

ISSN 1825-9871

InnovazioneDiritto

Quarterly Review of Tax and Economic Law

Pubblicazione
4 • 2023



Università degli studi di Napoli Federico II

Innovazione e Diritto – Rivista trimestrale on line fondata nel 2005 dal prof. Raffaele Perrone Capano, autore e responsabile scientifico del Progetto di informatizzazione diffusa della Facoltà di Giurisprudenza, e di catalogazione in formato digitale della Biblioteca storica, a supporto della ricerca e della didattica.

Il Progetto, approvato dal MIUR nel 2004, per un importo complessivo di 1.350.00 €, era stato finanziato per il 70% dall'UE, per il 26% dalla Facoltà, attraverso il riconoscimento delle spese effettuate nel settore informatico nel biennio precedente, e per il restante 4% dal MIUR.

Innovazione e Diritto è stata, fin dalla nascita, una rivista ad accesso libero, a supporto delle attività dei dottorati di ricerca e dei giovani studiosi della Facoltà. L'adesione di numerosi colleghi, professori e ricercatori di altre Università italiane, ne ha consolidato in breve tempo la dimensione nazionale.

Dal 2012, in seguito alla trasformazione delle Facoltà in Dipartimenti, la Rivista ha proseguito l'attività, per l'impegno di un gruppo di professori e ricercatori di numerose Università italiane che hanno assicurato il regolare flusso di contributi scientifici di elevata qualità. Il nuovo assetto editoriale ha favorito l'estensione degli interessi scientifici della Rivista ai settori più direttamente investiti dalla crisi finanziaria del 2008, la più grave dal dopoguerra. L'orizzonte più ampio ha comportato una parallela specializzazione della produzione scientifica, e ne ha amplificato la diffusione e l'impatto.

Un primo punto di svolta ha preso avvio all'inizio del 2018, con la scelta della cadenza trimestrale, per lasciare spazio alla pubblicazione di numeri speciali, di Atti di convegno e di altre iniziative promosse dalla Rivista, affiancata dall'indicazione nel sottotitolo di: "Rivista di Diritto tributario e dell'Economia". Un secondo punto si è concretizzato in una nuova partenza, basata su una piattaforma digitale avanzata, coerente con le indicazioni dell'ANVUR per le riviste di classe A e con gli standard definiti da Google per la massima diffusione internazionale dei contenuti.

DIRETTORE RESPONSABILE

Prof.ssa Clelia Buccico (*Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

Innovazione e Diritto è stata diretta fino al 2020 dal Fondatore, prof. Raffaele Perrone Capano, già ordinario di Diritto finanziario e tributario nell'Università di Napoli Federico II. In funzione del maggiore impegno che comporta la gestione della nuova piattaforma digitale, la rivista è attualmente retta da una Direzione collegiale, i cui componenti sono i professori:

COMITATO DI DIREZIONE

Prof.ssa Clelia Buccico

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Raffaele Perrone Capano

- *Fondatore della rivista, già Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Marilena Rispoli Farina

- *Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Prof.ssa Beatrice Bertarini

- *Professore associato con abilitazione a ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Gianluigi Bizoli

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo*

Prof. Paolo Borghi

- *Professore ordinario di Diritto alimentare e Diritto agrario dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara*

Prof.ssa Loredana Carpentieri

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Studi economici e giuridici dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

Prof. Alessandro Giovannini

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Prof. Giuseppe Melis

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"*

Prof. Sebastiano Maurizio Messina

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona*

Prof. Salvatore Muleo

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*

Prof. Gaetano Ragucci

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Statale*

Prof. Gennaro Rotondo

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Maria Alessandra Stefanelli

- *Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"*

Prof. Stefano Zunarelli

- *Professore ordinario di Diritto dei trasporti e Legislazione del turismo - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università*

di Bologna "Alma Mater Studiorum"

I lavori scientifici pubblicati nelle parti prima e seconda di ciascun numero della rivista, sono sottoposti a referaggio. Gli altri contributi d'interesse per l'attualità e il carattere divulgativo degli argomenti trattati, ovvero per il rilievo politico degli stessi, sono pubblicati in parte terza.

Tutti i lavori sono sottoposti alla valutazione di un componente della Direzione.

Innovazione e Diritto, rivista open access, non risponde degli articoli pubblicati, i cui autori abbiano utilizzato lavori altrui di cui non sia stata citata esplicitamente la fonte.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof.ssa Antonella Brozzetti

- Professore ordinario di Diritto dell'economia - Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena

Prof. Giuseppe Corasaniti

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

Prof. Avv. Francesco Eriberto D'Ippolito

- Professore ordinario di Storia della giustizia e delle Istituzioni politiche - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Prof. Avv. Maurizio Logozzo

- Professore ordinario di Diritto tributario - Facoltà di Economia dell'Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore

Prof.ssa Carla Masi

- Professore ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Prof.ssa Maria Pierro

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria

Prof. Salvatore Sammartino

- Professore di Diritto finanziario e tributario - Dipartimento di Giurisprudenza a Palermo dell'Università LUMSA

Prof. Antonio Felice Uricchio

- Professore ordinario di Diritto tributario - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

COMITATO EDITORIALE

Prof. Francesco Vincenzo Albertini

- Professore associato di Diritto tributario - Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano "La Statale"

Prof. Olivier Karl Emmanuel Butzbach

- Professore associato di Economia politica - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Prof. Marco Cedro

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Palermo LUMSA

Prof. Filippo Cicognani

- Professore associato di Diritto tributario - Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Prof. Filippo Alessandro Cimino

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Enna

Prof.ssa Daniela Conte

- Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Napoli

Prof. Samuele Donatelli

- *Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi di Roma*

Prof. Nicola Fortunato

- *Professore ordinario di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Laura Letizia

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof.ssa Daniela Mazzagrecò

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Palermo*

Prof. Ottavio Nocerino

- *Professore ordinario Dipartimento di Economia - Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*

Prof. Andrea Quattrocchi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore*

Prof. Federico Rasi

- *Professore associato di Diritto tributario - Università del Molise, Campobasso*

Prof. Luca Sabbi

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Bergamo*

Prof.ssa Adriana Salvati

- *Ricercatore di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi della Campania*

Prof. Gianluca Selicato

- *Professore associato di Diritto tributario - Università degli Studi di Bari*

Prof.ssa Maria Villani

- *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di Diritto tributario con abilitazione ad associato - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Daniele Canè

- *Ricercatore e Professore a contratto di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

Dott.ssa Alessandra Kostner

- *Dottore e assegnista di ricerca in Diritto tributario - Università della Calabria*

Dott. Andrea Perrone Capano

- *Dottore di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati, nonché Cultore della materia in Diritto commerciale e bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Luigi Scipione

- *Ricercatore di Diritto commerciale e Professore aggregato di Diritto bancario - Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Dott. Stefano Zagà

- *Ricercatore di Diritto tributario - Università degli Studi dell'Insubria*

INDICE

1. **La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma** 1
di Marilena Rispoli Farina
2. **L'International Compliance Assurance Programme (ICAP): la nuova frontiera della Tax Compliance?** 31
di Fabio Cocco
3. **La fiscalità innovativa: caso start-up (Innovative Taxation: Start-Up Case)** 73
di Emanuela Di Rauso
4. **Crisi del mercato del gas: cause, risposte legislative, contesto attuale e prospettive future** 109
di Serafino Sandro Masoni
5. **Il contributo straordinario sull'extra-profitto delle società energetiche, un prelievo fiscale tra principi costituzionali ed una efficace redistribuzione** 143
di Maria Viscolo

La proposta europea di riforma dell'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi. Luci ed ombre della riforma

di Marilena Rispoli Farina

Già Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

The European Commission has adopted a proposal to adapt and further strengthen the current EU framework for banking crisis management and deposit insurance (CMDI), with a particular focus on medium- and small-sized banks which have often been bailed out with the use of taxpayers' money rather than with the internal resources of the bank or private management financed by the sector.

The proposal will allow authorities to organize the orderly exit from the market of a failing bank of any size and business model, with a wide range of tools.

In particular, it will facilitate the use of deposit guarantee schemes, also extended to public bodies as well as to taxpayers' money deposited in certain types of funds.

The implementation of the proposed reform is not without problems and the experience of other European systems such as the Italian one shows that the orderly exit from the market for small and medium-sized banks can also be achieved with special liquidation. The extended use of deposit guarantee funds is not approved either at national or European level, as it could lead to a compression of the autonomy of guarantee funds and excessive costs for the banking sector which could also have repercussions on customers.

SINTESI

La Commissione europea ha adottato una proposta per adeguare e rafforzare ulteriormente l'attuale quadro dell'UE per la gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi (CMDI), con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni che sono state spesso salvate con l'utilizzo del denaro dei contribuenti anziché con le risorse interne di tipo obbligatorio della banca o di gestioni private finanziate dal settore. La proposta consentirà alle autorità di organizzare l'uscita ordinata dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione e modello aziendale, con un'ampia gamma di strumenti. In particolare, faciliterà l'uso di sistemi di garanzia dei depositi, esteso anche agli enti pubblici nonché al denaro dei clienti depositato in alcuni tipi di fondi della clientela.

L'attuazione della riforma proposta non è esente da problemi e l'esperienza di altri ordinamenti europei come quello italiano mostra che l'uscita ordinata dal mercato per le banche piccole e medie può essere realizzata anche con la liquidazione speciale. L'utilizzo esteso dei fondi di garanzia dei depositi non è approvato né in sede nazionale che europea, potendo comportare una compressione dell'autonomia dei Fondi di garanzia e costi eccessivi per il settore bancario che potrebbero anche ripercuotersi sui clienti.

