCÓN Y TELLA, R.: "La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS", *QF*, núm. 2, 2001, pág. 7.

a cabo y en base a unos motivos económicos válidos, siempre que estos no fuesen fundamentos fiscales.⁵² Por lo que, en paralelo de normativa comunitaria, se plantea la exigencia de que las razones que impulsen a realizar una determinada operación societaria deban ser en base a unas justificaciones jurídicas, económicas u organizativas y no de índole fiscal, por tanto, se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado que, como ya hemos comentado anteriormente, provocara que se tenga que estudiar cada motivo en cada supuesto para validar la operación societaria. Por lo anterior, la normativa española establece en el art. 89. 2 de la LIS, la medida anti-abuso nacional, para limitar el régimen cuando el objetivo principal de la operación sea obtener un beneficio fiscal, mediante el fraude o la evasión fiscal. Adicionalmente, nos llama la atención la interpretación de que la carga de la prueba, que se extrae del precepto señalado, donde pasa de ser una cuestión que debe probar la Administración Tributaria, como consecuencia de sus actuaciones de comprobación, al sujeto pasivo, quien será el que deba probar que la operación llevada a cabo queda justificada con unos motivos económicos válidos.

Llegados a este punto, con el presente trabajo pretendemos enfatizar en la necesidad de analizar desde puntos de vista distintos a los económicos, los motivos que llevan a realizar una “operación de aportación no dineraria o de rama de actividad” por parte de un sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, mencionando brevemente qué argumentos se están considerando como motivos suficientes para la aplicación del régimen especial y cuáles no por parte de la Administración tributaria española. En este sentido, el argumento más utilizado para acogerse a las operaciones de aportación no dineraria o de rama de actividad, son las reorganizaciones de empresas familiares, que tienen como finalidad el planificar y estructurar la sucesión, evitando en la medida de lo posible las luchas internas.⁵³

⁵² Desde nuestro punto de vista, supone ir en contra de las pautas o la legislación en negativo que ha ido desarrollando el TJUE, de tal forma que el legislador español sigue obviando que deben de existir motivos objetivos y subjetivos para el correcto análisis de una operación y poder valorar su idoneidad.

⁵³ Dicho argumento, parte de la tesis tradicional que el ordenamiento tributario español ha

Explicando lo anterior, esta reorganización del entramado societario familiar puede tener una doble intencionalidad: una, muy clara, que se continúe con la actividad empresarial; y otra, en dar entradas a familiares o socios externos, o incluso intentar mantener la gobernabilidad de la sociedad.⁵⁴ Otra justificación, que se puede entender como un motivo económico válido es la centralización de la toma de decisiones de la empresa.⁵⁵ Esta centralización, se fundamenta en los casos donde existen diversas empresas que comparten una matriz o tienen una estructura empresarial muy dispersa, siendo la justificación la concentración en una única sociedad los departamentos de administración y servicios centrales, mejorando así la capacidad comercial. Se establece como un elemento objetivo que constituye un motivo válido. Visto desde otro punto de vista, se puede entender que sería lógico crear una sociedad que aglutine las actividades de varias sociedades pequeñas, generando una apariencia de una sociedad fuerte, sin riesgos pasados y con una salud financiera mejor, que facilitara la concesión de financiación. Del mismo modo, la creación de nuevas unidades empresariales o unirse a otras sociedades puede partir de intentar separar los riesgos o especializar unidades independientes de negocio, dotándoles de capacidad jurídica propia, para conseguir con la estructura más adecuada su objeto social. La última justificación que podemos encontrar en las operaciones de aportación no dineraria o de rama de actividad es la de llevar a cabo una reducción de la estructura empresarial o alcanzar el cumplimiento de obligaciones tributarias, es decir, crear nuevas

concedido a la transmisión de sociedades entre familiares, vía sucesión o donación, véase los incentivos fiscales contemplados en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

⁵⁴ Véase, en este sentido la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, de 4 de agosto de 2011 (V1931-11), que muestra la justificación ante un motivo económico válido, parte de que *“el objetivo final de conseguir la perdurabilidad del negocio en el tiempo”* debe *“optimizar y mejorar la gestión, los recursos y eliminar la duplicidad de prestaciones de servicios recíprocos entre las sociedades; optimizar los recursos generados de una forma conjunta por la explotación económica hacia nuevos proyectos de inversión; y facilitar la continuidad de la explotación económica para el caso de futuras reestructuraciones de capital entre los socios, especialmente en el supuesto de la sucesión futura de las participaciones de los cónyuges a sus herederos naturales”*

⁵⁵ Véase, la explicación de la DGT, en la consulta vinculante de 24 de junio de 2011 (V1630-11), donde la finalidad es *“simplificar la estructura, eliminando niveles societarios intermedios innecesarios y buscar un ahorro de costes administrativos y de gestión eliminando duplicidades innecesarias”*.

sociedades con la finalidad de reorganizar las explotaciones empresariales y conservar únicamente valores de la sociedad, obteniendo una rentabilidad.

Pero, ¿la ausencia de motivos económicos válidos supone la existencia de fraude? En este sentido, creemos que puede existir el caso de que se den motivos económicos válidos y, a la vez, una finalidad evasiva o fraudulenta, no obstante, en sentido contrario, es decir, cuando no existan motivos económicos válidos, sí podremos argumentar que existe una conducta de fraude o de evasión, y por tanto, será de aplicación el art. 89.2, reaccionando con una medida anti-abuso. Aunque, desde nuestro punto de vista, en todo caso se deberá probar la conducta fraudulenta. De este modo, se observará si existe un elemento subjetivo que identifique la conducta del contribuyente y, ante una ausencia motivacional, deberá de tenerse en cuenta la sustancia económica, puesto que, si el contribuyente cumple con su deber de contribuir, es prueba suficiente de que sus hechos no son constitutivos de fraude o evasión fiscal.⁵⁶ No obstante, nuestro legislador mantiene la tesis de presunción absoluta que establece el art. 15 de la Directiva,⁵⁷ de tal modo que si no se demuestra unos motivos económicos válidos, se entiende suficientemente probado que la operación tiene como finalidad una conducta *contra legem*. Pero parte de la doctrina española, considera que esta interpretación tiene “una delimitación del ámbito de aplicación del régimen especial más acorde con el fundamento de los beneficios fiscales previstos, que radica en fomentar la competitividad y flexibilidad de las empresas y no en incentivar estrategias de planificación fiscal”.⁵⁸ Otra parte de la doctrina, señala que con esta interpretación

⁵⁶ Véase, la distinta doctrina que avala tal tesis, como DURÁN SINDREU-BUXADE, A.: “El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”; GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385; SANZ GADEA, E.: “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009, págs. 244-245. Basándonos en este último autor, identificado el concepto de “operación” como “cualquier negocio realizado, en ejercicio de una opción fiscal, que produce un resultado económico favorable”.

⁵⁷ En este sentido, véase el informe de la Dirección General de Tributos de 5 de febrero de 2002, que establece que para “interpretarse que el supuesto que desarrolla el segundo párrafo se refiere a la inaplicación de régimen, el cual, además de no aplicarse cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal no se aplicará cuando no existan motivos económicos válidos sino la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, entendida como más favorable que el régimen general”, informe publicado en la revista *Quincena Fiscal*, núm. 10, octubre 2002.

⁵⁸ MENÉNDEZ GARCÍA, G.: *Fiscalidad de la Escisión de Sociedades Anónimas*, Thompson-Aranzadi,

– al hilo con la doctrina italiana⁵⁹ – del legislador español, en este sentido pretende eliminar todas “las posibles vías de elusión” de forma genérica en vez “de modo particularizado a lo largo del articulado, comprendiendo todas las actuaciones elusivas”.⁶⁰

Por lo anterior, vemos que existe un problema interpretativo originado por la trasposición de los conceptos internacionales en el ordenamiento tributario español. Esto supone que el ordenamiento español carece de una conceptualización de evasión fiscal y elusión fiscal, ya que son términos utilizados y desarrollados por la doctrina internacional. Es decir, observamos que el legislador español se ha limitado a introducir en el artículo 89.2 de la LIS los términos fraude y evasión fiscal con el objetivo de advertir que ante estos supuestos no procederá la aplicación del régimen especial de fusiones contemplado en los artículos 76 y siguientes que, como ya hemos avanzado anteriormente, permite una neutralidad fiscal en las operaciones societarias mediante un diferimiento del pago de las obligaciones tributarias que nacen de una plusvalía o de una renta. Todo ello nos lleva a interpretar el precepto del art. 89.2 de la LIS para encajarlo en la normativa interna española, es decir, desde nuestro punto de vista creemos que estos conceptos contenidos en la norma anti-abuso, no difieren del concepto contemplado en el art. 15 de la Ley General Tributaria española, cuando hablamos de fraude de ley, que supone, en el ordenamiento español, una operación que pretender evitar la obligación de abonar los impuestos, con un carácter abusivo, instrumentalizado a través de una herramienta jurídica artificial y cuyo resultado es obtener un ahorro fiscal, hecho imposible mediante un negocio usual. A modo de dar una conceptualización a los términos “evasión” y “elusión”, podemos señalar al profesor GARCÍA NOVOA, que dice que “el abuso al que se refiere la normativa comunitaria es un exponente claro de elusión fiscal. Y elusión, se opone

Cizur Menor, 2006, pág. 271.

⁵⁹ PISTONE, P.: “Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario”, *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 4/1998, III, págs. 610 y 611.

⁶⁰ NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 243.

frontalmente a la economía de opción”.⁶¹ O dicho de otro modo, desde el punto de vista del ordenamiento español, el fraude de ley, supone “un negocio real, querido por las partes, y donde la realidad y la apariencia jurídica coinciden”.⁶² Lo que observamos, es que en el fraude de ley no existe una finalidad de evitar la obligación tributaria, sino que es un elemento artificial utilizado de manera objetiva en el mundo jurídico, es decir, tendremos que observar que el motivo de evitar la obligación tributaria nace de un elemento subjetivo y externo al negocio jurídico, no siendo relevante el carácter elusivo sino la existencia de alguna otra justificación de realizar de tal forma dicho negocio. De igual modo, podemos entender que la creación de una estructura societaria sofisticada, puede dar a entender que pretende eludir o evadir la responsabilidad tributaria, si el fin objetivo se puede conseguir mediante una estructuración más sencilla. Creemos, que tal circunstancia recogida en el art. 15 de la Ley General Tributaria, origina que el ordenamiento tributario español, tienda a preferir la existencia de un motivo económico válido frente a justificar una operación de reestructuración empresarial o societaria mediante un elemento subjetivo, es decir, teniendo en cuenta la sustancia económica más que un elemento objetivo. Dicho de otro modo, en el art. 89.2 de la LIS, se establece una interpretación de la norma anti-abuso comunitaria, en base a la ordenación del sistema tributario español, es decir, se ha procurado ir hacia una búsqueda de la lógica del sistema tributario, dando encaje al concepto de fraude de ley, frente a el carácter de norma antielusiva⁶³ que pretende la Directiva.

Por lo anterior, vemos que no es tan claro valorar cuando se tiene unas finalidades evasivas o elusivas en las operaciones de reestructuración que pretendan obtener un ahorro del coste fiscal. Sobre todo, en aquellas operaciones

⁶¹ GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385.

⁶² PALAO TABOADA, C.: “Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II)”, *RCT-EF*, núm. 155, 1996, pág. 14.

⁶³ Volvemos a señalar al profesor GARCÍA NOVOA, que argumenta que el art. 89.2 debe de interpretarse en base al precepto contemplado en el artículo 108 de la LGT y no en base al precepto del artículo 15 LGT. Véase, la obra ya citada de GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 384-385.

donde se dan una concatenación de distintos negocios, donde la operación de aportación no dineraria o de rama de actividad, supone un paso intermedio en la consecución de ese ahorro fiscal. Siendo la Administración, quien debe valorar sí el régimen fiscal aplicado procede o no, examinando tanto los motivos objetivos como los subjetivos, es decir, se tendrá que valorar objetivamente que la consecución de un negocio jurídico no puede lograrse sin la operación empresarial previa, donde estaremos en una situación donde una operación societaria sirve de instrumento para alcanzar el fin de un negocio menos gravoso. Dicho de otro modo, si la operación societaria no supone generar un negocio que se perpetúe y genere una actividad empresarial, estaremos ante un supuesto donde la única finalidad es la de evitar la obligación tributaria, siempre y cuando, estemos ante una operación societaria que suponga una fase intermedia del conjunto de negocios realizados. Claro está, que puede suceder que negocios concatenados persigan generar una operación ajustada a los fines de la Directiva y de la normativa interna y, en consecuencia, se debe aplicar el régimen especial contemplado para este tipo de operaciones.⁶⁴

Debemos señalar, desde nuestro punto de vista, que la Administración tributaria española necesita observar los resultados económicos alcanzados por los contribuyentes, para ver sí han sido alcanzados mediante instrumentos jurídicos distintos a los normales, es decir, deberá abstraerse de manera que pueda observar que el negocio celebrado, en condiciones normales, genera una finalidad distinta, y mediante la articulación del negocio se ha conseguido un resultado menos gravoso. En este sentido, nuestra opinión es que se podrá observar la finalidad del negocio celebrado por los efectos derivados del negocio, justificando así, de manera objetiva y subjetiva, la instrumentalización jurídica escogida y, por tanto, la finalidad de la operación.⁶⁵

⁶⁴ En base al principio de proporcionalidad, se va a exigir que no se aplique el diferimiento de la obligación tributaria en la parte del negocio o negocios que se han realizado con una finalidad elusiva. Véase, en este sentido, la obra de SANZ GADEA, E.: "Medidas antielusión fiscal", *Documentos de Trabajo*, núm. 8, IEF, Madrid, 2009, págs. 246.

⁶⁵ Véase, SÁENZ DE OLAZAGOITIA DÍAZ DE CERIO, J.: "Efectos tributarios de las operaciones de reestructuración en los grupos de sociedades que tributan en régimen consolidado", *Justicia*

3. Conclusiones

En el análisis planteado, vemos que el legislador español tras la transposición de las disposiciones del Derecho comunitario en su ordenamiento interno, ha generado un resultado que propicia nuevos hechos de aplicación del régimen especial de la Directiva de fusiones. También manifestamos que la normativa española sigue obviando la necesidad de valorar el elemento subjetivo de cada operación para identificar la idoneidad de dicha operación. En resumen, el régimen especial para operaciones societarias o de reestructuración empresarial español, facilita unas oportunidades tributarias al conseguir un ahorro de factura fiscal mediante la utilización de economías de opción, permitiendo un diferimiento de la tributación a las plusvalías generadas a los sujetos pasivos de los impuestos IRPF e IRNR. Otro aspecto a señalar, es que tanto el ordenamiento tributario español como el Derecho comunitario no se manifiesta que ante la ausencia de motivos económicos válidos se presuma una conducta de fraude o evasión, es decir, no enuncia expresamente que tengan que existir tales motivos para aplicar el régimen. A lo que ha añadido el ordenamiento español el establecimiento de la obligación de la carga de la prueba en el contribuyente, hecho que manifestamos en el trabajo que debe ser una justificación de la Administración tributaria, a través de motivos económicos válidos y elementos subjetivos, el demostrar que se ha creado una estructura societaria puramente artificial y carente de sustancia económica. Ante esta circunstancia la Administración dispone de la herramienta a su alcance de los mecanismos de intercambio de información entre Estados.

En definitiva vemos que el caso particular español encaja con los principios y libertades comunitarias, permitiendo el disfrute de la neutralidad fiscal a sujetos pasivos de los impuestos IRPF y del IRNR, para eliminar cualquier obstáculo fiscal que limite el desarrollo empresarial dentro del mercado único europeo. Dicho de otro modo, vemos que el ordenamiento español reacciona ante una conducta del contribuyente que pretende generar un ahorro fiscal, en base a los fines de la Directiva y con los límites de las libertades comunitarias, permitiendo que

Tributaria, núm. 22, marzo 1999, pág. 21 y 22.

prevalzca la aplicación del régimen, por la existencia de motivos económicos válidos y de sustancia económica. Es decir, la normativa española establece, la aplicación de la norma anti-abuso, ante una operación articulada inadecuadamente, desde un punto de vista objetivo, y por esa inadecuación se provoque una menor tributación, es decir, y al igual que la jurisprudencia comunitaria, se establece una diferenciación entre ventaja o beneficio fiscal y ahorro fiscal. Estableciendo una diferenciación conceptual en situaciones de ausencia de tributación, total o parcial, cuando hablamos de ventaja fiscal. En caso contrario, hablaremos de diferimiento de la tributación cuando estemos ante el ahorro fiscal. Y en conclusión, la normativa española solo limitará la aplicación del régimen especial ante situaciones que generen casos de fraude de ley tributaria, es decir, ante situaciones de planificación fiscal lícita no se contempla su gravamen sin la existencia de una finalidad fraudulenta, ya que, supondría limitar una operación lícita, válida, consensuada por las partes, celebrada bajo el principio de autonomía de la voluntad y sin alteración de las formas jurídicas, al no permitirse aplicar el diferimiento fiscal por la existencia de una alternativa válida pero que, fiscalmente es más gravosa, y por tanto, contraria a los intereses del contribuyente.

PARTE SECONDA

Inapplicabilità dell'imposta proporzionale sui trasferimenti al *trust* (Nota a Cass. civ., Sez. V, Sent. n.975 del 17 gennaio 2018)

di Adriana Salvati

Ricercatore di Diritto tributario

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

The work examines the tax law of the deeds of transfer of assets to the trust based on the jurisprudential and doctrinal guidelines and the reasons for the application of taxes with a fixed rate, attributing importance to the notion of transfer related to the concept of ownership.

SINTESI

Il lavoro esamina il regime fiscale degli atti di trasferimento di beni al trust alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali e le ragioni dell'applicazione delle imposte in misura fissa, attribuendo rilevanza alla nozione di trasferimento rapportata al concetto di ownership.

SOMMARIO: 1. La pronuncia in esame – 2. Le aporie ricostruttive e la connessa *querelle* in tema di imposta sulle successioni e donazioni – 3. La valorizzazione della nozione di trasferimento rapportata al *trust* e ai dati strutturali dell'istituto

1. La questione in esame

La pronuncia della Cassazione in esame torna ad affrontare la questione dell'applicabilità delle imposte di registro, ipotecarie e catastali agli atti di trasferimento di beni immobili al *trust*.

Nel caso di specie, il ricorso, proposto dal *trustee* e dal guardiano del *trust*, aveva ad oggetto l'accertamento relativo all'atto di trasferimento degli immobili stipulato dal *settlor* in esecuzione dello scopo del *trust* e dell'obbligo istituito in capo al *trustee* di custodirne i relativi beni e, quindi, il regime di tassazione di tale atto e l'eventuale assoggettamento dello stesso all'imposta proporzionale ovvero all'imposta in misura fissa. La Corte afferma il principio per cui a tale fattispecie negoziale, in cui si realizza un passaggio di beni o diritti (*trust fund*), dal disponente (*settlor*) ad un "amministratore" (*trustee*), al fine di gestirli nell'interesse di uno o più beneficiari (*beneficiaries*) e del perseguimento della finalità istitutiva del *trust*,

è applicabile l'art. 11 della tariffa e tanto in ragione delle caratteristiche essenziali dell'istituto e quindi: a) della previsione, in capo al *trustee*, di un "obbligo di restituzione in un tempo prefissato" della dotazione patrimoniale, costituita dai beni immobili, in grado di manifestare la natura interinale degli effetti traslativi; b) dell'effetto di segregazione degli stessi beni per la realizzazione della predetta finalità; c) del carattere propriamente fiduciario dei compiti assunti dall'amministratore, in conformità alla volontà espressa dal disponente.

La transitorietà del trasferimento indefettibilmente caratterizza lo schema negoziale del *trust* sicché l'atto non si può considerare immediatamente produttivo di effetti traslativi in senso proprio, dal momento che sono tali solo quelli finali, costituenti il presupposto dell'imposta di registro, mentre nel caso di specie manca l'elemento fondamentale dell'attribuzione definitiva dei beni al soggetto beneficiario. Il trasferimento dei beni al *trustee* avviene, infatti, a titolo gratuito, non essendovi alcun corrispettivo, ed il disponente non intende arricchire il *trustee*, ma vuole che quest'ultimo li gestisca in favore dei beneficiari, segregandoli per la realizzazione dello scopo indicato nell'atto istitutivo del *trust*, per cui l'intestazione dei beni al *trustee* deve ritenersi, fino allo scioglimento del *trust*, solo momentanea.

In tale assetto negoziale, sarebbe una forzatura anticipare l'imposizione fiscale al trasferimento verso il *trustee*, dovendo viceversa farsi riferimento al momento dell'attribuzione dei beni ai beneficiari, perché è in quel momento che il trasferimento dei beni medesimi, indice della capacità contributiva, diviene effettivo e definitivo.

Non può sostenersi quindi che il passaggio di proprietà dei beni o diritti dal settlor al *trustee* configuri un vero e proprio atto dispositivo a contenuto patrimoniale. Secondo il ragionamento della Corte, l'art. 9 della tariffa, parte prima, rappresenta una clausola di chiusura finalizzata a disciplinare tutte le fattispecie fiscalmente rilevanti, diverse da quelle indicate nelle restanti disposizioni, purché però onerose e aventi un contenuto patrimoniale, atteso che l'art. 43, comma 1, TUR fissa la base imponibile dell'imposta, per le "*prestazioni a contenuto patrimoniale*", nell'ammontare "*dei corrispettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del*

contratto". Tale disposizione, nel contesto delle disposizioni del Testo Unico, si riferisce alla prestazione "a contenuto patrimoniale" intesa come prestazione onerosa.¹

Ne consegue che il trasferimento dei beni in trust, non avendo natura onerosa, non può ritenersi operazione di carattere patrimoniale, come tale assoggettabile, sin da subito, ad imposta, nella misura proporzionale del 3% ex art. 9 della tariffa allegata al DPR n.131 del 1986.

Lo stesso principio è applicabile anche alle imposte ipotecarie e catastali, giacché l'atto soggetto a trascrizione, ma non produttivo di effetto traslativo in senso proprio (id est, definitivo), postula l'applicazione di dette imposte in misura fissa.²

La pronuncia in esame sembra quindi chiarire la *vexata quaestio* dell'applicabilità delle imposte sui trasferimenti in misura proporzionale ai *trusts*, escludendola in base agli elementi strutturali dell'istituto che non consentono di ravvisare un trasferimento imponibile nell'atto di disposizione dei beni al *trust*.

La valorizzazione di questi dati e degli effetti sottesi ai trasferimenti fornisce un tassello ulteriore al quadro giurisprudenziale nel tempo delineatosi anche con riferimento alle questioni in tema di applicabilità o meno dell'imposta sulle successioni e donazioni, consentendo l'elaborazione di principi di portata generale.

2. Le aporie ricostruttive e la connessa *querelle* in tema di imposta sulle successioni e donazioni

I principi affermati dalla sentenza in commento con riguardo alle imposte di registro, ipotecarie e catastali consentono alcune riflessioni anche in merito all'applicabilità ai trasferimenti di beni in *trust* dell'imposta sulle successioni e donazioni.

La sentenza, sul punto, afferma chiaramente che la fattispecie in esame *ratione*

¹ La Corte richiama a tal proposito il precedente di Cass., sez. V, 18 dicembre 2015, sentenza n.25478.

² Cfr. D.Lgs. n.347 del 1990, art. 1 e art. 4 dell'allegata tariffa quanto all'ipotecaria; cfr. art. 10, comma 2, del D.Lgs. cit., quanto alla catastale.

temporis non è disciplinata dal D.I. n.262 del 2006, art. 2, commi 47 e 49, convertito con modificazioni dalla L. n.286 del 2006, che reintroducendo l'imposta sulle donazioni e successioni assoggetta all'imposta anche la costituzione di vincoli di destinazione di beni. Con tale affermazione, la sentenza non prende in alcun modo posizione in merito alla *querelle* relativa all'applicabilità dell'imposta al *trust*, ma i principi enunciati in tema di definitività del trasferimento dei beni al *trust* possono costituire un utile parametro interpretativo per orientarsi.

Come noto, l'amministrazione, a seguito dell'emanazione del D.I. n.262/2006, ha ritenuto che gli atti di istituzione di *trust* con contestuale dotazione patrimoniale (c.d. atto dispositivo) siano soggetti a tale imposta in misura proporzionale, secondo le disposizioni dell'art. 2, commi da 47 a 49, D.I. n.262/2006, oltre che alle imposte ipotecarie e catastali, pure in misura proporzionale, secondo il disposto dell'art. 10, comma 1, e dell'art. 1, della tariffa allegata al T.U n.347/1990.³ L'imposta sulle successioni e donazioni, ad avviso dell'Agenzia, andrebbe applicata a tutti gli atti di costituzione di vincoli di destinazione, compreso il *trust*: tali atti assurgerebbero a fattispecie impositiva autonoma ben diversa per *ratio* da quella prevista per l'imposta sulle successioni e donazioni, ma avente in comune con questa soltanto i criteri di legge per determinare la base imponibile. In tale ottica, non avrebbe alcuna rilevanza la mancanza di *animus donandi*, essendo invece determinante solo il fatto oggettivo della costituzione di un vincolo di destinazione, in cui la capacità contributiva sarebbe rappresentata dall'utilità economica che viene (in un secondo momento) destinata ad altri per il tramite della costituzione del vincolo.

Il contenzioso, che ha fatto seguito alla suddetta interpretazione amministrativa, ha evidenziato diverse e variegate posizioni della giurisprudenza di merito, prima, e di legittimità, poi.

Le Commissioni tributarie hanno più volte sottolineato che l'istituto del *trust* non realizza il presupposto per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, e delle connesse imposte ipotecarie e catastali, e questo perché non è

³ Così, Circ. Ag. Entr., 22 gennaio 2008, n.3/E; Circolare n.48/E del 6 agosto 2007.

dubbia la mancanza di qualsiasi intento di liberalità da parte del disponente nei confronti del *trustee*, che riceve la dotazione patrimoniale solo come un mezzo per la realizzazione del programma concordato. L'elemento fondante dell'attribuzione patrimoniale dal *settlor* al *trustee* è da ravvisarsi esclusivamente nella fiducia che sottende l'atto dispositivo in questione e, in tale assetto negoziale, il conferimento patrimoniale trova ragione nella capacità di amministrazione e gestione dei beni, fino all'estremo potere di disposizione del *trustee* in funzione del beneficio finale, sicché l'istituto sarebbe assimilabile ad un fondo patrimoniale che realizza la segregazione patrimoniale e non ad una donazione, con l'effetto di applicare le imposte sui trasferimenti in misura fissa e non proporzionale.⁴

La Cassazione sul tema ha palesato orientamenti contraddittori e, con i noti orientamenti del 2015,⁵ aveva affermato che, con l'art. 2, comma 47, D.L. n.262/2006, il legislatore tributario avrebbe istituito una "nuova" imposta, quella sulla costituzione dei vincoli di destinazione, distinta dall'imposta sulle successioni e donazioni, pur mutuandone la disciplina mediante rinvio, e specificamente deputata a tassare, in ragione dell'autonomo oggetto, ogni atto e negozio che sia produttivo di un "vincolo giuridico". In quest'ottica, l'imposta sarebbe nuova e

⁴ *Ex multis* cfr.: Commissione Tributaria Regionale di Milano, 17 marzo 2016, n.1560; Commissione Tributaria Regionale di Milano, 26 febbraio 2016, n.2845; Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 18 febbraio 2016, n.1109; Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 31 gennaio 2014, n.1002; Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 17 dicembre 2013, n.1002/25/14; Commissione Tributaria Provinciale di Milano, 19 novembre 2013, n.1208/17/14; Commissione Tributaria Provinciale di Lucca, 17 novembre 2015, n.728; Commissione Tributaria Provinciale di Torino, 30 novembre 2015, n.1879; Commissione Tributaria Provinciale di Torino, 28 aprile 2011, n.70; Commissione Tributaria Provinciale di Palermo, 30 dicembre 2015, n.6880; Commissione Tributaria Provinciale di Latina, 8 gennaio 2013, n.10; Commissione Tributaria Provinciale di Latina, 7 marzo 2014, n.70; Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, 3 febbraio 2014, n.70; Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, 5 marzo 2013, n.102; Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, 7 marzo 2011, n.60; Commissione Tributaria Provinciale di Firenze, 23 ottobre 2008, n.30; Commissione Tributaria Regionale di Firenze, 8 luglio 2011, n.77; Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, 22 aprile 2009, n.48; Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, 25 gennaio 2012, n.14; Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, 23 febbraio 2011, n.14; Commissione Tributaria Provinciale di Perugia, 26 gennaio 2011, n.35; Commissione Tributaria Regionale di Venezia, 26 novembre 2013, n.90; Commissione Tributaria Regionale di Venezia, 18 maggio 2010, n.76; Commissione Tributaria Provinciale di Salerno, 5 dicembre 2012, n.504 e 507; Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 aprile 2013, n.107; Commissione Tributaria Provinciale di Padova, 9 luglio 2013, n.252; Commissione Tributaria Regionale di Milano, 27 febbraio 2013, n.54; Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, 2 ottobre 2013, n.571.