SOMMARIO

1. Premessa - **3.** Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità - 3.1. Il public interest test - 3.2. La depositor preference. - 3.3. L'uso del Dgs in risoluzione - **4.** La proposta di revisione della Dgsd - **6.** Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

1. Premessa

Il 18 aprile 2023 la Commissione europea ha pubblicato un pacchetto di proposte per riformare l'attuale quadro normativo in materia di gestione delle crisi bancarie e sistemi di tutela dei depositi (c.d. "crisis management and deposit insurance framework" o "CMDI").¹ La proposta intende affrontare alcuni temi emersi a seguito delle recenti crisi che hanno interessato il settore

¹ Le proposte di riforma sono disponibili al seguente indirizzo: <https://finance.ec.europa.eu/publications/re-form-bank-crisis-management-and-deposit-insurance-framework-en>.

Una tappa fondamentale per arrivare alla proposta è stata costituita dalla posizione formulata dall'Eurogruppo nell'accordo politico raggiunto a giugno 2022. Se da un lato è stato rinviato a un secondo momento il completamento dell'Unione Bancaria con l'edificazione dell'Edis, alla luce della distanza di opinioni tra i vari paesi dell'Eurozona, dall'altro è stato dato impulso al processo di revisione del CMDI framework con l'invito formulato alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento a completare l'iter entro la primavera del 2024, in corrispondenza del termine dell'attuale ciclo legislativo. L'Eurogruppo ha altresì indicato quattro elementi chiave per il processo di revisione, relativi alla revisione della valutazione della presenza dell'«interesse pubblico» per l'avvio della procedura di risoluzione (public interest assesment, Pia), all'applicazione più estesa della risoluzione, all'armonizzazione dell'utilizzo dei Deposit Guarantee Schemes (Dgs) nelle crisi e, infine, di alcuni elementi delle leggi nazionali in tema di insolvenza. La presentazione della proposta legislativa della Commissione per la revisione del CMDI framework, già attesa per la fine del 2021, è stata dunque più volte posticipata e, in ultimo, pubblicata il 18 aprile 2023.

Per le premesse teoriche della CMDI, nell'ottica del processo di piena realizzazione dell'Unione bancaria, si veda T.F. HUERTAS, *Reset Required, The Euro-area Crisis Management and Deposit Insurance Framework*. In *Journal of Financial Regulation*, Volume 8, Issu 2, September 2022, oo. 187 - 202, <https://doi.org/10.1093/jfr/fjac0007>.

Per il dibattito precedente, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Euro area policies. Programma di valutazione del settore finanziario. Nota tecnica – Bank resolution and crisis management*, FMI Country Report n. 18/232, luglio 2022, pp. 22 e 23; S. SCATIZZI, *Failing or probabile fallimento ma nessuna risoluzione – un possibile punto di vista*, in *ESCB Legal Conference* (6 e 7 settembre), dicembre, 2018, p. 153; J. PULGAR EZQUERRA, *Hacia la armonización europea de la resolución de bancos y entidades financieras: deficiencias y retos*, in *La Ley Mercantil*, 2019 n. 64, dicembre, sez. VI, pp. 1 e 19-21; F. RESTOY, R. VRBASKI, R. WALTERS, *Bank failure management in the European banking union: What's wrong and how to fix it*, in *Financial Stability Institute Occasional Papers*, n. 15, luglio 2020, pp. 1, 2 e 20-22; A. CARRASCOSA, *Come migliorare la gestione delle crisi bancarie di piccole e medie dimensioni? in Moving forward: Monetary Union after Covid 19. A Yearbook on the Euro*, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2021, pp. 245, 247 e 257; J.ÿH BINDER, *The next step: Verso quadri armonizzati per la liquidazione di enti creditizi non sistematicamente rilevanti nell'UE? Una discussione di scelte politiche e potenziali impedimenti*, EBI Working Paper Series, n. 115, febbraio, 2021, pp. 17 e pp. 9-27; E. KÖNIG, *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE: cosa si può fare con le banche di piccole e medie dimensioni?*, in *Il quadro di gestione delle crisi per le banche nell'UE. Come affrontare la crisi delle piccole e medie banche?* in *Seminari e convegni. Workshop e Convegni*, n. 24 maggio 2021, Banca d'Italia, pp. 137 e 138; C. BRESCIA MORRA, A.F. POZZOLO, N. VARDI, *Il completamento dell'Unione bancaria. Il caso della gestione*

bancario – non solo in Europa ma anche negli Stati Uniti e in Svizzera² – e si propone di rafforzare ulteriormente le regole a tutela dei risparmiatori e della stabilità del mercato, con particolare attenzione alle banche di medie e piccole dimensioni.

La proposta della Commissione prende le mosse dall'osservazione che, sebbene sia stata varata la c.d. Banking Union nel 2014 e siano pienamente

delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni", Approfondimento richiesto dalla commissione ECON, maggio 2023, pp. 1-33.

Il complessivo pacchetto di riforme riguarda tre atti legislativi: la Direttiva 2014/59/UE sulla risoluzione delle banche (Bank Recovery and Resolution Directive, Brrd); la Direttiva 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi (Deposit Guarantee Schemes Directive, Dgsd); il Regolamento 806/2014 sul meccanismo di risoluzione unico (Single Resolution Mechanism Regulation, Srmr). Si tratta di una riforma corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi in tale rinnovato contesto regolamentare. Al riguardo, molteplici sono le perplessità che permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito. Si veda di recente l'intervento di L.F. SIGNORINI (Direttore Generale della Banca d'Italia) che condivide l'opportunità del pacchetto CMDI di revisione del sistema di soluzione delle crisi e di intervento dei Fondi di Garanzia dei depositi, con uno sguardo di favore alle strategie adottate negli Stati Uniti dal Federal Deposit Insurance Corporation, ma non l'estensione della risoluzione alle banche minori, per la difficoltà di adempiere l'obbligo di passività intaccabili in caso di crisi (MREL), come pure l'introdurre limiti più stringenti alla ricapitalizzazione precauzionale. Denuncia, inoltre, la mancata previsione di una valvola di sicurezza, simile alla "systemic risk exception" statunitense che consenta di superare i vincoli ordinari per far fronte alle situazioni di instabilità sistemica, così da evitare il "contagio", come dimostra ancora l'esperienza degli Stati Uniti d'America nelle recenti crisi del mese di marzo del corrente anno. Si veda *Intervento*, alla Giornata del credito, Roma 5 ottobre 2023, pp. 7 e ss., in *Giornata del Credito (bancaditalia.it)* Si veda anche P. ANGELINI (Vice Governatore delle Banca d'Italia), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, Roma 8 novembre 2023, in *Banca d'Italia - Intervento di Paolo Angelini su "The banking crises of 2023: some initial reflections" (bancaditalia.it)*. Favorevole alla riforma appare A. ENRIA, Presidente uscente del consiglio di Vigilanza della BCE, in quanto "offre maggiore flessibilità e facoltatività nella gestione delle crisi di banche di medie dimensioni, con un ambito più ampio per la risoluzione e maggiore possibilità di utilizzare sistemi di garanzia dei depositi come strumenti per finanziare potenziali soluzioni al minor costo", in *A race car camouflaged as a tanker, 2023, Intervista, in Supervision Letter*, 15 novembre 2023.

² Le crisi finanziarie che si sono verificate negli Stati Uniti d'America e in Svizzera nel mese di marzo 2023, quantunque di natura e portata diversa, hanno scosso profondamente i mercati e evidenziato, tra l'altro gravi carenze nell'attività di vigilanza e scarsa competenza in materia di gestione dei rischi. Il venir meno della fiducia nel sistema bancario, con il conseguente *run* dei depositanti ha reso necessario l'intervento dei Governi e dei regolatori a porre rimedio, per tutelare i depositanti e la stabilità del sistema finanziario. La crisi di SVB, la prima banca americana ad essere salvata, nasce da una cattiva gestione dei rischi e da una governance

operativi due dei suoi tre pilastri,³ molte banche in crisi di medie e piccole dimensioni sono state gestite con soluzioni al di fuori del quadro di risoluzione delineato a livello europeo: in diversi casi, infatti, gli Stati membri hanno fatto ricorso a risorse del bilancio pubblico (c.d. bail-out) anziché attivare il c.d. bail-in o altri meccanismi di risoluzione, ovvero ricorrere a sistemi di tutela dei depositi e fondi di risoluzione. Con la proposta suddetta la Commissione intende consentire alle autorità di risoluzione di organizzare l'ordinata estromissione dal mercato di una banca in crisi di qualsiasi dimensione mediante un'ampia gamma di strumenti. Il tema è di stretta attualità poiché, sebbene la riforma del quadro normativo di riferimento sia oggetto di discussione da diversi anni, le recenti crisi bancarie hanno sottolineato l'importanza di garantire che le disposizioni dell'UE per la gestione delle stesse siano più solide, omogenee ed efficaci.⁴

inefficace, dalla deregolamentazione operata nell'ultimo decennio, e da una vigilanza troppo accomodante. Rappresenta anche la conferma dell'inadeguatezza dell'impianto regolamentare vigente in USA, incapace di limitare i rischi originati dalla trasformazione delle scadenze e dal leverage, che da sempre hanno consentito alle banche di sfruttare le imperfezioni del mercato per massimizzare i profitti di breve termine. Si veda in tal senso E. MONTANARO, *Brevi riflessioni sul fallimento della Silicon Valley Bank* in *Janus* 2022, n. 26, pp. 133 e ss. Per il dibattito sulle conseguenze delle crisi americane e svizzera si veda a M. RISPOLI FARINA., *Quali lezioni dalle crisi bancarie di marzo? Crolli timori e riforme*, in *Janus* 2022, n. 26, pp. 115 e ss. Si vedano anche A. PALLINI, M. DE CESARE, F. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *Recenti casi di crisi bancarie nell'era del bankclick run*, in *BANCARIA*, 2023, n.3, pp. 1 e ss., e in <https://www.fifta.it>; Per la crisi del Credit Suisse si veda A. MESSORE F. BONARDI, *Crisi bancarie e strumenti Additional Tier 1: il caso credit Suisse* in *Diritto Bancario*, aprile 2023, pp. 1 e ss., Per le conseguenze sul piano regolamentare, delle crisi bancarie del marzo 2023, si vedano P. ANGELINI (Vicegovernatore della Banca d'Italia), *Le crisi bancarie del 2023: alcune prime riflessioni*, cit., p. 2.