⁵ Cass., sez. VI, ordinanze 24 febbraio 2015, nn. 3735 e 3737 e 25 febbraio 2015, n.3886.

diversa dal tradizionale tributo sulle successioni e donazioni, perché l'oggetto consisterebbe nel valore dell'utilità della quale il disponente finisce con l'impoverirsi, per effetto della costituzione del vincolo, e non l'arricchimento conseguito da un soggetto, che tipicamente si verifica col trasferimento di un'utilità: la capacità contributiva sarebbe, dunque, identificabile nel depauperamento che il disponente subisce, e corrispondente all'utilità economica di cui egli si priva, con l'apposizione del vincolo destinatorio.

Tale tesi, oggetto di numerose e diversificate riflessioni critiche,⁶ è stata successivamente superata e la giurisprudenza di legittimità sembra chiaramente orientata nel senso dell'inapplicabilità di tale imposta agli atti di attribuzione del *trust fund*.⁷

Secondo la Corte, la costituzione del *trust* produce soltanto efficacia segregante sui beni eventualmente in esso conferiti e questo sia perché degli stessi il *trustee* non è proprietario, ma amministratore, e sia perché i beni non possono che essere trasferiti ai beneficiari in esecuzione del programma negoziale stabilito per la donazione indiretta". La Cassazione, infatti, ha confutato apertamente la tesi sostenuta in precedenza dalla sesta sezione, affermando che *"anche a prescindere dalle gravi incertezze cui le due riassunte interpretazioni danno ingresso - per es. non è dalla legge individuato il soggetto passivo d'imposta ecc. - le stesse non appaiono condivisibili"*.

Sarebbe infatti impossibile ravvisare il presupposto per l'applicazione

⁶ Cfr., tra i tanti contributi sul tema, STEVANATO, *La 'nuova' imposta su trust e vincoli di destinazione nell'interpretazione creativa della Cassazione*, in GT - Riv. giur. trib., n.5/2015, p. 407; ID., *Imposta sui vincoli di destinazione e giudice legislatore: errare è umano, perseverare diabolico*, in GT - Riv. giur. trib., 2016, p. 398 e ss.; BIZIOLI, *La creazione, irrazionalmente estensiva, di un tributo autonomo*, in Dial. trib., n.1/2015, p. 112 e ss.; CONTRINO, *Sulla nuova (ma in realtà inesistente) imposta sui vincoli di destinazione "creata" dalla Suprema Corte: osservazioni critiche*, in Rassegna tributaria 2016, p. 30 e ss.. Sul tema si veda anche BUCCICO, *Problematiche fiscali per l'imposizione indiretta dei trust*, in Diritto e pratica tributaria 2016, p. 2346 e ss..

⁷ Così Cass., Sez. V., 18 dicembre 2015, nn. 25478, 25479, 25480 e 26 ottobre 2016, n.21614. In dottrina si vedano, per tutti, STEVANATO, *Trust liberali e imposizione indiretta, uno sguardo al passato rivolto al futuro?*, in Corr. Trib., n.9/2016, p. 676 e ss.; ID., *Tassazione fissa per il trust autodichiarato - Imposte indirette - Il new deal della Suprema Corte sull'imposizione indiretta del trust: giù il sipario sull'imposta sui vincoli di destinazione?*, in GT - Riv. Giur. trib., 2017, p. 31 e ss.; TASSANI, *La Cassazione torna sull'imposta sui vincoli di destinazione*, in Trusts e attività fiduciarie, 2016, p. 341 e ss..

dell'imposta nell'atto di dotazione patrimoniale al trustee e tanto perché del tutto contrario al programma negoziale di donazione indiretta per cui è stato predisposto l'atto stesso e che prevede la temporanea preservazione del patrimonio a mezzo della sua "segregazione" fino al trasferimento vero e proprio a favore dei beneficiari. Per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni mancherebbe quindi il presupposto impositivo della liberalità alla quale può dar luogo soltanto un reale arricchimento mediante un effettivo trasferimento di beni e diritti".

Quest'ultima tesi appare maggiormente conforme alla *ratio* del dettato normativo e dei principi costituzionali⁸. In effetti, non trovava alcun riscontro nel dettato normativo la tesi dell'istituzione di una nuova e differente imposta gravante sui vincoli di destinazione, anzi lo stesso dato letterale depone in senso contrario, atteso che l'unica imposta prevista dal comma 47 dell'art. 2 D.L. n.262/2006 è l'imposta sulle successioni e donazioni e quest'ultimo sintagma regge sia i "trasferimenti di beni e diritti per causa di morte per donazione o a titolo gratuito"

⁸ Nello stesso senso si è orientata la giurisprudenza di merito successiva: cfr. Commissione tributaria regionale del Lazio, sentenza 4 dicembre 2017, n.7053, e Commissione tributaria regionale di Milano, sentenza 27 ottobre 2017, n.4337, ove chiaramente si afferma: "Ritiene il Collegio, diversamente, di dover aderire alla più recente impostazione seguita dalla giurisprudenza della S.C. in materia, in quanto rispondente alla *ratio* dell'istituto del trust ed alla *ratio* sottesa alla normativa in tema di imposta sulle successioni e donazioni. La Cassazione, in particolare, ha affermato il principio secondo cui in tema d'imposta ipotecaria e catastale, l'istituzione di un "trust" c.d. "autodichiarato", con conferimento di immobili e partecipazioni sociali per una durata predeterminata o fino alla morte del disponente, i cui beneficiari siano i discendenti di quest'ultimo, è riconducibile alla donazione indiretta ed è soggetto all'imposta in misura fissa, atteso che la "segregazione", quale effetto naturale del vincolo di destinazione, non comporta, però, alcun reale trasferimento o arricchimento, che si realizzeranno solo a favore dei beneficiari, successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale (Sez. 5, Sentenza n.21614 del 26/10/2016, Rv. 641558 - 01). Trattasi di pronuncia che, come correttamente esposto dalla difesa dell'appellante, trova applicazione anche nel caso in esame, in cui ci si trova in presenza di un trust non autodichiarato, in quanto il reale trasferimento si concretizza sempre con riferimento alla devoluzione dei beni dal fondo in trust ai beneficiari finali. Non v'è dubbio, infatti, che la fattispecie si inquadra in quella di una donazione indiretta cui è funzionale la "segregazione quale effetto naturale del vincolo di destinazione", una "segregazione da cui non deriva quindi alcun reale trasferimento di beni e arricchimento di persone, trasferimento e arricchimento che dovrà invece realizzarsi a favore dei beneficiari, i quali saranno perciò nel caso successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale". Ed invero la costituzione del trust - come è normale che avvenga per "i vincoli di destinazione" - produce soltanto efficacia "segregante" per i beni eventualmente in esso conferiti e questo sia perché degli stessi il trustee non è proprietario bensì amministratore e sia perché i ridetti beni non possono che essere trasferiti ai beneficiari in esecuzione del programma negoziale stabilito per la donazione indiretta (artt. 2 e 11 Convenzione de L'Aja del 1 luglio 1985, recepita in L. 16 ottobre 1989, n.364)".

sia la “costituzione di vincoli di destinazione”. La lettera della norma include, infatti, nel medesimo ambito di applicazione i trasferimenti successori/donatori e la costituzione di vincoli di destinazione, senza lasciare spazio alcuna alla presunta istituzione di diverse imposte con diversi presupposti.

Inoltre, alla luce della struttura dell'imposta, non era sostenibile che la capacità contributiva colpita dal tributo finisse con il coincidere con il depauperamento del costituente il vincolo di destinazione, come se si trattasse di un'imposta che grava sull'impoverimento, invece che sull'arricchimento del donatario, senza la necessaria presenza di un indice di ricchezza.

Infine, la tesi sembrava anche ardita sotto il profilo del rispetto del principio di riserva di legge che non consente l'istituzione di una nuova imposta senza essere chiaramente diretta a tale fine e senza individuare con precisione gli elementi essenziali del tributo, il presupposto (il depauperamento mai citato dal legislatore), la base imponibile, i soggetti passivi e persino l'aliquota⁹. Ed invero la norma in questione, nel ripristinare l'imposta sulle successioni e donazioni, ne ha esteso l'applicazione alla costituzione di vincoli di destinazione, ma non ha previsto un adeguamento organico delle disposizioni che disciplinano l'applicazione dell'imposta per tenere conto della nuova fattispecie né ha incluso una elencazione di atti (di costituzione di vincoli di destinazione).

⁹ Non era chiaro nell'interpretazione della Corte come avrebbe dovuto calcolarsi l'utilità di cui il disponente si priva per quantificare l'imposta: la base imponibile del presunto tributo sui vincoli di destinazione, gravanti sull'utilità di cui il disponente si priva, potrebbe infatti non coincidere con il valore dei beni su cui è apposto il vincolo. Inoltre, per quel che concerne l'individuazione dei soggetti passivi, il *trustee* non fa parte dell'elenco individuato dalla norma, essendo figura estranea e del tutto diversa da quelle degli eredi, dei legatari, dei donatori e dei beneficiari di altre liberalità tra i vivi che l'art. 5 del D.Lgs. n.346/1990 annovera tra i soggetti passivi. L'individuazione della soggettività passiva al di fuori dei soggetti indicati dalla norma pone la tesi dell'assoggettamento dei trust a tale imposta in contrasto con il dato letterale. Il soggetto passivo è quindi diverso da chi pone in essere l'atto fiscalmente rilevante e l'aliquota d'imposta è differenziata in funzione del grado di parentela tra due “diversi” soggetti coinvolti, atteso che le aliquote sono tanto più basse quanto più vicine, per parentela, sono le sfere patrimoniali dei soggetti coinvolti. Se si includesse il *trustee* nei soggetti passivi, si finirebbe con rendere molto più gravosa la donazione ai familiari diretti effettuata a mezzo *trust* rispetto alla donazione diretta. Nel caso del *trust*, infatti, il *trustee* non potrebbe avere alcuna esenzione/aliquota agevolata, in mancanza di vincoli di parentela, pur essendo il trasferimento del bene diretto ad un soggetto cui invece spetterebbero per legge in ipotesi di donazione diretta. Cfr. CONTRINO, *Sulla nuova (ma in realtà inesistente) imposta sui vincoli di destinazione “creata” dalla Suprema Corte, cit.*, p. 30 e ss..

In ogni caso, sembra insuperabile l'argomento per cui il disposto normativo non cita in alcun modo il *trust* e la mancanza di riferimenti diretti all'istituto non consente di applicare l'imposta anche a quest'ultimo, atteso che il *trust* non appartiene genericamente al novero dei negozi costitutivi di vincoli di destinazione, costituendo invece una fattispecie autonoma, in cui la costituzione del vincolo di segregazione è solo una parte di un più ampio programma negoziale. Tanto è vero che il legislatore, per l'imposizione sui redditi, ha ricompreso in modo esplicito il *trust* nella categoria dei soggetti passivi di imposta.

L'esclusione del *trust* dall'ambito applicativo della norma, operata a livello esegetico dalla Cassazione più recente, risulta quindi armonica rispetto alla architettura complessiva dell'imposta e ai principi costituzionali.

3. La valorizzazione della nozione di trasferimento rapportata al trust e ai dati strutturali dell'istituto

Rispetto agli orientamenti emersi in tema di applicabilità ai *trust* dell'imposta sulle successioni e donazioni, la sentenza in esame apporta spunti di riflessione ulteriori che attengono alla stessa configurabilità del presupposto della sussistenza di un trasferimento per l'applicazione delle relative imposte.¹⁰

La lettura più recente della giurisprudenza di legittimità in tema di imposta sulle successioni e donazioni in relazione al *trust* ha evidenziato soprattutto il contrasto tra le caratteristiche dell'istituto e la struttura specifica dell'imposta stessa, struttura in cui è chiaro che il fatto economico che il legislatore ha avuto di mira, e che costituisce la *ratio* del tributo nella sua unitarietà, è l'accrescimento patrimoniale ricevuto dal beneficiario del trasferimento (a qualunque titolo realizzato, purché gratuito) o del vincolo di destinazione.¹¹ In tale ottica, si

¹⁰ Sul tema si veda FEDELE, *Il trasferimento dei beni al trustee nelle imposte indirette*, in De Renzis Sonnino - Frasoni (a cura di), *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, Milano, 2008; FRASONI, *Allargata l'imponibilità dei vincoli di destinazione*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 645 e ss..

¹¹ Lo stesso art. 49 comma 2 D.l. 3 ottobre 2006, n.242, fa riferimento al "valore dei beni o diritti attribuiti" stabilendo poi aliquote differenziate a seconda del soggetto "a favore" del quale detti beni sono attribuiti. È chiaro, quindi, che la stessa norma di legge presuppone, perché si abbia l'imposizione fiscale, che intervenga un'attribuzione patrimoniale a favore di un determinato soggetto, dando luogo ad arricchimento a favore di quest'ultimo.

considera essenziale il dato per cui il tributo rimane un'imposta di stampo patrimoniale, prelevata in occasione del trasferimenti di beni e diritti sorretto da una causa (donazione) o quantomeno da un intento liberale: non ogni atto di trasferimento a titolo gratuito va sottoposto al tributo successorio, ma solo quello che determina un arricchimento del beneficiario dello stesso e non ogni costituzione di un vincolo di destinazione comporta l'applicazione dell'imposta, ma solo quella che determina un effettivo accrescimento della sfera patrimoniale di un soggetto diverso dal disponente. Diversamente, si finirebbe col tassare una fattispecie concreta priva di capacità contributiva e, dunque, nei confronti di un soggetto estraneo a ogni forma di arricchimento.

Nell'ottica della sentenza in commento, pronunciata in relazione all'applicabilità dell'imposta di registro e delle imposte ipotecarie e catastali, nell'atto di dotazione dei beni al trust mancherebbe proprio un trasferimento tassabile.¹² Il trasferimento al *trustee* è di natura strumentale e non comporta alcuna capacità contributiva in capo al *trustee* medesimo in quanto lo stesso usa i beni in *trust* per le finalità impresse dai disponenti. I beni in *trust* non incrementano la consistenza del patrimonio personale del *trustee*, il quale ne consegue una proprietà finalizzata all'espletamento del compito che si è obbligato a svolgere.