Per i contenuti del CMDI si veda A. PALLINI, G. CALARCO, G. GRASSO, R. DE LISA, *La proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per i sistemi di garanzia dei depositi?* in *BANCARIA*, 2023, n. 9, pp. 69 e ss.

Per il progetto Unidroit sulla soluzione della crisi delle medie e piccole banche, L. TIRADO, M. THIJSSSEN, *Il progetto Unidroit sull'insolvenza bancaria: come affrontare il fallimento delle banche di piccole e medie dimensioni*, in A. CAPOLINO, *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana, Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica*, n. 95, aprile 2023, pp. 123-137.

³ Ci si riferisce al Single Supervisory Mechanism (SSM) e al Single Resolution Meccanismo (SRM), cui deve aggiungersi il terzo pilastro costituito dai sistemi di tutela dei depositi, (EDIS) rispetto al quale, tuttavia, allo stato non è ancora stato raggiunto un accordo politico tra i legislatori dell'Unione (la proposta della Commissione, presentata il 24 novembre 2015, non ha mai concluso l'iter legislativo richiesto per la sua definitiva approvazione.

⁴ Si veda per il contenuto del pacchetto CMDI, la *COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, ALLA BANCA CENTRALE EUROPEA, AL COMITATO*

2.-I principali elementi della riforma

La Commissione propone di apportare modifiche legislative alla Direttiva 2014/59/UE (BRRD) in materia di risanamento e risoluzione delle banche, al Regolamento (UE) n. 806/2014 (SRMR) sulla risoluzione delle banche nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del fondo di risoluzione unico e alla Direttiva 2014/49/UE (DGSD) relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. Gli elementi principali su cui insiste la proposta della Commissione possono essere così indicati:

Concetto di interesse pubblico.

La proposta di riforma fornisce chiarimenti sulla valutazione dell'interesse pubblico nella gestione delle crisi bancarie al fine di armonizzare gli approcci seguiti in proposito dalle autorità e di ridurre il loro margine di discrezionalità. In particolare, il criterio di valutazione consistente nella minimizzazione del ricorso alle misure pubbliche di finanziamento viene modificato in modo da distinguere tra l'utilizzo di risorse del bilancio pubblico (che deve essere evitato) e l'impiego di risorse dei fondi di risoluzione o del sistema di garanzia dei depositi (che è consentito nei limiti definiti dalla normativa). L'autorità di risoluzione deve comparare le misure di supporto pubblico che possono essere adottate in uno scenario di risoluzione e di insolvenza per decidere se l'applicazione di misure di risoluzione risponde all'interesse pubblico.

2) Utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie.

La proposta di modifica intende facilitare l'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi. L'utilizzo dei fondi deve avvenire solo come complemento rispetto alla capacità interna di assorbimento delle perdite delle banche, che rimane la prima linea di difesa. È introdotta la possibilità di utilizzare i fondi di tutela dei depositi per consentire il trasferimento di depositi e attività ad un acquirente terzo o un ente-ponte,

ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI sul riesame del quadro per la gestione delle crisi e l'assicurazione dei depositi che contribuisce al completamento dell'Unione bancaria, in *EUR-Lex* -52023DC0225, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>, pp.1 e ss.

coprendo con le risorse dei fondi la differenza tra il valore del passivo e dell'attivo, nonché per far fronte al fabbisogno di fondi propri dell'acquirente. Ad esse si aggiunge una proposta di modifica del c.d. "Daisy Chain Act" relativo ad alcuni aspetti del MREL (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities*). Il contributo dei fondi di tutela dei depositi sarà inoltre considerato ai fini della soglia dell'8% del totale delle passività e dei fondi propri della banca (TLOF) che consente il ricorso ai fondi di risoluzione, alle condizioni precisate nella proposta della Commissione.

3) Test del costo minimo.

L'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi per il finanziamento degli strumenti di gestione delle crisi deve essere soggetto a un test armonizzato detto "del costo minimo": i costi sostenuti dai fondi di tutela dei depositi per intervenire nell'ambito della procedura di risoluzione non devono essere superiori ai costi che sarebbero stati sostenuti dagli stessi laddove si fosse reso necessario coprire le perdite subite dai depositanti in relazione ai depositi protetti dal sistema di garanzia.

4) Gerarchia dei crediti in caso di insolvenza.

La disciplina europea prevede, attualmente, che i depositi protetti e le pretese dei fondi di tutela dei depositi siano sovraordinati ai depositi non protetti nella gerarchia dei crediti in caso di insolvenza, mentre i depositi non protetti di persone fisiche e PMI sono sovraordinati rispetto alle pretese dei creditori chirografari. Nulla è previsto in ordine ai depositi non protetti di soggetti diversi da persone fisiche e PMI, che in alcuni Stati membri sono assimilati ai crediti chirografari, mentre in altri Stati membri (tra cui l'Italia) sono gerarchicamente sovraordinati a questi ultimi (c.d. *general depositor preference*). La gerarchia delineata dalla normativa europea costituisce, tuttavia, un limite al ricorso ai fondi di tutela dei depositi per il finanziamento delle crisi bancarie secondo la nuova logica del test del costo minimo⁵, così come un possibile ostacolo all'applicazione delle misure di risoluzione alla luce

⁵ Tale circostanza è dovuta al fatto che, considerata la posizione gerarchica particolarmente elevata delle pretese che i fondi in questione avrebbero verso la banca dopo aver rimborsato i depositi protetti, è probabile che l'importo recuperato dai fondi in caso di liquidazione sia comunque significativo o elevato; il che restringerebbe i margini di manovra per utilizzare i fondi del sistema di garanzia dei depositi in caso di risoluzione sulla base del test del costo minimo

del principio del “*no creditor worse off*”. La proposta della Commissione prevede dunque l’introduzione di una general depositor preference unica (single-tier) che include tutte le tipologie di depositi sopra menzionati, eliminando la gerarchia relativa tra le tre categorie di depositi contemplate dall’attuale normativa (three-tier).

5) Condizioni per adottare misure straordinarie di supporto pubblico.

Nel quadro normativo attuale è possibile per gli Stati membri adottare misure straordinarie di supporto pubblico al ricorrere di determinate condizioni eccezionali: ciò consente di fatto agli Stati membri di disapplicare in larga parte il quadro normativo in materia di risoluzione, ivi incluse le norme in materia di bail-in⁶. La proposta intende restringere le opzioni riconosciute dalla normativa attuale, limitando l’adozione delle misure in questione ai casi di ricapitalizzazione precauzionale, misure preventive dei fondi di tutela dei depositi adottate per preservare l’accesso ai depositi e altre forme di supporto garantite nell’ambito di procedure di liquidazione. Sono disciplinate in modo più dettagliato le misure di ricapitalizzazione precauzionale, al fine di assicurare che le stesse possano essere adottate soltanto in via temporanea per consentire a una banca di sopravvivere a degli shock esterni. La banca beneficiaria delle misure in questione non deve essere insolvente e l’autorità competente deve confermare che essa rispetterà verosimilmente i propri requisiti patrimoniali per i successivi 12 mesi.

6) Misure di intervento precoce.

Nella proposta della Commissione si prevede di allineare le circostanze che consentono di adottare misure di intervento precoce a quelle che permettono l’adozione di provvedimenti di vigilanza dell’autorità secondo il quadro normativo europeo applicabile alle banche e alle imprese di investimento, fatte salve alcune circostanze aggiuntive che possono legittimare l’adozione della prima tipologia di misure. La proposta della Commissione supera il rapporto di sequenzialità tra misure di intervento precoce, rimozione degli esponenti aziendali e nomina di un commissario temporaneo, dovendo le autorità di vigilanza scegliere tra le misure più idonee da applicare secondo il principio di

⁶ Su questi aspetti e sulle relative implicazioni, anche con riferimento alle recenti crisi bancarie, si veda A. MESSORE. F. BONARDI, *La Proposta, ult. cit.*

proporzionalità. Sono poi eliminate alcune sovrapposizioni tra misure di intervento precoce e di vigilanza e vengono chiariti gli obblighi di informazione e coordinamento tra autorità di vigilanza e di risoluzione in caso di early intervention.

7) Attivazione delle misure di risoluzione e “early warning”.

Nella proposta è prevista l'introduzione di un meccanismo di notifica (c.d. *early warning*) in forza del quale l'autorità competente deve avvisare l'autorità di risoluzione non appena si materializzi un significativo rischio che una banca si trovi in una situazione che possa determinare l'eventuale applicazione di misure di risoluzione. Durante questo periodo (c.d. “*early warning period*”) l'autorità di risoluzione dovrebbe essere posta in condizione di monitorare la situazione della banca e valutare le misure disponibili, coordinandosi con l'autorità di vigilanza competente. Recependo anche le indicazioni fornite sul punto dalla Corte di giustizia ⁷, la proposta chiarisce gli step delle valutazioni che devono essere effettuate da autorità competenti e di risoluzione per avviare la procedura di risoluzione.

8) Finalità delle procedure ordinarie di liquidazione

Secondo quanto previsto dalla normativa europea attuale, le banche che non sono soggette a risoluzione sulla base del test dell'interesse pubblico devono essere poste in liquidazione secondo le norme nazionali applicabili. Non è prevista, tuttavia, alcuna forma di armonizzazione di tali procedure di liquidazione a livello europeo e l'esperienza ha dimostrato che in talune circostanze le procedure di liquidazione sono state utilizzate per ristrutturare le banche in crisi invece che facilitarne l'uscita dal mercato. La proposta della Commissione interviene sul punto specificando che le procedure nazionali in questione devono garantire l'uscita dal mercato della banca oggetto di liquidazione entro un lasso di tempo ragionevole.

9) Previsioni in materia di MREL.

La Commissione intende precisare le modalità di calibrazione del requisito MREL laddove la strategia di risoluzione preveda il trasferimento degli attivi e delle passività bancarie. Con la proposta saranno poi introdotti alcuni

⁷ Corte di Giustizia Europea (terza sezione), Sentenza del 6 maggio 2021. ABLV Bank contro ECB, C-551/19 P e C-552/19 In *eur-lex.europa.eu-Lex.Europa*.

chiarimenti relativi, tra l'altro, alle restrizioni alle distribuzioni derivanti dal rispetto del requisito MREL e dei coefficienti di riserva del capitale, al trattamento delle passività strutturalmente subordinate e alle c.d. *contingent liabilities*. Con un atto separato (c.d. Daisy Chain Act) la Commissione chiarisce alcuni aspetti concernenti l'applicazione della disciplina MREL, in particolare nell'ambito di gruppi bancari (c.d. *internal MREL*).

10) Disciplina dei fondi di tutela dei depositi.

La proposta della Commissione modifica, infine, la disciplina in materia di fondi di tutela dei depositi (DGSD) introducendo una serie di precisazioni e misure di armonizzazione, ad esempio sulle modalità di pagamento dei rimborsi ai depositanti, sul termine di prescrizione (fissato a 5 anni) dei relativi diritti verso i fondi, le pretese esercitabili dai fondi verso la banca successivamente al rimborso dei depositanti, etc.

In conclusione, la proposta della Commissione interviene a colmare alcune lacune della disciplina europea in materia di risoluzione, da un lato introducendo maggiori elementi di flessibilità (in particolare con riferimento all'utilizzo dei fondi di tutela dei depositi), dall'altro lato riducendo la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di sostegno pubblico o di ristrutturazione delle banche al di fuori del quadro normativo europeo, ad esempio attraverso la ricapitalizzazione precauzionale o l'applicazione di procedure di liquidazione giudiziale per le banche di medie o piccole dimensioni. Come evidenziato nella valutazione d'impatto che accompagna il pacchetto legislativo adottato dalla Commissione, la riforma proposta sarebbe ancora più efficace ove combinata con un sistema di garanzia dei depositi comune a tutti gli Stati membri⁸. Tale schema, come si è sempre sostenuto con la sua previsione, espanderebbe la rete di sicurezza disponibile per proteggere i depositanti riducendo la vulnerabilità dei fondi nazionali di garanzia dei depositi a shock locali di grandi dimensioni. La Commissione ha altresì annunciato che sta effettuando una valutazione complessiva della disciplina sugli aiuti di Stato alle banche, che costituisce un tassello cruciale per definire il quadro normativo applicabile in materia di risoluzione, soprattutto con riferimento alla gestione delle crisi delle banche di piccole e medie dimensioni.

⁸ 8 Cfr. http://ec.europa.eu/finance/docs/law/230418-impact-assessment_en.pdf.

Gli effetti complessivi delle misure proposte dalla Commissione dovranno essere pertanto valutati anche alla luce degli ulteriori provvedimenti che potranno essere adottati dalle istituzioni europee in relazione al terzo pilastro dell'Unione Bancaria e alle norme in materia di aiuti di Stato.

3. Luci ed ombre della riforma. I principali profili di criticità

Risulta evidente, anche da un primo sguardo di insieme, che è stata messa in cantiere una riforma ambiziosa, corposa e di complessa analisi e valutazione, i cui elementi, come si è già sottolineato, ai fini di una indagine puntuale, devono essere letti in stretta connessione fra loro, in considerazione delle numerose interrelazioni fra i vari atti normativi. Occorre poi valutare attentamente l'insieme delle condizioni e dei vincoli posti per l'effettiva applicabilità, in particolare, degli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi, su cui si concentrerà il presente intervento, in tale rinnovato contesto regolamentare.

Al riguardo, numerose perplessità permangono sulla reale efficacia della riforma, come sta emergendo dai dibattiti in corso e dalle prime posizioni espresse in merito.⁹

3.1. Il public interest test

Un primo elemento di perplessità che emerge dall'analisi della proposta attiene al sostanziale mutamento nell'approccio del framework proposto rispetto a quello attualmente in vigore. In particolare, appare evidente l'accresciuta rilevanza ora attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alle procedure di liquidazione, governate dal diritto nazionale, e agli altri strumenti per la gestione delle crisi in via preventiva e/o alternativa.

Emerge negli intendimenti del legislatore europeo un'inversione di prospettiva nelle procedure di gestione delle crisi bancarie. L'approccio del

⁹ Si vedano P. ANGELINI. - L.F. SIGNORINI, *op. cit.*, SMACCARONE, *op. cit.* Di particolare interesse le posizioni di A. ENRIA, che ha segnalato da tempo il problema della gestione della crisi delle piccole banche. Si veda *La gestione delle crisi delle banche di medie dimensioni: la necessità di un approccio europeo. Intervento di apertura, al workshop della Banca d'Italia sul quadro di gestione delle crisi bancarie nell'UE*. Francoforte sul Meno, 15 gennaio 2021, in <https://www.banngsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2021/html/>.

framework attuale si basa sul valutare, *in primis*, se la liquidazione sia in grado di consentire il raggiungimento degli obiettivi della risoluzione previsti dalla Brrd. Laddove tali condizioni non si realizzino, si procede, in seconda battuta, a verificare la sussistenza del presupposto dell'interesse pubblico, quale condizione necessaria per attivare la procedura di risoluzione. Dal punto di vista operativo, la valutazione della presenza dell'interesse pubblico, nell'ambito dell'Unione Bancaria, ha sin qui privilegiato l'approccio del «*resolution is for the few not the many*», determinando, di fatto, la non applicazione della risoluzione o il ricorso alla stessa in un numero molto limitato di casi. Le statistiche sulla gestione delle crisi bancarie in Europa, elaborate in sede Eba e SRB, e anche dalle unità di risoluzione nazionali, confermano la limitata applicazione degli strumenti di risoluzione, soprattutto con riferimento ai paesi rientranti nell'Unione Bancaria.

La proposta legislativa ribalta tale prospettiva e sembra conferire alla procedura di risoluzione un ruolo predominante per la gestione delle crisi bancarie, con l'effetto di attendersi che la liquidazione, nel nuovo scenario regolamentare, tenda ad assumere una frequenza «residuale», con applicazione solo nel caso in cui sia in grado di soddisfare – meglio della risoluzione – gli obiettivi che la Brrd declina per la risoluzione stessa e non sia necessario ricorrere a esborso di denaro pubblico. La Commissione europea, va precisato, ha preso le distanze dalla lettura in tal senso delle nuove norme e in una recente comunicazione del Commissario ai mercati finanziari rivolta all'ABI, ha tenuto a specificare che la risoluzione non rappresenta «la procedura principale per la gestione di situazioni di crisi»;¹⁰ secondo tale posizione, sarebbero state introdotte modifiche per meglio inquadrare la valutazione dell'interesse pubblico, ma non in misura tale da creare una presunzione di procedura di risoluzione.

Dalla lettura delle nuove norme proposte emergono poi dubbi e perplessità quanto all'effettiva applicabilità dello strumentario di gestione delle crisi disciplinato dal framework.

La Commissione si muoverebbe in senso contrario a quanto è stato fatto per affrontare le recenti crisi di banche statunitensi, che ha visto interventi di vari

10

enti, pubblici e privati, per affrontare con tempestività la fuga dei depositi e tutelare la stabilità delle banche regionali coinvolte, anche con un aumento dell'ammontare dell'intervento finanziario del Fondo di garanzia dei depositi. Parrebbe invece opportuno, anche in sede europea, un approccio pragmatico e integrato, che si fondi sulla possibilità di ricorrere a tutti gli strumenti disponibili per la soluzione delle crisi e applicabili al caso di specie, nonché sulla velocità di esecuzione degli interventi.