E allora è proprio nel concetto di proprietà trasferita che è possibile individuare la chiave di volta per la definizione uniforme dell'applicabilità o meno delle imposte sui trasferimenti indipendentemente dal titolo oneroso o gratuito che caratterizza ciascuna, atteso che l'applicazione delle suddette imposte è condizionata da un

¹² Già con la sentenza n.25478 del 18 dicembre 2015, la Corte aveva chiaramente affermato che *"un siffatto trust non può essere assoggettato ad imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale al momento della sua istituzione perché allora non avviene quel trasferimento definitivo di ricchezza, rilevante quale indice rivelatore di capacità contributiva, che verrà in essere solo con l'attribuzione definitiva dei beni in trust al beneficiario"*. La Cassazione richiamava il proprio orientamento (sentenze nn. 8162/02; 8289/03; 10666/03; 21056/05, 12071/08) in tema di costituzione di un fondo patrimoniale, di cui all'art. 167 c.c., ove si era affermato che *"tale atto non è un atto traslativo a titolo oneroso, né un atto avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, né, infine, un atto avente natura meramente ricognitiva, bensì una convenzione istitutiva di un nuovo regime giuridico, diverso da quello precedente, costitutivo di beni in un patrimonio avente un vincolo di destinazione a carattere reale, in quanto teso a vincolare l'utilizzazione dei beni e dei frutti solo per assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia; sicché, quanto all'imposta di registro, il regime di tassazione di tale atto si è affermato non essere quello dell'imposta proporzionale"*.

effettivo trasferimento della titolarità del diritto immobiliare cui va ricollegata la capacità contributiva tassata.¹³

Nel caso del passaggio di beni al *trust* non vi è un effettivo trasferimento dei beni, essendo la titolarità degli stessi vincolata al programma del *trust* che il disponente ha indicato nell'atto istitutivo.

In quest'ottica è essenziale la comprensione della situazione giuridica trasferita con l'atto di dotazione del *trust*, che costituisce il riflesso del dualismo sistemico di *Common Law* ed *Equity* nel sistema d'origine dell'istituto,¹⁴ trasposto nella caratteristica scissione tra *legal title* ed *equitable interest*. Tale scissione, che non ha pari nel nostro sistema, consente al disponente di attribuire al *trustee* una posizione giuridicamente rilevante e tutelata nel sistema di *Common law*, avente ad oggetto i beni in *trust*, e, nel contempo, di destinare la sostanza economica di tali beni ad un soggetto diverso (o ad uno scopo particolare), cui compete pure una posizione giuridicamente rilevante, ma tutelata nel sistema dell'*Equity*.

Non si tratta di un diritto di proprietà, ma di una relazione, *ownership*, frutto della originalità della *law of property* del diritto inglese, che ricomprende fenomeni eterogenei e designa un insieme di diritti ed obbligazioni, che sussistono tra soggetti ed oggetti, il cui contenuto è cangiante, potendosi modulare in modo differente, secondo le diverse intenzioni del disponente. E questo perché nel sistema della *law of property*, il diritto al godimento della cosa può essere assoluto, nel senso che l'*owner* potrà liberamente utilizzare e disporre della sua proprietà,

¹³ Sul tema il Consiglio nazionale del Notariato, nello studio n.58-2010/T, ha ulteriormente evidenziato che "parrebbe dunque logico ritenere che l'applicazione delle imposte in considerazione possa essere effettuata, in misura proporzionale, solo all'atto del trasferimento "finale" tramite il quale si realizza il presupposto del tributo. Anche per l'applicazione delle imposte ipotecaria e catastale, infatti, è necessario che il presupposto d'imposta sia manifestativo di capacità contributiva, talché si comprende come in ipotesi di trasferimento di beni dal disponente al *trustee* l'arricchimento, che è presupposto del tributo fin qui considerato e, conseguentemente, anche delle imposte ipotecaria e catastale, difetti e che pertanto non appaia appropriata una imposizione della vicenda traslativa con ricorso ai criteri impositivi in misura proporzionale".

¹⁴ Per un'analisi approfondita del sistema dell'*Equity* nella letteratura straniera si vedano: BAKER, *Snell's equity*, London Sweet & Maxwell, 1990; GRIFFITH, *Understanding Equity and Trusts*, London F.P. 1987, 125; HANBURY, *The Field of Modern Equity*, in 45 LQR (1929) 199; HANBURY e MARTIN, *Modern Equity*, Sweet and Maxwell, 1997; KEETON e SHERIDAN, *A case book on Equity and trusts*, London, PBL, 1974; MAITLAND, *Equity: A course of Lectures*, Cambridge 1936; PETTIT, *Equity and the law of trusts*, London Butterwoths, 1997.

oppure potrà essere *restricted*, cioè a dire che può incontrare limitazioni più o meno ampie.

A tale ampiezza di contenuti consegue poi la possibilità di una tutela diversificata, con azioni reali o esperibili solo nei confronti di alcuni soggetti. Sicché la diversa modulazione del contenuto dell'*ownership* rende plausibile la coesistenza di due diversi profili "proprietary" sui medesimi *assets*, cioè a dire di due differenti relazioni, che hanno eterogenee forme di tutela, derivanti da una diversa fonte: il *Common Law*, per l'una, e l'*Equity*, per l'altra. Entrambe le posizioni giuridiche, tanto quella del *trustee*, quanto quella del *beneficiary*, sono tutelate tramite regole che convivono e non si escludono a vicenda ed il cui fondamento è per ciascuna di esse da ricondursi alla diversa origine e contenuto.

Il fondamento del sistema della proprietà inglese va infatti ravvisato nella nozione di *estate* ed è solo attraverso una sua corretta elaborazione che può essere compreso il concetto di *ownership* e il tipo di relazione che esso esprime. La formula, difatti, assume e/o può assumere, a seconda dei casi, una valenza proteiforme non necessariamente assimilabile al possesso, data la carenza di una stretta relazione tra titolare e cosa poiché, in siffatto contesto, ciò che rileva non sono le *res*, le cose, ma il *fund*, cioè a dire il valore delle cose.

La Convenzione dell'Aja ha tradotto questa peculiarità riconducendola al concetto di controllo e al vincolo di segregazione e non è un caso che nell'art. 2 della Convenzione manchi il riferimento al requisito del trasferimento del bene, o del diritto, dal *settlor* al *trustee*, sostituito dall'assoggettamento del *trust fund* al "controllo" da parte di quest'ultimo. La Convenzione infatti ha inteso semplicemente far riferimento ad una nozione più ampia di proprietà che rispecchia perfettamente il dinamismo che la formula *ownership* riveste nel sistema di *Common Law* i cui profili proprietari dell'*ownership* possono essere agevolmente ricondotti alla nozione di controllo.¹⁵

Stando così le cose, il riconoscimento del *trust* e l'introduzione dello stesso nel

¹⁵ Sulla relazione tra proprietà e controllo vedi anche BALLARINO, (voce) *Diritti reali (diritto internazionale privato)*, in Enc. dir., Agg. III, Milano 1999, p. 514.

nostro sistema comportano il rispetto dei suoi elementi essenziali così come definiti e recepiti, sicché è evidente che non sussiste alcuna connessione tra l'attribuzione dell'*ownership* al *trustee* e il trasferimento oggetto delle imposte relative nel nostro sistema e cui è riconnessa la capacità economica colpita dai tributi.

Adottando questa chiave di lettura, non vi sono margini per l'applicazione in misura proporzionale delle imposte sui trasferimenti e la trascrivibilità del vincolo di destinazione serve a realizzare il consueto effetto di opponibilità ai terzi del rapporto a base dell'attribuzione al *trustee*.

La stessa natura dei diritti attribuiti al *trust*, interpretata in base alle caratteristiche peculiari dell'istituto come delineati nel sistema di origine e recepiti in ambito internazionale e interno, consentono di delineare una chiara soluzione delle questioni applicative dubbie, uniforme in ragione della carenza del presupposto comune a tutte, ovvero la stessa realizzazione di un trasferimento tassabile.

IMPOSTA REGISTRO - Applicazione dell'imposta - Trasferimento di beni in "trust" - Applicazione delle imposte in misura fissa - Ragioni

MASSIMA: il trasferimento del bene dal "settlor" al "trustee" avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non ne comporta l'attribuzione definitiva allo stesso, che è tenuto solo ad amministrarlo ed a custodirlo, in regime di segregazione

patrimoniale, in funzione del suo ritrasferimento ai beneficiari del "trust": detto atto, pertanto, è soggetto a tassazione in misura fissa, sia per quanto attiene all'imposta di registro che alle imposte ipotecaria e catastale.

Sentenza n.975 del 17 gennaio 2018 (ud. 20 dicembre 2017) della Cassazione Civile, Sez. V

Pres. CHINDEMI Domenico - Est. DE MASI Oronzo

IMPOSTA REGISTRO - In genere

VENDITA - Vendite speciali - di immobili

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CHINDEMI Domenico - Presidente -

Dott. LOMBARDO Luigi Giovanni - Consigliere - Dott. DE MASI Oronzo

- rel. Consigliere - Dott. STALLA Giacomo Maria -

Consigliere -

Dott. BALSAMO Milena - Consigliere - ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 29566/2010 proposto da:

B.L., G.D., elettivamente domiciliate in ROMA VIA IPPONIO 8, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO FERRI, che le rappresenta e difende giusta delega a margine;

- ricorrenti -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA

DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende;

- controricorrente -

avverso la sentenza n.650/2009 della COMM. TRIB. REG. SEZ. DIST. di LATINA, depositata il 20/10/2009;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/12/2017 dal Consigliere Dott. ORONZO DE MASI;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DEL CORE Sergio, che ha concluso per il rigetto dei primi due motivi di ricorso, accoglimento del terzo e del quinto, assorbito il quarto motivo;
udito per le ricorrenti l'Avvocato FERRI che ha chiesto il rigetto.

FATTI DI CAUSA

La controversia promossa da B.L., in qualità di trustee e disponente, nonché da G.D., in qualità di guardiano del Trust Giodar, nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, avente ad oggetto l'impugnazione dell'avviso di rettifica e liquidazione dell'imposta suppletiva di registro, ipotecaria e catastale, relativamente all'atto di trasferimento di un fabbricato, a rogito del notaio D.S., stipulato il 12/2/2003 e registrato il 03/03/2003, è stata definita con la sentenza in epigrafe, recante l'accoglimento dell'appello erariale e, per l'effetto, la riforma della decisione di primo grado, che aveva invece annullato il provvedimento impositivo.

La C.T.R. del Lazio rileva che, nel caso di specie, "si è in presenza di un trasferimento di proprietà non sottoposto ad alcun obbligo di amministrazione, corretta gestione e restituzione in un tempo prefissato", per cui "mancano... tutti gli elementi per l'individuazione di un negozio fiduciario che è proprio della nozione di trust", e che "va quindi applicato all'atto di trasferimento in esame l'art. 9 della tariffa, parte prima, allegata al DPR n.131 del 1986, che tassa nella misura proporzionale del 3%" siffatta tipologia di negozi.

Le contribuenti ricorrono per ottenere la cassazione della sentenza con cinque motivi, cui l'intimata Agenzia delle Entrate resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le ricorrenti deducono, con il primo motivo di impugnazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., n.3, violazione del D.Lgs. n.546 del 1992, art. 53, comma 2, art. 22, comma 2 e art. 61, inammissibilità dell'appello, notificato a mezzo del servizio postale, per omesso deposito della copia dell'atto notificato presso l'Ufficio di segreteria della C.T.P. di Frosinone, questione rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, con il secondo motivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., n.3, violazione del D.Lgs. n.546 del 1992, art. 53, comma 2 e art. 22, commi 2 e 3, inammissibilità dell'appello, in quanto la parte appellante deve rendere la dichiarazione di conformità dell'atto depositato presso la Commissione adita rispetto a quello notificato a mezzo posta, e nel caso di specie tale adempimento effettuato dall'Ufficio, questione anch'essa rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, con il terzo motivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., n.5, omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in quanto la C.T.R. ha ritenuto l'esistenza di un "trasferimento di proprietà non sottoposto ad alcun obbligo di amministrazione, corretta gestione e restituzione in un tempo prefissato", senza che fosse stato depositato in giudizio il relativo atto, a rogito del notaio D.S., costituente il presupposto della pretesa impositiva, sicchè si

tratta di una motivazione apparente, del tutto disancorata dalla fattispecie concreta, con il quarto motivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., n.3, violazione del D.Lgs. n.546 del 1992, art. 1, comma 2 e art. 7, comma 1 e del principio dispositivo delle prove, in quanto anche nel processo tributario il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, con il quinto motivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., n.3, violazione dell'art. 23 Cost., DPR n.131 del 1986, art. 20, artt. 9 e 11 tariffa, parte prima, DPR n.131 del 1986, in quanto il trasferimento degli immobili dal Trust Giodar al Trust H.L.C. e per esso al trustee s.r.l. Beni stabili Trust Company, in esecuzione dello scopo del trust, non comporta un corrispondente arricchimento del patrimonio del trustee, e che se, ai sensi del DPR n.131 del 1986, art. 20, disposizione richiamata dall'Ufficio, l'imposizione deve avere riguardo alla intrinseca natura ed agli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo, allora non può non assumere rilievo decisivo la circostanza che si tratta di un atto con effetto di segregazione di beni e che il trustee non è il destinatario finale degli stessi.

La prima censura va disattesa in quanto la copia dell'atto di appello dell'Agenzia delle Entrate, notificato a mezzo del servizio postale, risulta depositata in data 19/12/2007, presso la segreteria della C.T.P. di Frosinone che ha pronunciato la sentenza impugnata, per cui il gravame non è inammissibile, ai sensi del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n.546, art. 53, comma 2, seconda parte (nel testo modificato dal D.L. 30 settembre 2005, n.203, art. 3 bis, convertito, con modificazioni, in L. 2 dicembre 2005, n.248).

La seconda censura va disattesa in quanto, in tema di contenzioso tributario, il D.Lgs. n.546 del 1992, art. 22, comma 3 - richiamato, per il giudizio d'appello, dal successivo art. 53 - va interpretato nel senso che costituisce causa di inammissibilità del ricorso o dell'appello non la mancanza di attestazione, da parte del ricorrente, della conformità tra l'atto depositato e quello notificato, ma solo la loro effettiva difformità, accertabile d'ufficio in caso di omissione dell'attestazione (Cass. n.27494/2014).

Le censure contenute nel terzo, quarto e quinto motivo di ricorso, scrutinabili congiuntamente in quanto strettamente connesse, vanno accolte per le ragioni di seguito riportate.