Le modifiche alla Brrd relative al perimetro di applicazione della risoluzione sono state realizzate tramite un ampliamento delle maglie del *public interest assesment*, allo stato non accompagnato dalla necessaria chiarezza definitoria. Si prevede, inoltre, che possa essere adottata una misura di risoluzione anche per le banche che svolgono funzioni essenziali a livello regionale, oltre che nazionale. Su tale rilevante aspetto si auspica che nel corso dell'iter legislativo possano emergere ulteriori elementi e precisazioni. Permane, comunque, un elevato margine di discrezionalità che finora ha sempre negativamente caratterizzato la valutazione dell'"interesse pubblico".

3.2. *La depositor preference.*

Nell'attuale impianto normativo introdotto dalla Brrd, ai depositi è attribuito un trattamento preferenziale nell'ambito della più generale categoria dei crediti chirografari (è la cosiddetta *depositor-preference*). I sistemi di garanzia dei depositi, in relazione ai pagamenti effettuati a favore dei depositanti protetti della banca in liquidazione coatta amministrativa, nei limiti dell'importo erogato – surrogandosi nei diritti e negli obblighi ai depositanti protetti – partecipano ai riparti di liquidazione in via prioritaria rispetto agli altri creditori chirografari, ivi inclusi anche i depositanti con depositi oltre il limite di garanzia (depositi cosiddetti *eligible*) e gli altri depositi (*super depositor preference* del Dgs).

Per effetto di tale priorità, di fatto anche il possibile coinvolgimento dei Dgs in una procedura di¹¹ risoluzione rappresenta nell'attuale framework un'ipotesi residuale, limitata nell'importo e circoscritta ai casi in cui, dopo che sono stati incisi tutti gli altri creditori con grado di priorità inferiore al Dgs, residuassero

11

perdite che andrebbero in linea teorica a incidere i depositanti protetti, esclusi dalle norme da ogni effetto della risoluzione.

Il sistema di garanzia dei depositi gode, dunque, dello stesso ordine di priorità attribuito ai depositi protetti, in virtù della surroga nei diritti dei medesimi nel rimborso, e ciò incide sull'operatività del medesimo nell'espletamento del proprio mandato istituzionale, specie con riferimento agli interventi alternativi e preventivi per i quali trova applicazione il criterio del least cost. Nella vigente impostazione, è infatti alta la probabilità che il Dgs possa recuperare, attraverso i riparti di liquidazione attribuiti in funzione della priorità riconosciuta, se non l'intero ammontare, buona parte dell'importo versato per il rimborso dei depositanti. Ne consegue una riduzione delle stime del costo di liquidazione da considerare nella determinazione della minore onerosità delle misure alternative e preventive, attraverso la comparazione del costo di tali misure con quello dello scenario liquidatorio.

Nella proposta di revisione del CMDI framework è introdotta nella Brrd (v. art. 108) una modifica alla gerarchia dei creditori, con la quale si attua il passaggio da una «*super depositor preference*» (*three-tier depositor preference*) a una «*general depositor preference*» (*single-tier depositor preference*), in cui tutti i depositi, anche quelli non protetti, sono considerati *pari passu*, ma con preferenza rispetto alle altre passività *unsecured*. La modifica della gerarchia ha ovviamente impatto nel calcolo del minor onere, anche con riferimento alla procedura di risoluzione.

La modifica, unitamente alle altre previste della Brrd, impatta in modo significativo sui Dgs, i quali potranno essere chiamati a contribuire nelle procedure di risoluzione e/o di liquidazione con maggiore probabilità ma potranno avere come contraltare maggiori costi a carico del sistema delle banche aderenti (per il reintegro delle risorse utilizzate ai fini del mantenimento del livello-obiettivo della dotazione finanziaria) e con impatto ultimo quindi sulla sostenibilità del sistema finanziario.

In tale quadro si consideri altresì che, a fronte dell'eliminazione della «*super preference*» per il Dgs, la proposta di riforma attribuisce tale status al Single Resolution Fund (Srf), a tutela delle risorse dello stesso ove utilizzate, rispetto ai depositanti e ai sistemi di garanzia.

3.3. *L'uso del Dgs in risoluzione*

Nell'attuale impostazione della Brrd (v. art. 109), i sistemi di garanzia dei depositi sono chiamati a intervenire con proprie risorse nell'ambito della risoluzione, al fine di contribuire alla copertura delle perdite che graverebbero sui depositanti protetti, i quali per espressa previsione normativa sono esclusi in via permanente da ogni effetto della procedura di risoluzione.

Con la finalità di consentire l'accesso ininterrotto ai depositi si è configurata una funzione di «loss absorber» del Dgs invece dei depositanti protetti, con attivazione del contributo del medesimo in via residuale in funzione della menzionata preferenza attribuita al sistema di garanzia nella gerarchia dei creditori. Inoltre, con la definizione del limite quantitativo alle risorse utilizzabili nella risoluzione (50% delle risorse/livello obiettivo) e l'applicazione del principio del no creditor worse-off (Ncwo), le norme perseguono l'obiettivo di salvaguardare la dotazione finanziaria e la funzione primaria del D.Lgs del rimborso dei depositanti.

La proposta di revisione della Brrd avanzata dalla Commissione europea conferma il principio dell'esclusione permanente dei depositi protetti e dell'intervento del Dgs in loro vece, nonché del no creditor worse-off; tuttavia, rimodulando l'intervento del sistema di garanzia nel finanziamento della risoluzione e, attraverso le modifiche prospettate, tra cui l'eliminazione del cap del 50% delle risorse, l'eventuale copertura del requisito Mrel e la rivisitazione della gerarchia dei creditori con conseguente ampliamento del least cost, lo si rende di fatto attivabile in risoluzione con maggiore probabilità e potenzialmente per importi più elevati.^{12 13}

L'approccio del rinnovato art. 109 è quello di prevedere l'intervento del Dgs in varie ipotesi.

Da un lato, ogni banca è tenuta a costituire un cuscinetto di passività ammissibili al bail-in (requisito Mrel) per consentire l'applicazione dello strumento. Al riguardo, assume rilievo la nuova previsione in base alla quale il Dgs può essere chiamato a coprire il gap per il raggiungimento di tale soglia di

¹² Si veda A. PALLINI A. ed altri, *La proposta di nuove regole europee, cit.*, pp. 69 e ss.

¹³ Si veda la *Proposta, cit.*, p. 5.

passività bail-inable qualora la banca sottoposta a risoluzione non abbia Mrel sufficiente a raggiungere la soglia dell'8% individuata, aprioristicamente, per consentire il successivo utilizzo del fondo di risoluzione. E' evidente la portata di una simile previsione in termini di maggiori risorse del sistema di garanzia. Inoltre, nel caso in cui sia applicato lo strumento del bail-in, indipendentemente o in combinazione con lo strumento di asset separation, il contributo del sistema di garanzia è pari all'importo, per il quale sarebbero stati incisi i depositi protetti, per la copertura delle perdite e la ricapitalizzazione della banca in risoluzione.

Dall'altro, nel caso in cui siano utilizzati gli strumenti della cessione di attività/passività o della banca ponte, singolarmente o in combinazione con altri strumenti, il Dgs è chiamato a coprire lo sbilancio di cessione – tra il valore dei depositi protetti e di altre passività di rango pari o superiore e gli attivi trasferiti – nonché, ove necessario, a contribuire per l'importo necessario ad assicurare la neutralità patrimoniale del soggetto acquirente dopo il perfezionamento della cessione. La cessione in discorso può essere anche estesa a depositi non protetti o ad altre passività bail-inable, che l'Autorità di risoluzione abbia valutato di escludere dagli effetti della risoluzione.

In caso di contributo per la ricapitalizzazione della banca in risoluzione, il Dgs è chiamato a trasferire la partecipazione o altri strumenti di capitale acquisiti al settore privato non appena le condizioni finanziarie e di mercato lo consentano, attraverso procedure aperte e trasparenti e non discriminatorie tra i potenziali acquirenti.

La determinazione dell'onere del contributo del Dgs spetta all'Autorità di risoluzione. Il Dgs, ricevuta la notifica dell'importo del contributo, è tenuto a versarlo «senza indugio». La norma prevede che l'Autorità di risoluzione consulti il sistema di garanzia in merito ai costi stimati del payout, dunque ai soli fini dell'applicazione del requisito del least cost.

Per come è strutturato il procedimento, possono rilevarsi opacità nelle tempistiche di effettuazione degli interventi e nello scambio di informazioni tra i soggetti coinvolti. Proprio l'effetto che le riforme vorrebbero evitare. Sarebbe quindi auspicabile maggiore chiarezza sulla sequela degli atti e l'effettiva

possibilità di interlocuzione del Dgs nella determinazione della misura del contributo, per le connesse implicazioni in termini di funding e contribuzioni da parte delle banche aderenti.

4. La proposta di revisione della Dgsd

Per quanto riguarda la revisione proposta dalla Commissione sulla Dgsd, possono rilevarsi alcuni aspetti di criticità relativi a: 1) gli interventi del Dgs di tipo preventivo e alternativo; 2) il principio del «minor onere» (least cost test); 3) il perimetro dei depositi protetti (oggetto della garanzia).