Assumono le ricorrenti che l'atto di trasferimento degli immobili per cui è causa, per rogito del notaio D.S., tra il Trust Giodar, in persona della B., disponente, e della G., nella qualità di guardiano, ed il Trust H.L.C., e per esso al trustee s.r.l. Beni stabili Trust Company, è stato stipulato "in esecuzione dello scopo del Trust Giodar", e che si tratta di negozio giuridico suscettibile nella fattispecie prevista dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla L. 16 ottobre 1989, n.364, l'unica applicabile non esistendo all'epoca una disciplina nazionale dell'istituto (l'imposta sulla costituzione dei vincoli di destinazione è stata introdotta dal D.L. n.262 del 2006, art. 2, comma 47), in ragione dell'obbligo per il trustee di custodia dei beni caduti in trust, i quali, per effetto della segregazione, sono rimasti distinti e separati da quelli del trustee e del disponente.

Pertanto, il regime di tassazione di tale atto non può essere quello dell'imposta proporzionale di cui all'art. 1 (atti traslativi a titolo oneroso), art. 9 (atti diversi, aventi

ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale), e art. 3 (atti di natura dichiarativa) della tariffa, parte prima, allegata al DPR n.131 del 1986, ma quello della categoria residuale, disciplinata dall'art. 11 della tariffa stessa, con conseguente applicabilità, nella specie, dell'imposta nella misura fissa ivi indicata.

Affermano ancora le ricorrenti (cfr. controdeduzioni con appello incidentale) che l'atto istitutivo del Trust Giodar, all'art. 6, stabilisce chi sono i beneficiari, e le quote a ciascuno di essi spettanti, disciplinando anche il caso di loro mancanza o premorienza, nonché, all'art. 9, il momento di inizio della distribuzione dei beni, per cui sarebbe una forzatura anticipare imposizione fiscale al trasferimento verso il trustee, dovendo viceversa farsi riferimento al rapporto tra disponente e beneficiario, al momento cioè dell'attribuzione dei beni ai beneficiari, perchè è in quel momento che il trasferimento dei beni medesimi, indice dalla capacità contributiva, diviene effettivo e definitivo. La contraria soluzione sostenuta dall'Amministrazione finanziaria, anche nei documenti di prassi, si basa sull'argomento che il passaggio di proprietà dei beni o diritti dal settlor al trustee configura un vero e proprio atto dispositivo a contenuto patrimoniale, carattere che non è escluso dalla mancanza del requisito della onerosità e che giustifica la pretesa impositiva, trovando applicazione l'imposta di registro in misura proporzionale, sulla base delle aliquote stabilite per i singoli beni trasferiti.

Questa Corte ha avuto modo di osservare che "L'art. 9 della tariffa, parte 1^a, rappresenta una clausola di chiusura finalizzata a disciplinare tutte le fattispecie fiscalmente rilevanti, diverse da quelle indicate nelle restanti disposizioni, purchè però onerose, e in questo specifico senso aventi un contenuto patrimoniale. Questo è del tutto ovvio perché la norma non può essere intesa in modo dissociato dal contesto del DPR n.131 del 1986, art. 43, comma 1, che fissa la base imponibile dell'imposta prevedendola (v. lett. h), per le "prestazioni a contenuto patrimoniale", nell'ammontare "dei corrispettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del contratto". Il che rappresenta limpida dimostrazione del fatto che, ai sensi dell'art. 9 della tariffa, la prestazione "a contenuto patrimoniale" è la prestazione onerosa." (Cass. n.25478/2015).

Alla luce del principio che precede, quindi, è errata l'affermazione dell'Agenzia delle Entrate per cui il trasferimento dei beni in trust, pur non avendo natura onerosa, deveritenersi operazione di carattere patrimoniale, come tale comunque assoggettabile, sin da subito, ad imposta, nella misura proporzionale del 3% ex art. 9 della tariffa allegata al DPR n.131 del 1986.

Quanto detto vale anche per le imposte ipotecaria e catastale, giacché va ricordato che l'atto soggetto a trascrizione, ma non produttivo di effetto traslativo in senso proprio (id est, definitivo), postula l'applicazione di dette imposte in misura fissa (D.Lgs. n.347 del 1990, art. 1 e art. 4 dell'allegata tariffa, quanto all'ipotecaria; art. 10, comma 2, del D.Lgs. cit., quanto alla catastale).

Orbene, nella sentenza impugnata, a confutazione della tesi sostenuta dalle contribuenti circa l'applicabilità dell'art. 11 della tariffa si attribuisce decisivo rilievo alla insussistenza, nella fattispecie negoziale de qua, di un passaggio di beni o diritti (trust fund), dal disponente (settlor), sotto il controllo di un "amministratore" (trustee), al fine di gestirli nell'interesse di uno o più beneficiari (beneficiaries) in

ragione del perseguimento della finalità istitutiva del Trust Giodar, stante la mancata previsione, in capo al dichiarato trustee, di un "obbligo di restituzione in un tempo prefissato" della dotazione patrimoniale, costituita da beni immobili, in grado di manifestare la natura interinale degli effetti traslativi, l'effetto di segregazione degli stessi beni per la realizzazione della predetta finalità, il carattere propriamente fiduciario dei compiti assunti dall' "amministratore", in conformità della volontà espressa dal disponente.

Com'è stato precisato da questa Corte, "l'interpretazione del contratto, traducendosi in una operazione di accertamento della volontà dei contraenti, si risolve in una indagine di fatto riservata al giudice di merito, censurabile in cassazione, oltre che per violazione delle regole ermeneutiche, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n.3, per inadeguatezza della motivazione, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n.5, nella formulazione antecedente alla novella di cui al D.L. n.83 del 2012, oppure - nel vigore della novellato testo di detta norma - nella ipotesi di omesso esame di un fatto decisivo e oggetto di discussione tra le parti" (Cass. n.14355/2016).

E la motivazione della sentenza impugnata si appalesa censurabile in quanto la soluzione offerta alla questione fiscale, che necessariamente involge l'interpretazione del contratto tassato, così come l'accertamento e la valutazione della natura onerosa o meno della prestazione in esso dedotta dalle parti contraenti, si basa sulla rilevata assenza di pattuizioni concernenti l'assunzione, da parte del trustee (Beni Stabili Trust s.r.l. trustee di H.L.C. Trust) degli obblighi di amministrazione e di ritrasferimento dei beni in questione, e dunque sulla ritenuta assenza di transitorietà del trasferimento medesimo, profilo quest'ultimo che indefettibilmente caratterizza lo schema negoziale del trust, ed in ragione del quale l'atto si può considerare non immediatamente produttivo di effetti traslativi in senso proprio, dal momento che sono tali solo quelli finali, costituenti il presupposto dell'imposta di registro, prima mancando l'elemento fondamentale dell'attribuzione definitiva dei beni al soggetto beneficiario.

Il trasferimento dei beni al trustee avviene, infatti, a titolo gratuito, non essendovi alcun corrispettivo, ed il disponente non intende arricchire il trustee, ma vuole che quest'ultimo li gestisca in favore dei beneficiari, segregandoli per la realizzazione dello scopo indicato nell'atto istitutivo del trust, per cui l'intestazione dei beni al trustee deve ritenersi, fino allo scioglimento del trust, solo momentanea.

La decisione impugnata, tuttavia, si riduce ad una serie di affermazioni apodittiche, che costituiscono motivazione apparente, atteso che il Giudice di appello non spiega sulla base di quali elementi concreti abbia ritenuto il trasferimento dei beni per cui è causa non riconducibile allo schema negoziale del trust, mancando qualsivoglia riferimento alle pattuizioni esaminate, avuto riguardo sia al contratto di cui al rogito del notaio D.S., sia alla scrittura privata, autenticata nelle firme, istitutiva del Trust Giodar, documenti cui pure si fa cenno negli scritti difensivi.

Va considerato, inoltre, che la fattispecie in esame ratione temporis non è disciplinata dal D.L. n.262 del 2006, art. 2, commi 47 e 49, convertito con modificazioni dalla L. n.286 del 2006, che reintroducendo l'imposta sulle donazioni e successioni (viene espressamente richiamato il D.Lgs. n.346 del 1990)

assoggetta all'imposta anche la "costituzione di vincoli di destinazione di beni".

Devono essere, in conclusione, accolti i suesposti motivi di ricorso, e la sentenza impugnata va cassata con rinvio della causa alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio, in diversa composizione, la quale provvederà a porre rimedio al rilevato difetto motivazionale, applicando i principi che precedono, e regolerà le spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

LA CORTE accoglie il terzo, quarto e quinto motivo di ricorso, rigetta il primo ed il secondo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 20 dicembre 2017. Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2018.

Il paradigma della sinteticità degli atti giudiziari. Applicabilità al processo tributario?

di Nicola Durante

Pres. Sezione T.A.R. Calabria

Pres. Sezione C.T.P. di Cosenza

ABSTRACT

The paper moves from an analysis of the concept of conciseness, in relation to the proceedings of the process, to be evaluated in strict correlation with the concept of clarity, in view of the pursuit of the objective of effectiveness of judicial protection, which is the guideline value inspires the Italian Constitution, in art. 24, paragraph 2 ("defense is an inviolable right in every state and degree of the procedure") and in art. 111, paragraph 2 ("every trial takes place in the adversarial between the parties, on an equal footing, before a third and impartial judge. The law ensures its reasonable duration").

In this context, it examines the directives and the memorandums of understanding recently reached on the matter, by the Supreme Magistrates and the Boards of Attorneys, as well as the jurisprudence formed before and after the latter, to reach the conclusion that the inadmissibility of a defensive act can not, as a rule, derive from the violation of the obligation of brevity, when it does not also contravene the duty of clarity. These considerations are then transposed into the system of the tax process.

SINTESI

Lo scritto muove da una analisi del concetto di sinteticità, in rapporto agli atti del processo, da valutarsi in stretta correlazione con il concetto di chiarezza, in vista del perseguimento dell'obiettivo di effettività della tutela giurisdizionale, che è il valore-guida cui si ispira la Costituzione italiana, all'art. 24, comma 2 ("la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"), e all'art. 111, comma 2 ("ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata").

In questo contesto, prende in esame le direttive ed i protocolli di intesa recentemente intervenuti in materia, ad opera delle Supreme Magistrature e degli Organi dell'Avvocatura, nonché la giurisprudenza formatasi prima e dopo questi ultimi, per pervenire alla conclusione secondo cui l'inammissibilità di un atto difensivo non può, di regola, derivare dalla violazione dell'obbligo di sinteticità, quando non si contravvenga pure al dovere di chiarezza. Tali considerazioni vengono, quindi, trasposte nel sistema del processo tributario.

SOMMARIO: 1. Sinteticità degli atti di parte – 2. Sinteticità degli atti del giudice

1. Sinteticità degli atti di parte

Talatamente, la sinteticità degli atti non è considerata un fine del processo, quanto, piuttosto, un mezzo attraverso cui concorrere a realizzare l'obiettivo di effettività della tutela giurisdizionale, che è il valore-guida cui si ispira la Costituzione italiana, all'art. 24, comma 2 (*"la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"*) e all'art. 111, comma 2 (*"ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"*).

Pertanto, nel nostro sistema processuale, l'utilità della redazione sintetica dei documenti del giudizio, prescritta in varie disposizioni codicistiche,¹⁶ è da sempre letta alla luce della sua funzione servente in vista dell'attuazione del *giusto processo*, ossia del modulo processuale che, più di altri, garantisca la tutela effettiva delle posizioni giuridiche soggettive delle parti.

In questi termini, si è autorevolmente affermato che, tra l'esigenza di una giustizia *efficiente* – che viene fatta discendere dal principio di "ragionevole durata del processo" – e l'esigenza della tutela *effettiva*, non deve sussistere alcun contrasto, neppure potenziale.¹⁷

Perché ciò accada, è necessario che, accanto all'onere della sinteticità, si richieda anche un eguale onere di chiarezza:¹⁸ è solo l'atto *sintetico e chiaro* che, in contrapposizione a quello *ridondante e oscuro*, rende possibile il contraddittorio effettivo tra le parti, favorendo una risposta giudiziaria soddisfacente alla domanda di tutela da esse avanzata.¹⁹

¹⁶ Si vedano, tra tutti: gli artt. 132, 134 e 366, comma 1, n.3, c.p.c., gli art. 46 e 118 disp. att. c.p.c.; gli artt. 3, comma 2, 40, comma 1, lett. c), 74, 88, comma 1, lett. d), c.p.a.; l'art. 546 c.p.p.; l'art. 36, comma 2, n.2) e 4), d.lgs. n.546/1992.

¹⁷ I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. Diritto*, Annali, X, Milano 2017, pag. 374.

¹⁸ R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, 2016, pag. 6, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione studi e contributi.

¹⁹ Sulla diversa portata processuale dei concetti di sinteticità e chiarezza, si veda G.P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti processuali*, 2012, pag. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione studi e contributi, secondo cui «la chiarezza si riferisce all'ordine dell'esposizione delle questioni e al linguaggio da usare. La sintesi invece si riferisce al processo logico o, se si vuole, alla forma conoscitiva contrapposta all'analisi, che, partendo dal semplice e arrivando al complesso, riduce l'insieme di nozioni e concetti diversi ad un'unità essenziale, portando ad una conclusione unitaria. Essa postula sul piano linguistico un'esposizione breve e, appunto, essenziale. Realizzare una motivazione chiara e sintetica presuppone alcune

Per tale ragione, la dottrina prevalente configura il principio di sinteticità alla stregua di un precetto sguarnito di sanzione, denotando una tendenzialmente contrarietà all'introduzione di norme intese a comminare pene processuali, specie di una certa rilevanza, a causa delle dimensioni sovrabbondanti dell'atto di parte,²⁰ alla stessa maniera di quanto accade in taluni ordinamenti processuali, esteri²¹ o internazionali.²²

D'altronde, anche in giurisprudenza, è stato opportunamente segnalato come «l'essenza della sinteticità, prescritta dal codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola. La sinteticità è, cioè, un concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto – ricorso, memoria o, infine, sentenza – chiamato ad esaminarle».²³

Tant'è che, di regola, la produzione di difese eccessivamente prolisse può tutt'al più incidere ai fini della regolazione delle spese del processo, come testualmente previsto dall'art. 26, comma 1, c.p.a., in base al quale il giudice provvede “*tenendo*

precondizioni: la conoscenza approfondita degli atti di causa e delle questioni da decidere; la comprensione di ciò che il ricorrente in realtà vuole dall'amministrazione (il c.d. bene della vita); sapere per chi si scrive (per gli stessi giudici, per la collettività, per le parti in causa)».