Quanto alle misure di intervento preventive e alternative, nell'esperienza italiana del Fitd,¹⁴ gli interventi alternativi e preventivi hanno costituito soluzioni

¹⁴ Si veda *FITD - Relazioni annuali FITD*; C.COSTA, *Crisi bancarie e interventi dei fondi di garanzia*, in *Dir. fall.*, 2020, pp. 1389 e ss.; Un preciso quadro delle esperienze di soluzione delle crisi bancarie italiane a partire del 2015 è in V. SERATA (Direttore dell'unità di risoluzione e Gestione delle crisi, Banca d'Italia) *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, in *Atti del Convegno Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, Roma 21 ottobre 2022. I casi esaminati sono: 4 banche Less significant; Banche Venete, Monte dei Paschi di Siena; Banca Carige; Banca Popolare di Bari, AIGIS Banca. Si vedano anche M. RISPOLI FARINA, *La recapitalización cautelar del Monte dei paschi di Siena Y la Liquidación forzosa Administrativa de Vento Banca Y Banca Popolare di Vicenza. Estudio Comparativo*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Cuestiones Controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 325 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La resolución bancaria en Italia. Nuevas tendencias y comparación con Europa*, in GONZALES VASQUEZ - COLINO MEDIIVILLA (a cura di), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 417 e ss.; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione delle crisi del Monte Paschi di siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi Senesi*, 2018, n. 3, pp. 224 e ss.; I.VISCO, *Intervento al Convegno "Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana"* organizzato dalla Consulenza legale della Banca d'Italia, Roma 21 ottobre 2022, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2022/Visco_21102022. Per V. SERATA, *Risoluzione e liquidazione: esperienze recenti*, *op. cit.*, p. 14, i Punti chiave per la revisione del CMDI alla luce dell'esperienza italiana sono: 1) definizione più chiara e armonizzata della valutazione dell'interesse pubblico. 2) ampliamento del perimetro di intermediari da sottoporre a risoluzione, incluse banche di medio piccole dimensioni, quando risulta possibile finanziare il fabbisogno (e.g. MREL) 3) armonizzazione nell'utilizzo dei fondi degli schemi di garanzia dei depositanti, da rendere flessibili per facilitare la fuoriuscita dal mercato delle banche in crisi. 4) armonizzazione di specifici aspetti delle procedure di insolvenza nazionale, per assicurare coerenza in ambito europeo. Per la ricostruzione dell'intervento del Fondo di garanzia dei depositi (FITD) in Italia, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant. Un problema*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 3, 2023, pp. 343 e ss.

J. COLINO MEDIIVILLA, *El régimen de la inviabilidad bancaria en la unión europea: cuestiones clave y expectativas de reforma*, in O. CAPOLINO. *Le crisi bancarie: risoluzione,*

più efficaci ed efficienti della liquidazione atomistica nella gestione delle crisi di banche consorziate di piccole e medie dimensioni, in special modo negli ultimi anni.¹⁵ Il Fitd ha realizzato complessivamente nel corso della sua operatività, interventi per un totale di 3,3 miliardi di euro, salvaguardando in tal modo depositi per un ammontare dieci volte maggiore, pari a 29 miliardi. L'importanza delle misure di intervento alternative e preventive è stata di recente confermata dalla Economic Governance and Emu scrutiny Unit (Egov) che, in una «in depth-analysis» sulla riforma CMDI preparata per la Commissione Econ del Parlamento, ha sottolineato che «Le Dgss sono attori critici in alcune giurisdizioni, finanziando strategie di trasferimento e assicurandone il successo, in particolare negli Stati Uniti e in Giappone, e in Italia nel contesto dell'Ue (sia nel quadro del regime obbligatorio che in quello volontario, a seguito della sentenza Tercas delle corti europee)»

In generale, la proposta di emendamenti alla Dgsd muove, tra gli altri, dalla conferma della Commissione circa l'importanza del ruolo attivo svolto dai Dgs nella gestione delle crisi bancarie e se ne auspica un «rafforzamento» nella nuova disciplina, soprattutto in situazioni diverse dal rimborso dei depositanti, con l'obiettivo di preservare la fiducia di questi ultimi e la stabilità finanziaria, oltre alla minore onerosità rispetto a risoluzione e liquidazione. La proposta della Commissione lascia ferma, per le misure preventive e alternative, la configurazione di misure «facoltative» – vale a dire la cui implementazione nelle legislazioni nazionali è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri – a differenza del rimborso dei depositanti e del finanziamento della risoluzione che restano interventi di tipo «obbligatorio».

In merito agli Interventi preventivi nei “Considerando” della proposta di riforma del CMDI framework si conferma che gli interventi al di fuori del payout possono risultare più convenienti per i Dgs e garantire un accesso ai depositi senza interruzioni. Al riguardo, assume rilievo l'esperienza applicativa di alcuni Stati membri – tra cui l'Italia – in cui i Dgs possono già nell'attuale quadro regolamentare finanziare misure preventive per ripristinare la redditività a lungo

liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana, BANCA D'ITALIA; di Ricerca Giuridica, n. 95, aprile 2023, pp. 79-104.

¹⁵ S. MACCARONE, *cit.*, p. 351.

termine delle banche aderenti oppure misure alternative in caso di insolvenza. Constatato che gli interventi preventivi e alternativi possono migliorare in modo significativo la protezione dei depositi, la Commissione ha tuttavia ritenuto necessario introdurre e/o armonizzare alcune «salvaguardie» per l'espletamento di tali misure, al fine di garantire condizioni di parità tra i Dgs (*level playing field*), nonché l'efficacia e l'efficienza degli interventi in termini di costi. Con riferimento agli interventi di supporto per prevenire l'insorgere di situazioni di crisi conclamata, la proposta si muove in continuità rispetto all'impostazione della Direttiva attualmente in vigore in merito alle condizioni generali delle misure preventive, che risultano confermate nel nuovo quadro regolamentare, in particolare con riferimento:

al requisito del minor onere, rispetto a un ipotetico scenario di rimborso dei depositanti;

alle procedure e ai sistemi appropriati di cui deve disporre il sistema di garanzia per selezionare la tipologia di intervento, darvi esecuzione e monitorarne i rischi;

alle condizioni imposte dal Dgs alla banca beneficiaria dell'intervento (*inter alia*, rafforzamento dei presidi dei rischi e ampi diritti di verifica sugli impegni assunti da parte del Dgs) e che la stessa si impegna a osservare unitamente a garantire l'accesso ininterrotto dei depositanti ai depositi protetti.

La proposta innova l'impianto regolamentare affiancando nuove e puntuali condizioni a tali requisiti.¹⁶ Una revisione significativa riguarda la predisposizione da parte della banca richiedente l'intervento, consultata l'Autorità competente, di una «nota» che illustri le misure che la stessa si impegna a attuare per ristabilire i requisiti di vigilanza imposti dalla normativa di riferimento (Crd e Crr).

La nota deve contenere tutti gli elementi che mirano a prevenire il deterioramento della situazione finanziaria e a rafforzare la posizione di capitale e di liquidità della banca, consentendogli di rispettare i relativi requisiti prudenziali, anche in ottica prospettica.

¹⁶ Si veda: Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta, in *Proposta, cit.*, pp. 12 e ss.

In caso di intervento nella forma di supporto al capitale, la nota deve quantificare la richiesta di intervento del Dgs e identificare tutte le misure di raccolta e conservazione del capitale che la banca intende implementare, come ad esempio l'emissione di strumenti computabili nei fondi propri, la conversione volontaria di obbligazioni subordinate, la gestione delle passività, la cessione di attività che generano capitale, la cartolarizzazione di crediti, o l'imposizione di vincoli sulla distribuzione di dividendi e/o sull'acquisizione di partecipazioni in imprese.

Per tale fattispecie di intervento, gli Stati membri assicurano che la detenzione da parte del Dgs di strumenti di partecipazione al capitale sia limitata al tempo occorrente per procedere al loro smobilizzo verso il settore privato non appena le circostanze dal punto di vista finanziario lo consentano. Qualora l'intervento preventivo assuma la forma di supporto alla liquidità della banca, si deve invece prevedere fin da subito un piano di rimborso della misura concessa dal Dgs.

Nel complesso, le specificazioni da sottoporre al Dgs per richiederne l'intervento devono essere coerenti con il capital conservation plan richiesto dall'Autorità di vigilanza e, se è applicabile il framework sugli aiuti di Stato, con il piano di ristrutturazione da sottoporre alla Commissione europea. L'intervento preventivo può essere implementato previa conferma da parte dell'Autorità designata che tutte le condizioni sopra citate siano soddisfatte. L'Autorità designata notifica tale accertamento alle Autorità di vigilanza e di risoluzione.

Inoltre, per garantire che la banca beneficiaria dell'intervento preventivo del Dgs rispetti gli impegni assunti, la proposta prevede che l'Autorità di vigilanza richieda un piano di recupero (*remediation plan*) alla banca inadempiente, con indicazione delle iniziative e le relative tempistiche necessarie per ristabilire il rispetto dei requisiti prudenziali, assicurare la *long term viability* e, se del caso, restituire al Dgs l'ammontare del supporto ricevuto.

Qualora l'Autorità di vigilanza ritenga che le misure previste nel remediation plan non siano in grado di garantire la redditività a lungo termine della banca, il Dgs non può effettuare un ulteriore intervento preventivo nei confronti della medesima banca.

Per assicurare un approccio coerente all'applicazione delle misure preventive, è richiesto all'Eba di definire linee guida sugli elementi principali della nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e il *remediation plan*.

L'esperienza degli ultimi anni con i noti casi di crisi bancarie ha dimostrato come una efficace attuazione delle misure di intervento preventivo consenta al sistema di garanzia di evitare conseguenze peggiori sul sistema delle aderenti, anche in termini di salvaguardia della fiducia e degli interessi di tutti gli *stakeholder*. Attraverso il rafforzamento della fiducia, i sistemi di garanzia dei depositi contribuiscono, peraltro, a minimizzare il rischio che si inneschino meccanismi di contagio sulle altre banche.

Quanto agli interventi alternativi, ferma restando la natura facoltativa delle misure alternative, nel rinnovato quadro regolamentare disegnato dalla proposta della Commissione si conferma che gli interventi della specie possono essere effettuati, in alternativa al rimborso dei depositanti e, quindi, nell'ambito di procedure di insolvenza nazionali, nella forma di cessione di attività e passività o trasferimento di depositi o beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, per consentire l'accesso ai depositi senza soluzione di continuità e a condizione che l'onere connesso all'intervento non superi il costo che il Dgs dovrebbe sostenere per il rimborso dei depositanti.

Al riguardo, è stata introdotta una nuova previsione in base alla quale i Dgs possono effettuare interventi alternativi a condizione che la banca cedente – e per essa si intenderebbe, verosimilmente, gli organi della liquidazione – abbia messo in atto una procedura trasparente e competitiva per il trasferimento di attività, passività e rapporti giuridici al soggetto cessionario.¹⁷

Quanto al principio del minor onere (*least cost*) è il principio in base al quale gli interventi di un Dgs in risoluzione, preventivi o alternativi, possono essere effettuati sempre che comportino un costo inferiore rispetto all'onere che deriverebbe dal rimborso dei depositanti in uno scenario di liquidazione

¹⁷ In particolare, ferma restando la disciplina in materia di aiuti di Stato in presenza di soggetti pubblici, il processo di marketing deve essere effettuato nel rispetto delle seguenti condizioni aperte e trasparenti e rappresenta fedelmente le attività, passività e rapporti giuridici da trasferire; non è discriminatorio e non favorisce né conferisce alcun vantaggio a uno o più dei potenziali acquirenti; non sussiste alcun conflitto di interessi; tiene conto della necessità di attuare una soluzione rapida; mira a massimizzare, per quanto possibile, il prezzo di vendita dei beni ceduti.

cosiddetta atomistica. Occorre pertanto calcolare tale onere e confrontarlo con il costo dell'intervento che il Dgs intende attuare (*least cost test*). Allo stato, non vi è sul piano normativo generale una vera e propria regolamentazione di dettaglio del calcolo del *least cost*. Pertanto, la relativa applicazione del *least cost* rientra a oggi nell'autonomia dei sistemi di garanzia.

La proposta della Commissione mira a colmare tale gap legislativo, individuando alcuni requisiti principali per l'effettuazione del test a livello armonizzato e rimettendo all'Eba il compito di emanare appositi standard i relativi dettagli tecnici (*Regulatory Technical Standard, Rts*). In dettaglio, nella stima degli oneri complessivi di un intervento diverso dal payout, il Dgs deve tener conto dei connessi recuperi/ricavi previsti, delle spese operative e delle perdite potenziali. Per gli interventi in risoluzione e alternativi – e non, quindi, per quelli di tipo preventivo – il Dgs deve basare la stima dei costi nello scenario ipotetico di rimborso dei depositanti (*counterfactual*) sulle valutazioni disciplinate nella Brrd, da effettuare prima dell'avvio di un'azione di risoluzione.

Si fa riferimento, in particolare, sia alla valutazione – equa, prudente e realistica – delle attività e passività della banca, condotta da un esperto indipendente nominato dall'Autorità di risoluzione (ovvero, in via provvisoria, dall'Autorità stessa) per determinare la sussistenza delle condizioni per la risoluzione, la riduzione o conversione degli strumenti bail-inabile (Valutation 1), sia alla stima del trattamento che azionisti e creditori subirebbero se la banca fosse sottoposta a liquidazione.

Inoltre, per tutte le tipologie di intervento diverse dal pay-out, nella stima dello scenario *counterfactual* è stata riconosciuta dalla Commissione la rilevanza dei cosiddetti «costi indiretti» connessi al rimborso dei depositanti, tra l'altro sostenuta e di fatto applicata dal Fitd nella propria esperienza consolidata.

Al riguardo, occorre evidenziare che il calcolo del costo della liquidazione atomistica della banca non può, infatti, essere circoscritto alla semplice differenza tra l'importo dei depositi rimborsati e l'ammontare stimato dei recuperi di liquidazione (oneri diretti), ma deve tener conto anche degli eventuali oneri indiretti che possono gravare sul sistema delle banche aderenti dalla liquidazione della banca.

In tal senso, la proposta della Commissione prevede l'inclusione degli oneri indiretti connessi al reintegro delle risorse utilizzate dal Dgs per l'effettuazione dell'intervento, ai fini del ripristino del target-level dello 0,8%, e ai potenziali costi addizionali in capo al Dgs per il finanziamento di tali risorse (ad esempio, in caso di utilizzo di linee di credito). Non sono stati invece previsti nella Proposta i potenziali costi indiretti connessi all'effetto contagio che la liquidazione di una banca potrebbe avere sulle altre banche consorziate. In aggiunta, con l'obiettivo di "fattorizzare"¹⁸ nel calcolo del counterfactual l'importanza che rivestono le misure preventive nello svolgimento del mandato dei Dgs, con riferimento solamente a tale tipologia di intervento, è stata inserita una disposizione in base alla quale all'expected ratio of recoveries (nello scenario di rimborso dei depositanti, presumibilmente inteso come il rapporto tra i riparti spettanti al Dgs e l'ammontare dell'esborso immediato del Dgs, pari ai depositi protetti) deve essere applicato un ulteriore haircut del 15% (ad esempio, il ratio deve essere moltiplicato per una percentuale forfettariamente individuata pari a 85%). In ogni caso, si prevede che il costo stimato dell'intervento del Dgs non sia superiore all'ammontare dei depositi protetti della banca beneficiaria dell'intervento medesimo. Ai fini del calcolo del least cost, le Autorità di vigilanza e di risoluzione collaborano con il Dgs e forniscono a quest'ultimo tutte le informazioni necessarie; in particolare, l'Autorità di risoluzione deve trasmettere al Dgs la stima del contributo di quest'ultimo nell'ambito di un intervento in risoluzione.

Come si è evidenziato, l'Eba avrebbe il compito di elaborare norme tecniche di regolamentazione del calcolo del minor onere, con riferimento alle metodologie per la stima dei costi a carico del Dgs nello scenario diverso dal payout e in quello di rimborso dei depositanti, ivi incluso il calcolo del ratio of recoveries, nonché alle modalità di contabilizzazione del costo opportunità (change value of money) relativo all'utilizzo delle risorse del Dgs.

Quanto allo Oggetto della garanzia, tra le novità più significative e più discusse della proposta vi è l'estensione dell'ambito di tutela dei Dgs. In particolare, nell'oggetto della tutela rientrerebbero ora le public authorities

¹⁸ Si veda in proposito A PALLINI ed altri, *La Proposta di nuove regole europee sulle crisi bancarie: cosa cambia per il sistema di garanzia dei depositi*, cit, p.73

(scuole, ospedali, piccole comunità locali, ecc.) e viene inoltre confermata la tutela dei client funds, per i quali le linee guida dell'Eba in materia di calcolo delle contribuzioni prevedono di considerare, da luglio 2024, l'intero ammontare della raccolta, qualora non si disponga di informazioni puntuali sui depositi protetti afferenti ai singoli beneficiari sottostanti.

Nella proposta si realizzerebbe una estensione soggettiva dei soggetti ammissibili alla tutela, ma non un superamento del limite quantitativo della garanzia. L'approccio descritto dalla Commissione sembrerebbe dunque propendere verso la tutela della public authority fino a 100.000 euro, senza applicazione di ulteriori differenziazioni.

Con riferimento ai beneficiary account, sulla base di una recente ricognizione realizzata dal Fitd presso le banche consorziate si è rilevato che la loro identificazione non è immediata, stanti anche le attuali istruzioni per la compilazione delle segnalazioni periodiche alle Autorità e i vincoli imposti dalle norme sulla tutela della privacy.

In linea di prima approssimazione, una stima dei beneficiary account ammonta complessivamente a circa 4,7 miliardi di euro, solo in minima parte qualificabili come depositi protetti (100.000 euro per ciascun depositante sottostante). In ragione delle basse percentuali suddette,¹⁹ l'impatto sul calcolo delle contribuzioni derivante dall'inclusione dei beneficiary account secondo le linee guida dell'Eba sembrerebbe a oggi essere sottostimato. Con riferimento alle amministrazioni pubbliche, dall'analisi condotta è emerso che l'applicazione del limite di copertura di 100.000 euro per singola posizione comporterebbe un incremento contenuto dei depositi protetti, nell'ordine di circa 4,5 miliardi di euro

L'analisi quantitativa e gli impatti operativi sono senza dubbio la base di partenza per comprendere la portata del fenomeno, in considerazione del fatto che la proposta di riforma mira a migliorare taluni aspetti della vigente normativa, anche in relazione all'esperienza maturata nell'applicazione delle regole.