²⁰ I. PAGNI, *op. cit.*, pag. 375: «le prescrizioni che impongono che i provvedimenti del giudice e gli atti delle parti siano redatti in maniera sintetica hanno senso... nei limiti in cui con esse si vuole garantire quella chiarezza che sarebbe difficile da assicurare con sanzioni di qualsiasi tipo. Non invece quando la sinteticità si declina unicamente in regole volte a imporre limiti dimensionali, che seppure intese ad assicurare l'esigenza di un processo di durata ragionevole, finiscono per mortificare quel patrimonio di cultura del nostro processo che è fatto di retorica ed argomentazione».

²¹ L'art. 132 del riformato codice di procedura civile elvetico prevedeva l'inammissibilità degli atti processuali illeggibili, sconvenienti, incomprensibili o prolissi. Nell'ordinamento statunitense, la *Rule 33* delle *Rules of the Supreme Court of the United States* regola in modo minuzioso i criteri redazionali degli atti processuali, prescrivendo la disciplina per il tipo di carta, il formato del foglio, i colori ammessi, i caratteri tipografici impiegabili, nonché il limite di parole e di pagine utilizzabile per ogni tipologia di atto processuale,

²² L'art. 58 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia e del Tribunale dell'Unione europea prevede che sia stabilita, con atto del giudice, la lunghezza massima degli atti processuali, in genere oscillante tra le cinque e le quindici pagine, avuto riguardo dei criteri redazionali, della struttura, del lessico e della sintassi. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel prescrivere le modalità di stesura degli scritti difensivi, fissa in circa dieci pagine la lunghezza massima dei ricorsi, consentendo il superamento di tale limite solo in casi eccezionali.

²³ Cons. Stato, Sez. III, 12 giugno 2015, n.2900.

anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3, comma 2".

Similmente, la nota n.4 del Protocollo di intesa tra la Corte di cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense, sulle regole redazionali dei ricorsi in materia penale, civile e tributaria, avverte che l'inosservanza del Protocollo può essere assunta come criterio ai fini della liquidazione delle spese giudiziali.

Che trattasi di norma *minus quam perfecta* è opinione anche della Suprema Corte, secondo cui, pur assurgendo a principio generale del diritto processuale,²⁴ «il principio di sinteticità degli atti processuali non è tuttavia assistito da una specifica sanzione processuale, cosicché l'incontinenza espositiva – pur quando assuma... caratteri di manifesta eccessività – non può determinare, di per se stessa, l'inammissibilità del ricorso per cassazione».²⁵

Donde, «l'auspicabile obiettivo di un processo (anche) di legittimità introdotto da atti chiari e sintetici, che deducano con immediatezza e nitore concettuale tutto quello che serve per decidere e solo quello che serve per decidere, non può esser raggiunto, a legislazione invariata, senza il volontario coinvolgimento dell'Avvocatura, perseguibile con tecniche di *soft law* e fondato sull'utilità che ciascun attore del processo può trarre dalla modifica delle proprie abitudini professionali (in tale prospettiva si muove, del resto, il protocollo Cassazione/Consiglio nazionale forense del 17 dicembre 2015».

Solo quando, oltre al dovere di sinteticità, si contravvenga anche al dovere di chiarezza, la parte si espone al rischio di declaratoria d'inammissibilità dell'atto difensivo (in ispecie, del ricorso per cassazione): «detta violazione, infatti, rischia di pregiudicare la intelligibilità delle questioni sottoposte all'esame della Corte, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata e quindi, in definitiva, ridondando nella violazione delle prescrizioni, queste sì assistite da una sanzione testuale di inammissibilità, di cui

²⁴ Cass. civ., Sez. I, 13 aprile 2017 n.9570.

²⁵ Da ultimo, Cass. civ., Sez. II, 20 ottobre 2016 n.21297, con nota a commento di F. DE STEFANO, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità*, in www.questionegiustizia.it, 2016.

ai nn.3 e 4 dell'art. 366 c.p.c.».²⁶

La Suprema Corte, in altre parole, pur a fronte di una norma come l'art. 366, n.3), c.p.c. – che riconnette direttamente l'inammissibilità del ricorso per cassazione alla mancata *“esposizione sommaria dei fatti della causa”* – richiede sempre, ai fini dell'operatività della sanzione, un supplemento trasgressivo: non basta, cioè, che l'atto si qualifichi per un'esposizione non *sommaria*, ma esso deve anche essere inintelligibile, oscuro, perplesso; risultando, per converso, perfettamente valido l'atto prolisso, sovrabbondante ed ultroneo, ma, ciononostante, chiaro, intellegibile, logico e coerente.

E la dimostrazione più evidente che il valore dell'effettività della tutela giurisdizionale non passa attraverso la sinteticità, ma attraverso la chiarezza dell'atto processuale, la si ottiene guardando la fattispecie dall'angolazione inversa: il ricorso per cassazione (troppo) sintetico, ma non adeguatamente chiaro è inammissibile, per violazione dell'onere di specificità, di cui all'art. 366, n.4) e n.6), c.p.c..

Nondimeno, nel sistema processuale amministrativo, le predette conclusioni devono essere rivisitate, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 13-ter dell'allegato 2 del codice del processo amministrativo (rubricato *“criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte”*)²⁷ che, nella sua stesura vigente, così recita:

- *“al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza... le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato...”* (comma 1);

- *“nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto”* (comma 2);

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Modificato, da ultimo, dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016 n.168, convertito, con modifiche, dalla legge 25 ottobre 2016 n.197.

- “con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti” (comma 3);

- “il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione” (comma 5).

Pertanto, con decreto del Presidente Consiglio di Stato 16 ottobre 2017 n.127²⁸ sono stati previsti precisi criteri e limiti dimensionali per gli atti di parte, diversificati a seconda del tipo di atto e del rito.²⁹

La scelta legislativa operata in sede amministrativa rappresenta un *unicum* nella realtà processuale italiana,³⁰ che capovolge l'impostazione sinora seguita dalle Corti giurisdizionali, secondo cui è semmai la trasgressione dell'obbligo di chiarezza (nella misura in cui rende inintelligibili le questioni proposte) a determinare conseguenze nefaste per l'atto di parte; giammai la trasgressione dell'obbligo di sinteticità.

Al contrario, la disposizione in parola – pur riproponendo, nel titolo, l'endiadi virtuosa “sinteticità e chiarezza” – finisce, nella sostanza, per far dipendere la parziale *inesaminabilità*³¹ di un atto di parte, dal mero superamento di una soglia dimensionale prestabilita, a prescindere da ogni valutazione circa l'esistenza di una violazione (anche) dell'obbligo di chiarezza.

Ad ogni modo, con elettivo riferimento al tema dell'intervento odierno, occorre

²⁸ Pubblicato in Gazz. uff., serie gen., 25 ottobre 2017 n.250.

²⁹ Tra questi: per l'atto introduttivo si va dai 30.000 caratteri (15 pagine circa), se il deposito è relativo a riti speciali, ai 70.000 caratteri (35 pagine circa) se il deposito è relativo al rito appalti; nel conteggio del numero massimo dei caratteri non si computano gli spazi; gli atti sono ordinariamente redatti sull'equivalente digitale di foglio A4; devono essere utilizzati caratteri di tipo corrente e di agevole lettura (ad es., *Times New Roman, Courier, Garamond*) e preferibilmente di dimensioni di 14 pt, con un'interlinea di 1,5 e margini orizzontali e verticali di cm. 2,5 (in alto, in basso, a sinistra e a destra della pagina); non sono consentite note a piè di pagina.

³⁰ In realtà, la norma vanta un antesignano nell'art. 40, comma 1, lett. a), d.l. 24 giugno 2014 n.90, convertito, con modifiche, dalla legge 11 agosto 2014 n.114, che aveva aggiunto, all'art. 120, comma 6, c.p.a., in materia di rito sui pubblici appalti, un periodo (poi soppresso dalla novella del 2016) che imponeva alle parti di contenere le dimensioni dei loro atti nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, a pena della non valutabilità dell'eccedente.

³¹ In particolare, la violazione dell'obbligo dimensionale non genera l'inammissibilità dell'intero atto, ma solo «il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare» (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2018 n.2190).

precisare che tale innovazione processuale non è idonea ad influenzare il processo tributario, dove, pur vigendo il canone di sinteticità per gli atti di parte,³² opera il rinvio esterno alle regole del processo civile, di cui all'art. 49 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n.546.

2. Sinteticità degli atti del giudice

La necessità di rendere sintetica la motivazione del provvedimento giurisdizionale, nel rispetto delle norme che lo prescrivono (*in primis*, l'art. 132, comma 2, n.4, c.p.c. e l'art. 118 disp. att. c.p.c.), è stata avvertita e consacrata, anzitutto, da apposite direttive del Presidente della Corte di cassazione, la prima delle quali risale all'anno 2011 e riguarda le sentenze ed ordinanze civili.³³

Successivamente, per ovviare alle stesse esigenze, in data 17 dicembre 2015, tra la Corte di cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense, è stato sottoscritto un Protocollo di intesa sulle regole redazionali dei ricorsi in materia penale, civile e tributaria.³⁴

Alla prima direttiva hanno fatto seguito altre due, nel corso dell'anno 2016, in tema di semplificazione della motivazione delle sentenze penali³⁵ e civili³⁶ della Suprema Corte.

Detti atti di indirizzo sono stati poi estesi alle giurisdizioni di merito, mediante una direttiva del 7 ottobre 2016, indirizzata ai Presidenti delle Corti di appello, con cui il Presidente della Corte di cassazione ha espresso «l'auspicio che tali modelli possano dare un concreto contributo anche all'opera dei magistrati degli Uffici di merito, in modo da consentire non solo l'accelerazione dei tempi della giustizia, ma anche una migliore comprensione delle sentenze di tutti giudici da parte dei cittadini».

³² Trattandosi di un «principio generale del diritto processuale», come lo definisce Cass. civ., Sez. I, 13 aprile 2017 n.9570.

³³ Decreto del Presidente della Corte di Cassazione 22 marzo 2011 n.27.

³⁴ In http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/2015_ProtocolloIntesa_CSC_CNF_Civile.pdf.

³⁵ Decreto del Presidente della Corte di Cassazione 28 aprile 2016 n.68.

³⁶ Decreto del Presidente della Corte di Cassazione 14 settembre 2016 n.136.

Con decreti del Ministro della giustizia del 9 febbraio 2016, del 28 luglio 2016 e del 19 ottobre 2016, è stato quindi costituito un gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, che ha elaborato un'articolata relazione, depositata in data 1° dicembre 2016, contenente anche proposte di modifica normativa.³⁷

Infine, in data 15 dicembre 2016, è stato sottoscritto un Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione, il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura Generale dello Stato, sull'applicazione del nuovo rito civile.³⁸

Trattasi, all'evidenza, di strumenti tutti non vincolanti, inquadrabili tra «le tecniche di *soft law* e fondati sull'utilità che ciascun attore del processo può trarre dalla modifica delle proprie abitudini professionali»,³⁹ di modo che, «se non si rispetta il modello, il ricorso non può per ciò solo essere dichiarato inammissibile..., atteso che il Protocollo non può fare aggio sul codice di rito e, quindi, sulla legge: poiché la legge non detta limiti dimensionali, il Protocollo non li può imporre, ma solo suggerire...»; viceversa, «l'inosservanza del Protocollo potrà essere assunta come criterio ai fini della liquidazione delle spese giudiziali tanto a favore di chi ha ragione quanto a carico di chi ha torto e, dunque, ai fini di una liquidazione verso il massimo o verso il minimo».⁴⁰

Quanto al processo tributario, l'obbligo del giudice di rispettare i criteri di sinteticità è contenuto all'art. 36, comma 2, nn. 2) e 4), del d.lgs. 31 dicembre 1992 n.546.

Il principale precipitato di tale regola è rappresentato dalla facoltà di definire la

³⁷ In <http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-sulla-sinteticita-atti-processuali.pdf>.

³⁸ In <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/219809/Protocollo+Cassazione%2C+CNF%2C+Avv.+Generale+dello+stato+su+nuovo+rito+civile+in+cassazione/80ca8ba5-70ae-49f3-96f5-364015c8a8d4>.

³⁹ Cass. civ., Sez. II, 20 ottobre 2016, n.21297.

⁴⁰ R. FRASCA, *Glosse e commenti sul Protocollo per la redazione dei ricorsi civili convenuto fra Corte di Cassazione e Consiglio Nazionale Forense*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/Frasca.pdf>; per un inquadramento sistematico, si veda C. CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (...a rotta di collo ossia riponderato quale hard rule?)*, in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Intervento_Prof_Claudio_Consolo.pdf.

lite sulla scorta della “ragione più liquida”.

Tale principio, desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., consente all’organo giudicante di sostituire, al tradizionale ordine delle questioni da trattare, il profilo dell’evidenza processuale, in una prospettiva aderente alle esigenze di economia e di celerità del giudizio; con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione – anche se logicamente subordinata – senza che sia necessario esaminare previamente le altre.

In tal caso, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo, di cui all’art. 111 Cost., alla stregua del quale deve essere interpretato l’art. 276 c.p.c., impone, in presenza di un’evidente ragione d’inammissibilità del ricorso o di una manifesta infondatezza dello stesso, di definire con immediatezza il procedimento, anche senza procedere alla preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di attività processuale del tutto ininfluyente sull’esito del giudizio.⁴¹

Qualche precisazione deve tuttavia essere svolta, in relazione alle conseguenze processuali che possono derivare da un provvedimento *troppo* sintetico.

Di regola, l’eccessiva sintesi delle argomentazioni fondanti la decisione (ad es., la motivazione *per relationem*) o, addirittura, l’utilizzo del sistema del c.d. *copiaincolla*, non determinano la nullità della sentenza, a patto che le ragioni della decisione siano, in ogni caso, attribuibili all’organo giudicante e risultino in modo chiaro, univoco ed esaustivo.

Il problema si pone, viceversa, con riferimento alle sentenze, la cui motivazione si limiti a richiamare, o copiare, il contenuto di atti di parte, di altri atti processuali o di provvedimenti giudiziari, senza niente aggiungervi.

A tal proposito, la Suprema Corte ha ritenuto che «non può... essere considerata “motivazione” la mera adesione acritica da parte del giudice alla sentenza di primo grado, dovendo il giudice fornire, anche sinteticamente, le ragioni per le quali le altrui tesi sono seguite, sussistendo in caso contrario la nullità della sentenza per carenza di motivazione».

⁴¹ Cass. civ., Sez. un., 8 maggio 2014, n.9936, e Sez. III, 8 marzo 2017, n.5805.

Ciò in quanto «la carenza, nell'impianto motivazionale della sentenza, di alcuno dei momenti logici necessari configura un *vulnus* al principio generale, secondo cui tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 6; vizio che può spaziare, secondo la gravità, dall'insufficienza logica ai sensi dell'art. 360, comma 1, n.5), c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal D.l. n.83 del 2012 all'art. 54, comma 1, lett. b, convertito in l. n.134 del 2012), fino alla totale difformità della sentenza dal modello legale per assenza dell'indicato requisito essenziale, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n.4), c.p.c., in relazione all'art. 132, comma 2, n.4), c.p.c. e art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c.».⁴²

Tuttavia, mentre il ravvisarsi del vizio nel grado di cassazione comporta la rimessione del giudizio al giudice di merito, così non è, quando lo stesso vizio sia riscontrato in grado di appello, posto che, alla declaratoria di nullità, dovrà seguire la rinnovazione della motivazione, non ricadendosi nelle ipotesi tassativamente disciplinate dall'art. 354 c.p.c., ai fini della restituzione della causa al primo giudice.⁴³

Lo stesso vale, ovviamente, per il processo tributario, dove vige l'art. 59 del d.lgs. 31 dicembre 1992 n.546.⁴⁴

Per incidens, va osservato che la possibilità di rimettere la causa al primo giudice, nelle medesime ipotesi, è tuttora controversa nel processo amministrativo, come illustrato da una recente ordinanza del Consiglio di Stato.⁴⁵

⁴² Cass. civ., Sez. un., 16 gennaio 2015, n.642, e Sez. trib., 30 dicembre 2016, n.27500.

⁴³ Trattandosi di sanzione processuale connessa esclusivamente ai casi in cui il giudice di seconde cure: a) dichiara nulla la notificazione della citazione introduttiva; b) riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o che non doveva essere estromessa una parte; c) dichiara la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, comma 2, c.p.c. (per mancanza della sottoscrizione del giudice di primo grado).

⁴⁴ La norma prevede, tassativamente, che la commissione tributaria regionale rimette la causa alla commissione provinciale solo quando: a) dichiara la competenza declinata o la giurisdizione negata dal primo giudice; b) riconosce che nel giudizio di primo grado il contraddittorio non è stato regolarmente costituito o integrato; c) riconosce che la sentenza impugnata, erroneamente giudicando, ha dichiarato estinto il processo in sede di reclamo contro il provvedimento presidenziale; d) riconosce che il collegio della commissione tributaria provinciale non era legittimamente composto; e) manca la sottoscrizione della sentenza da parte del giudice di primo grado. In tutte le altre ipotesi, «la commissione tributaria regionale decide nel merito previamente ordinando, ove occorra, la rinnovazione di atti nulli compiuti in primo grado».

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2018, n.2122.

Quest'ultima, invero, muovendo dal presupposto che la motivazione della sentenza, seppur particolarmente breve ai sensi dell'art. 74 c.p.a., «non può essere pretermessa, ma solo – al limite – “alleggerita”, mediante “un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme”», ha demandato all'Adunanza plenaria di pronunciarsi «sulla sorte processuale di quelle sentenze solo apparentemente fornite di motivazione, ma in realtà del tutto apoditticamente pronunciate, senza alcuna congruenza tra i fatti dedotti in giudizio e la decisione adottata, o senza che vi sia corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato», in particolare stabilendo se, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., queste ipotesi gravemente patologiche siano, o meno, sussumibili nella fattispecie della lesione dei diritti della difesa, ovvero della nullità della sentenza rilevante ai fini della rimessione al primo grado del giudizio.

Associazioni sportive dilettantistiche e requisiti fiscali per la “non commercialità”

a cura di Stefano Fiorentino
Professore ordinario di Diritto tributario
Università degli Studi di Salerno

ABSTRACT

The article critically analyzes the tax disputes usually carried out by tax offices against amateur sports associations (ASD), this in order to verify the requirements actually and primarily required by European and national legislation, also in accordance with the jurisprudential guidelines.

SINTESI

L'articolo analizza, criticamente, le contestazioni fiscali abitualmente effettuate dagli uffici fiscali nei confronti delle associazioni sportive dilettantistiche (ASD), Ciò al fine di verificare i requisiti effettivamente e primariamente richiesti dalla normativa europea e nazionale, anche alla stregua degli orientamenti giurisprudenziali.

SOMMARIO

1. Premessa e definizione del tema d'indagine – 2. Profili di contestazione della “non commercialità” tipicamente rinvenibili nella prassi operativa degli uffici fiscali – 3. Gli elementi effettivamente rilevanti per il disconoscimento della qualifica di ente non commerciale: peculiarità delle associazioni sportive dilettantistiche – 4. Segue. Prestazioni erogate da enti associativi ai propri soci, assenza di democraticità e mancanza di effettività della vita associativa ai sensi dell'art. 4, comma 8 del DPR n.633/1972 – 5. Gli orientamenti della giurisprudenza europea e nazionale – 6. Osservazioni conclusive

1. Premessa e definizione del tema d'indagine

Come noto, gli enti non commerciali¹ sono quelli (pubblici o privati), diversi dalle società, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (art. 73, comma 1, lett. c, Tuir). Per qualificare l'attività come

¹ S. MARCHESE, *In tema di commercialità degli enti non societari e di riduzione dell'IRPEG a metà*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, II, p. 520 ss.; V. FICARI, L. SCHICHILONE, *Il regime fiscale delle associazioni culturali e sportive e la legge 24 dicembre 1993, n. 537*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 206 ss.; F. PAPARELLA, voce *Associazioni e società sportive II) diritto tributario*, in *Enc. giur. agg.*, vol. IV, Roma, 1995; A.M. PROTO, *Classificazione degli enti diversi dalle società e natura delle attività esercitate*, in *Rass. trib.*, 1995, II, p. 548 ss.; A.M. PROTO, *Onlus ed enti non commerciali*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 582 ss.; G. TABET, *Verso una nuova tassazione degli enti non profit*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 573 ss.; A. FEDELE, *Disciplina degli enti non profit: profili tributari*, in AA.VV., *La disciplina degli enti non profit*, Torino, 1998, p. 31 ss.; L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, G. Giappichelli, Torino, 1999; A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, G. Giappichelli, Torino, 2003.

commerciale è in ogni caso necessario che l'ente svolga attività economica, ossia l'attività deve essere sostenuta da entrate di natura corrispettiva programmaticamente tendenti (almeno) al pareggio di bilancio.

La qualifica "non commerciale" dell'ente ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. c, va verificata in relazione all'attività essenziale che viene svolta per il raggiungimento degli scopi dell'ente stesso, facendo riferimento sia all'oggetto determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, sia, in mancanza di questi, all'attività effettivamente esercitata (art. 73, commi 4 e 5 Tuir)².

La corretta qualificazione dell'ente tra quelli "non commerciali" (residenti) ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. c, comporta l'applicazione delle regole di determinazione dell'imponibile previste dal Capo III del medesimo Tuir (art. 75).

All'interno di tali regole, peraltro, è collocato l'art. 149 del Tuir, ove è sancito che, indipendentemente dalle previsioni statutarie, l'ente perde la qualifica di "non commerciale"³ se: i) esercita in maniera prevalente attività commerciali per un

² A.M. PROTO, *Brevi considerazioni sulla nozione di attività commerciale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 881 ss.; A. GIOVANARDI, *La determinazione dell'oggetto esclusivo o principale degli enti non societari*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, p. 19 ss.; L. CASTALDI, *Brevi riflessioni sul decreto ministeriale 25 maggio 1995 concernente i criteri per l'individuazione delle attività commerciali e produttive marginali svolte dalle organizzazioni di volontariato*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 1399 ss.; P. ROSSI, *Nuove modalità di determinazione del reddito d'impresa degli enti non commerciali di tipo associativo*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 213 ss.; E. NUZZO, *La Cappella del Tesoro di San Gennaro ed il concetto fiscale di attività commerciale*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 205 ss.

³ E. DELLA VALLE, *Iva: l'ente che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole*, in *Rass. trib.*, 4, 1999, p. 1001 ss.; E. GULMANELLI, *Aspetti giuridici dell'imposizione indiretta delle Onlus*, in *Rass. trib.*, 1, 1999, p. 85 ss.; G. NAPOLI, E. OLIVERIO E M. NAPOLI, *Il regime civilistico e tributario delle fondazioni di origine bancaria alla luce della "riforma Tremonti"*, in *Rass. trib.*, 1, 2004, p. 77 ss.; M. TRAVAGLIONE, *Inquadramento tributario degli enti non commerciali: sviluppo ed evoluzione*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2005, p. 2 ss.; M. ANSELMO, *La realizzazione e l'impiego degli utili nelle Onlus e la compatibilità con il fine solidaristico*, in *Rass. trib.*, 6, 2009, p. 1715 ss.; M. SPERA, *I riflessi e il recepimento delle nuove direttive Iva nell'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2010, p. 10585 ss.; A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 2011, p. 10535 ss.; F. DE GREGORIO, *Brevi note in materia di esenzione Imu per gli istituti religiosi. Attualità ed orientamenti interpretativi*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2017, p. 1711 ss.

intero periodo d'imposta, tenendo conto anche di alcuni parametri di commercialità fissati dalla legge: a) prevalenza delle immobilizzazioni (al netto degli ammortamenti) relative all'attività commerciale rispetto ad altre attività; b) prevalenza dei ricavi derivanti da attività commerciali rispetto al valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività istituzionali; c) prevalenza dei redditi derivanti da attività commerciali, rispetto alle entrate istituzionali; d) prevalenza delle componenti negative inerenti all'attività commerciale rispetto alle restanti spese.

Disposizioni in gran parte analoghe sono contenute nell'art. 4 del DPR n. 633/1972 ai fini Iva.

Tutto ciò premesso, l'indagine in oggetto, prendendo le mosse da un'ipotesi concreta di contestazione dei requisiti di "non commercialità" in capo ad un'associazione sportiva dilettantistica, si sofferma sui profili critici derivanti dalla prassi applicativa e da taluni orientamenti della giurisprudenza tributaria.

2. Profili di contestazione della "non commercialità" tipicamente rinvenibili nella prassi operativa degli uffici fiscali

Recentemente, sono diffusamente riscontrabili contestazioni sollevate dall'Amministrazione finanziaria nei confronti di enti non commerciali e, in particolare, di associazioni sportive dilettantistiche, volte a negare la natura di ente "non commerciale", sia ai fini delle imposte sui redditi che ai fini Iva⁴.

La conseguenza in esito ai rilievi in oggetto, comporta abitualmente anche il disconoscimento delle disposizioni agevolative degli obblighi fiscali (sia formali che sostanziali) previste dalla l. 16 dicembre 1991, n. 398 per gli "enti non commerciali" e l'applicazione dei regimi fiscali (Ires, Irap e Iva) ordinariamente applicabili alle società ed agli enti commerciali.

⁴ G. CROCE, *Sui servizi di «rimessaggio» resi da un circolo velico ai propri associati*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2011, p. 20785 ss.; M. PROCOPIO, *La deducibilità, ex lege, delle spese di sponsorizzazione sostenute dalle imprese a favore delle associazioni sportive dilettantistiche*, in *Dir. prat. trib.*, 6, 2017, p. 2617 ss.; G. PERCOCO, *Il trattamento fiscale dei contributi versati dagli associati alle associazioni sportive dilettantistiche per il perseguimento di finalità non istituzionali*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2018, p. 834 ss.

Gli ambiti di contestazione rinvenibili nella prassi, spesso sollevati ex art. 149 Tuir, sono essenzialmente: *i)* l'assenza di reale vita associativa; *ii)* la mancanza di effettiva democraticità del sodalizio; *iii)* l'inattendibilità del rendiconto finanziario; *iv)* la gestione sostanzialmente commerciale dell'attività.

3. Gli elementi effettivamente rilevanti per il disconoscimento della qualifica di ente non commerciale: peculiarità delle associazioni sportive dilettantistiche

In via preliminare si deve ribadire che il regime previsto dall'art. 149 Tuir per la generalità degli enti associativi, è espressamente inapplicabile alle associazioni sportive dilettantistiche⁵.

L'associazione sportiva dilettantistica, quindi, è qualificabile fiscalmente ente non commerciale in base agli scopi primari indicati nel proprio statuto (art. 73, commi 1 e 4, del d.p.r. n. 917 del 1986); tale ente, peraltro, se correttamente ritenuto "non commerciale" ex art. 73, non è riqualificabile quale ente commerciale ex art. 149 del Tuir; ciò può avvenire solo, eventualmente, ove risultasse provato che esso abbia agito solo "formalmente e simulatamente" nella veste di associazione sportiva dilettantistica, ma in concreto operasse con finalità e modalità lucrative⁶.

Può dunque affermarsi che per le associazioni sportive dilettantistiche assume rilievo fondamentale esaminare, oltre agli aspetti formali pure richiesti dalla normativa, l'attività concretamente svolta, per desumere se essa è stata "effettivamente" svolta con scopi e modalità lucrative oppure no.

Ma è utile procedere con ordine. Può dirsi pacifico che la normativa interna (ma anche europea) subordina il regime di favore Iva (ma anche Ires e Irap) al rispetto di requisiti soggettivi e oggettivi⁷.

Raramente è contestata l'assenza, in capo all'ente non commerciale, dei requisiti "formali" statutariamente richiesti; gli statuti di tali enti, cioè, sono tendenzialmente conformi alle indicazioni richieste dalla normativa fiscale (art. 73

⁵ Art. 149, comma 4, del d.p.r. n. 917 del 1986.

⁶ Cass. civ. Sez. V, Sent., 17-03-2017, n. 6934.

⁷ Art. 4, comma 4, del d.p.r. n. 633 del 1972 e art. 73 e art. 148 del d.p.r. n. 917 del 1986.

Tuir e art. 4 DPR n. 633/1972), per beneficiare del regime di favore previsti per gli "enti non commerciali".

Gli uffici finanziari, quindi, contestano la "commercialità" dell'attività, al di là dei requisiti statuari, in particolare, per: *i)* l'assenza di vita associativa; *ii)* la mancanza di effettiva democraticità del sodalizio; *iii)* l'inattendibilità del rendiconto finanziario; *iv)* la gestione sostanzialmente commerciale dell'attività dall'ente.

Ciascuno dei profili in questione, tuttavia, come ribadito dalla giurisprudenza, deve essere valorizzato in concreto e non in base a contestazioni genericamente "standardizzate".

Ad esempio, non può essere negata l'attendibilità del rendiconto finanziario sol perché l'avanzo contabile proveniente dall'anno precedente non coincide con il saldo iniziale del conto corrente dell'anno successivo; nella dinamica operativa di taluni enti non commerciali e delle associazioni sportive dilettantistiche, cioè, può essere ragionevole gestire per cassa talune entrate ed uscite di modesto importo.

Ovviamente il rendiconto dovrà darne opportunamente conto, ma non vi è alcun obbligo normativo, né tantomeno principio di ragionevolezza, che impone alle associazioni sportive dilettantistiche di gestire ogni entrata e uscita attraverso movimentazioni bancarie.

Similmente erronea è l'affermazione che desume l'inattendibilità del rendiconto dalla circostanza che di esso abbiano compiuta conoscenza solo alcuni soci; questa circostanza, in sé pertinente al più per verificare le modalità di partecipazione alla vita associativa, è del tutto inconferente in merito all'attendibilità o meno del medesimo rendiconto finanziario.

Analoghe considerazioni, sia pure più articolatamente, possono essere svolte per la "assenza di vita associativa", la "mancanza di effettiva democraticità del sodalizio" e la conseguente "gestione sostanzialmente commerciale dell'attività dall'ente".

Spesso le contestazioni dell'amministrazione finanziaria su tali profili rilevano che:

- i verbali delle assemblee sono redatti in modo stereotipato e sommario e lasciano desumere la partecipazione effettiva di un numero limitato di soci;
- la convocazione delle assemblee non avviene in modo da garantire la certa ed effettiva conoscenza da parte di tutti i soci (ad es. è fatta mediante avvisi affissi nei locali dell'associazione ove si svolge la pratica sportiva);
- dalle dichiarazioni rilasciate da taluni soci, debitamente verbalizzate, emerge che: gli stessi non conoscevano i componenti del direttivo dell'associazione sportiva dilettantistica; non avevano partecipato alle assemblee; si sentivano clienti e non soci.

Anche simili rilievi vanno debitamente contestualizzati, laddove l'operatività concreta delle associazioni sportive dilettantistiche può essere affatto diversa da quella di altri enti associativi.

Nel caso di un'associazione sportiva dilettantistica, ad esempio, può essere del tutto naturale che vi sia un numero (ragionevolmente) ampio di soci, di cui (solo) alcuni "più" interessati alla vita associativa dell'ente, mentre altri più orientati a frequentare l'associazione per la pratica dello sport.

Ciò che è maggiormente rilevante, in questi casi, più che aspetti formali sulle modalità di convocazione dell'assemblea, è l'entità dei corrispettivi specifici pagati dai soci; nonché la circostanza che i medesimi soci abbiano pagato o meno corrispettivi specifici a fronte di attività diversa da quella sportiva (al di là di marginali corrispettivi per l'uso di armadietti, phon ecc., in ogni caso da indicare puntualmente nel rendiconto).

5. Segue. Prestazioni erogate da enti associativi ai propri soci, assenza di democraticità e mancanza di effettività della vita associativa ai sensi dell'art. 4, comma 8 del DPR n.633/1972

Al di là di quanto sinora rilevato, è ulteriormente dimostrabile che le contestazioni concernenti l'assenza di democraticità e la mancanza di effettività della vita associativa, ove utilizzate per desumere "automaticamente" la violazione

dei requisiti previsti nell'art. 4, comma 8, del d.p.r. n. 633 del 1972, sono giuridicamente erranee.

Come è noto l'art. 4, comma 8 del d.p.r. n. 633 del 1972 (normativa simile è contenuta nell'art. 148, comma 8, del Tuir) contiene alcune condizioni per escludere la commercialità delle prestazioni erogate da associazioni non lucrative ai propri soci, a fronte del pagamento di corrispettivi specifici.

In primo luogo, occorre stabilire se le previsioni che escludono la "commercialità" di talune prestazioni erogate a favore dei soci, richiedano, imprescindibilmente, un rapporto sociale duraturo e non temporaneo, come sovente affermato dagli uffici finanziari.

Ebbene una tale affermazione, oltre ad essere letteralmente smentita dal disposto letterale dell'art. 4, comma 8, del d.p.r. n. 633 del 1972, si rivela erranea anche sul piano della *ratio* normativa.

In primo luogo si deve rilevare che l'art. 4, comma 8 lett. c), del d.p.r. n. 633 del 1972, non esclude affatto la temporaneità del rapporto sociale, ma piuttosto *"...ogni limitazione in funzione della temporaneità della vita associativa..."*.

In altre parole, tutti i soci devono avere pari diritti, anche se il loro rapporto sociale con l'ente è solo temporaneo.

Nello statuto degli enti non commerciali, oltre che nella effettività della vita associativa, occorre verificare cioè che tutti i soci abbiano pari diritti; e non certo che il rapporto di tutti i soci sia necessariamente "duraturo".

Similmente, tutti i soci devono avere, formalmente e sostanzialmente, una ragionevole possibilità di partecipare alla vita associativa; ma ciò non preclude affatto che solo alcuni soci partecipino più attivamente a tutte le dinamiche della vita associativa dell'associazione sportiva dilettantistica, mentre altri, pur iscrivendosi "come soci", frequentino i locali essenzialmente per "fare sport".

Una tale situazione, infatti, non implica affatto *ex se* la violazione dell'art. 4, comma 8, del d.p.r. n. 633 del 1972, come talvolta erroneamente affermato dagli uffici finanziari. Un conto è infatti il diritto "formale e sostanziale" di tutti i soci di

partecipare alla vita associativa, altro è l'obbligo che tutti i soci partecipino attivamente alle riunioni assembleari pena la decadenza dal regime di favore!

Le condizioni per l'applicazione del regime di favore in capo alle associazioni sportive dilettantistiche, infatti, come già detto, devono essere valutate, caso per caso e "sostanzialisticamente" piuttosto che in modo formale e standardizzato; tutto ciò per escludere l'applicazione dei regimi fiscali di favore destinati agli enti non commerciali⁸ solo ove i riscontri concreti, complessivamente valutati, denotino, al di là degli aspetti formali, una gestione "sostanzialmente lucrativa" dell'attività⁹.

6. Gli orientamenti della giurisprudenza europea e nazionale

Quanto appena affermato, oltre ad essere recentemente (ed opportunamente) ribadito dalla stessa Agenzia delle Entrate¹⁰, è puntualmente rilevabile nella giurisprudenza¹¹.

Sul punto la Corte Ue C-253/07, riferendosi alla VI Direttiva ma con espressioni puntualmente riferibili anche agli art. 132 e 133 della vigente Direttiva n. 206/1122/CE, dopo aver affermato che *"... le prestazioni di servizi strettamente connesse con la pratica dello sport e l'educazione fisica ... affinché possano essere esentate ... è indispensabile che tali prestazioni vengano fornite da un*

⁸ Cfr. anche art. 1, comma 1, della l. n. 398/1991: G. INGRAO, *La determinazione del reddito imponibile delle società sportive, delle associazioni sportive dilettantistiche e delle Onlus sportive*, in *Rass. trib.*, 6, 2001, p. 1530 ss.; F. TESAURO, *Gli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità di norme tributarie e il diritto al rimborso dell'imposta dichiarata incostituzionale*, in *Rass. trib.*, 5, 2015, p. 1093 ss.; R. CARMINA, *L'illegittima limitazione delle agevolazioni fiscali agli enti sportivi dilettantistici facenti parte del sistema sportivo istituzionalizzato alla luce del disposto costituzionale e della ricostruzione sistematica della normativa relativa all'elenco C.O.N.I.*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2015, p. 20232 ss.; G. PERCOCO, *op. cit.*, p. 834 ss.; G. CONSOLO, *Note sulla deducibilità dal reddito d'impresa delle sponsorizzazioni erogate a favore di associazioni e società sportive dilettantistiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2, 2018, p. 813 ss.

⁹ Cass. civ. Sez. V, Sent., 17-03-2017, n. 6934.

¹⁰ cfr. Circ. Agenzia Entrate 1 agosto 2018, n. 18/E, p. 65.

¹¹ T. RADOGNA, *Gli enti non commerciali. Rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, p. 981 ss.; P. PURI, *Associazioni ed attività previdenziale: profili dell'imposizione diretta*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, Torino, 1996, 151 ss.

organizzazione senza scopo lucrativo", si sofferma sui principi con cui valutare le prestazioni di servizi meritevoli del regime di favore.

A tal proposito, la medesima sentenza precisa che la Direttiva europea deve essere interpretata nel senso che "... *le prestazioni di servizi di cui trattasi vengano direttamente erogate alle persone fisiche che esercitano l'attività sportiva ...*". Ne consegue che, per valutare se talune prestazioni di servizi siano "esenti", sono irrilevanti l'identità del destinatario formale di una prestazione di servizi e la forma giuridica sotto la quale quest'ultimo ne beneficia. Tuttavia, per poter beneficiare di detta esenzione le prestazioni di servizi "... *devono essere fornite da un'organizzazione senza scopo lucrativo, devono essere strettamente connesse con la pratica dello sport e indispensabili al suo svolgimento e i beneficiari effettivi di tali prestazioni devono essere le persone che esercitano l'attività sportiva ...*".

Anche in merito alle caratteristiche di "ente non lucrativo", la Corte europea valorizza pacificamente l'esigenza di una valutazione sostanzialistica e opportunamente finalizzata, laddove afferma che "... *un'organizzazione senza scopo lucrativo ai sensi dell'art. 13, parte A, n. 1, lett. m, della VI Direttiva è quella che non ha come oggetto l'arricchimento delle persone fisiche o giuridiche e che non è di fatto gestita in maniera tale da realizzare o cercare di realizzare tale arricchimento*"¹².

In termini essenzialmente analoghi anche la giurisprudenza nazionale, la quale, richiamando espressamente gli orientamenti europei, afferma "... *come dall'art. 13, parte A, n. 1, lett. m), della sesta direttiva risulti che la qualificazione di un ente senza scopo di lucro, ai sensi di questa disposizione, deve essere effettuata in relazione allo scopo perseguito da questa, vale a dire tale ente non deve mirare a produrre profitti per i suoi soci, contrariamente alla finalità di un'impresa commerciale*"¹³.

Nel senso di una valutazione sostanziale e complessiva degli elementi richiesti per beneficiare del regime agevolativo è anche la giurisprudenza più recente della

¹² Corte Ue C-174/00, punto 66.

¹³ Così testualmente Cass. civ. Sez. V, Sent., 11-12-2012, n. 22578.

Cassazione che, pur pronunciandosi specificamente in materia di imposte sui redditi, ha negato la spettanza del regime associativo in ragione di aspetti meramente formali (es. affiliazione al Coni), affermando quale orientamento consolidato che *"In tema di agevolazioni tributarie, l'esenzione d'imposta prevista dal d.p.r. n. 917 del 1986, art. 148, in favore delle associazioni non lucrative dipende non dall'elemento formale della veste giuridica assunta (nella specie, associazione sportiva dilettantistica), ma anche dall'effettivo svolgimento di attività senza fine di lucro, il cui onere probatorio incombe sulla contribuente e non può ritenersi soddisfatto dal dato, del tutto estrinseco e neutrale, dell'affiliazione al CONI"*¹⁴.

6. Osservazioni conclusive

Alla stregua di quanto complessivamente esposto e rilevato, con particolare riguardo alle associazioni sportive dilettantistiche, si rileva sinteticamente che:

- assume rilievo primario stabilire, in base ad elementi concreti da valutare caso per caso e complessivamente, se l'attività dell'associazione sportiva dilettantistica è stata svolta in modo sostanzialmente non lucrativo o meno;

- a tal fine, ferma la necessità di garantire ai soci dell'associazione sportiva dilettantistica pari diritti di partecipazione alla vita associativa, non assume specifico rilievo un'ampia partecipazione dei soci alle assemblee né tantomeno che gli stessi abbiano tutti rapporti sociali "duraturi";

- ove sia riscontrato un effettivo svolgimento dell'attività secondo modalità non lucrative, seppure si ritenga che taluni "soci" siano concretamente qualificabili come clienti "terzi", ciò non fa venir meno la natura di ente non lucrativo della associazione sportiva dilettantistica e la spettanza, in via generale, dei regimi fiscali di favore;

- un tale riscontro, infatti, se può giustificare l'imponibilità Iva di tali specifiche prestazioni, ritenute "singolarmente" di tipo commerciale, ai sensi dell'art. 4,

¹⁴ Cfr., Cass. sez. 5, 5 agosto 2016, n. 16449; Cass. civ. Sez. VI - 5, Ord., 30-04-2018, n. 10393.

comma 4, del decreto Iva, non implica di per sé la perdita della qualifica di "ente non commerciale".

In tale ipotesi, e limitatamente a tali prestazioni, l'Iva andrebbe in ogni caso applicata nell'ambito del regime agevolativo "forfettario" previsto dall'art. 1, comma 1, della L. n. 398/1991 (detrazione al 50% ed esonero da obblighi formali), laddove l'applicazione di tale regime sia stata espressamente richiesta dall'associazione;

Inoltre, ferma l'applicazione del regime di cui alla l. n. 398 del 1991 a quelle limitate prestazioni di servizi erogate dalla ASD che si ritenessero effettuate nei confronti di "clienti" e non di "soci", andrebbe altresì applicato l'art. 22, comma 4, con esonero dall'obbligo di emissione della fattura, ove si tratti di prestazioni erogate in locali aperti al pubblico.

Da ciò si desume anche l'applicabilità dell'art. 18, comma 2, del medesimo decreto, ove è stabilito che "... per le operazioni per le quali non prescritta l'emissione della fattura, il prezzo o il corrispettivo si intende comprensivo dell'imposta".

Di talché, per quelle limitate operazioni erogate dalla ASD che si assumessero erogate a clienti, l'Iva non andrebbe aggiunta ai corrispettivi richiesti, ma scorporata dai medesimi.

Quanto detto è espressamente confermato dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 18/E del 2018. La medesima Agenzia rileva altresì che un tale risultato applicativo, pur linearmente spettante in base alla norma, è stato negato dalla Corte di Cassazione¹⁵, ma (solo) ove si rilevi l'utilizzo simulato di un'attività non lucrativa al cospetto di un'attività concretamente ed effettivamente lucrativa.

¹⁵ Cass., sent. n. 6934 del 2017 cit..