Con riferimento all'oggetto della tutela, appare indubbiamente da condividere l'opportunità e la convenienza di tali estensioni, che devono essere

¹⁹ Così A. PALLINI A ed altri, cit, p.74

comunque in linea con il mandato dei Dgs e con l'obiettivo finale di salvaguardare la stabilità del sistema in situazioni di crisi.

5.-La proposta di revisione e le implicazioni sul least cost

Può essere utile richiamare un preliminare esercizio di stima effettuato dal Fitd²⁰ delle potenziali implicazioni degli emendamenti proposti dalla Commissione sul calcolo dell'onere complessivo in uno scenario di liquidazione (least cost). Nel dettaglio, si è comparato la stima dell'onere complessivo a carico del Fitd relativamente a quattro recenti interventi con la pari stima dell'onere computato tenendo conto delle revisioni proposte dalla CMDI.

Da tale esercizio emerge che, nello scenario di liquidazione coatta amministrativa con rimborso dei depositanti (counterfactual), l'ipotetico costo a carico del Dgs sarebbe significativamente maggiore – almeno tre volte superiore – di quello stimato sulla base della metodologia attualmente applicata dal Fitd. Più in dettaglio, riparametrando su base 100 il totale delle attività delle banche per le quali il Fitd ha applicato il least cost test negli interventi considerati nell'esercizio, il costo nello scenario counterfactual sarebbe stato mediamente pari al 7 (su base100) con la metodologia attualmente in uso e 23 con la nuova metodologia proposta dalla Commissione.

Tale incremento è sostanzialmente determinato dai seguenti fattori:

a) il potenziale incremento dei depositi protetti, connesso all'ampliamento della tutela ai depositi delle amministrazioni pubbliche e alla modifica sul calcolo dei depositi afferenti a beneficiary account;

b) la riduzione dei recuperi spettanti al Dgs in virtù dell'abolizione della super depositor preference (current-tier, con i depositi protetti che assumono un rango superiore rispetto agli altri depositi) in favore di una single-tier depositor

²⁰ Riportata in A. PALLINI A. et al, *cit.*

preference, dove tutti i depositi – anche quelli non protetti dal Dgs – concorrono *pari passu* ai riparti della procedura;

c) l'ulteriore riduzione, solo in caso di interventi preventivi, della stima dei recuperi da applicare forfettariamente.

d) nella misura del 15% (ad esempio, l'85% dell'expected ratio of recoveries).

e) L'impatto sarebbe ancor più marcato per quei Dgs che, a differenza del Fitd che ne ha da sempre sostenuto l'introduzione, non considerano nel processo di calcolo gli oneri indiretti connessi al rimborso dei depositanti.

6. Un bilancio su vantaggi e svantaggi della proposta

In sede conclusiva, si possono formulare alcune considerazioni sulle implicazioni della proposta di revisione quanto alla operatività dei sistemi di garanzia dei depositi.

Il lavoro di revisione della Commissione, in linea generale, è stato supportato in via preliminare dall'Eba che ha predisposto specifiche opinions su alcuni dei temi di maggior rilievo dell'attuale Dgsd.²¹ Il lavoro si è realizzato nell'ambito di un'apposita task force dell'Autorità dedicata ai sistemi di garanzia dei depositi, alla quale hanno partecipato le Autorità designate, i Dgs pubblici e alcuni Dgs privati che sono stati invitati a prendere parte ai lavori, tra cui anche il Fitd. I Dgs, in qualità di practitioners della materia, come è logico pensare, hanno svolto un ruolo significativo e hanno contribuito in maniera incisiva a proporre soluzioni ad alcune lacune dell'attuale frame work.

Per contro, va segnalato che sono presenti diversi ulteriori elementi della proposta di revisione CMDI, non affrontati nei lavori della task force poiché intervenuti successivamente nel dibattito, che possono rappresentare elementi di criticità per l'operatività dei Dgs.

Al riguardo, un primo elemento come si è già rilevato, è rappresentato, congiuntamente, dalla revisione del *public interest test* e dall'accresciuta importanza attribuita alla procedura di risoluzione rispetto alla liquidazione. L'allargamento delle "maglie" del test, di fatto, si traduce nell'ampliamento dello spazio di manovra a disposizione delle Autorità di risoluzione per la definizione

²¹ Si veda il richiamo in *Proposta*, cit, p.4.

dei piani di risoluzione. In tale contesto, è ragionevole attendersi che gli scenari liquidatori potranno essere meno frequenti, residuali rispetto alla procedura di risoluzione. Ciò comporterebbe l'assunzione di pari caratteristica di residualità anche per gli interventi (alternativi) del Dgs, che si realizzano nel contesto della liquidazione. In altre parole, un tipo di operatività del Dgs, la misura alternativa appunto, che si è mostrata molto efficace nel passato, in specie nell'esperienza del Fitd, potrebbe risultare limitata dal più frequente ricorso alla risoluzione proposto dalla revisione regolamentare. Un secondo elemento di riflessione attiene al ruolo del Dgs nella risoluzione, così come ridisegnato dalla Commissione. Secondo la regolamentazione oggi vigente, come già sottolineato, l'attuale procedura di risoluzione chiama in causa il Dgs solo quando il livello di perdite sia tale da intaccare potenzialmente i covered deposit. Con la riforma del CMDI framework il Dgs non è più assistito dalla super preference. Nel caso di banche che non abbiano un livello di Mrel almeno pari all'8%, inoltre, il Dgs sarebbe chiamato a intervenire per assorbire le perdite e soddisfare il requisito dell'8% posto come condizione di accesso al fondo di risoluzione. Inoltre, ancora, la proposta legislativa intende cancellare il limite massimo di intervento del Dgs pari al 50% delle risorse/livello obiettivo. In altre parole, il Dgs non interverrebbe quale ultimo cuscinetto di assorbimento delle perdite, ma in via anticipata prima del Fondo di risoluzione. Il Dgs agirebbe da player cruciale nel funding della risoluzione pur sempre nei limiti del least cost e del funding gap individuato dalla risoluzione.

Si tratta di un approccio al finanziamento della risoluzione rovesciato rispetto allo stato attuale. Peraltro, il Dgs svolge una funzione compensatoria di insufficienza di Mrel, riferita in particolare alle banche di piccole o medie dimensioni che hanno difficoltà ad accedere al mercato dei capitali per collocare gli strumenti ammissibili al requisito. In altre parole, l'inadeguatezza di Mrel per talune banche è, per così dire, "socializzata", con oneri a carico delle restanti banche affiliate al Dgs.²² Il funding della risoluzione per le banche poste in risoluzione con carenza di Mrel diviene, nei fatti, basato su risorse domestiche, utilizzate in via prioritaria rispetto al fondo di risoluzione, in

²² In merito vedi le perplessità di L.F. SIGNORINI, *cit.*, p. 8. Per le perplessità espresse dal Europea Forum of Deposit insurers (EFDI) v. *Borsa Italiana*, 13 novembre 2023.

particolare del Single Resolution Fund costituito con risorse mutualizzate nell'Unione Bancaria.

Un terzo profilo di criticità riguarda le implicazioni in termini di costi per il Dgs, con conseguenti ricadute sulle banche aderenti al medesimo, attraverso l'incremento potenzialmente anche rilevante delle contribuzioni. A ben vedere vi sono tre principali driver che spingono in aumento l'onere risultante della proposta di revisione. In primis, l'accresciuta probabilità che le risorse dei Dgs siano utilizzate in risoluzione; secondo, l'allargamento del perimetro dell'oggetto della garanzia alle public authorities, sebbene non sia agevole, per mancanza di dati puntuali, la stima del relativo impatto sul totale dei depositi protetti; simili considerazioni attengono alla prospettata inclusione dei beneficiary account nella base di calcolo delle contribuzioni. Non da ultimo, l'eliminazione della super-depositor preference che impatta sul calcolo del least cost, consentendo, comunque, un maggior margine di manovra del Dgs per gli interventi diversi dal rimborso dei depositanti.

Vanno ancora operate osservazioni riguardano gli interventi preventivi e alternativi. Sul punto, i Dgs europei hanno espresso forti critiche sulle condizioni previste dalla proposta della Commissione, in particolare sulla nota di accompagnamento alla richiesta di intervento e sul remediation plan, contenenti le misure che la banca richiedente si impegna a porre in essere per ristabilire la long term viability. L'insieme di tali condizioni, alcune delle quali anche molto stringenti, in aggiunta a quelle relative al least cost, potrebbero produrre l'effetto di rendere, di fatto, difficilmente implementabili gli interventi di tipo preventivo. Va comunque osservato che, nella disciplina statutaria del Fondo italiano, sono già presenti condizioni simili per la predisposizione del piano di ristrutturazione. La stessa Commissione, probabilmente consapevole della complessità del quadro tracciato, nel dettare i tempi della ipotetica entrata in vigore di tali norme negli ordinamenti nazionali ha previsto un termine di 48 mesi, pari al doppio rispetto a quello (24 mesi) delle altre norme di emendamento alla Dgsd.

In relazione, infine, agli interventi alternativi, il processo di "marketing" del compendio da cedere non appare coerente con la necessità di implementare un'azione rapida ed efficace, che non pregiudichi l'accesso dei depositanti ai

conti. L'esperienza concreta suggerisce che il processo di selezione di potenziali acquirenti richiede tempi di non facile previsione, connessi soprattutto all'individuazione di più soggetti effettivamente interessati a prendere parte all'operazione, che devono essere messi nelle condizioni di operare in maniera competitiva tra loro, sulla base di un processo chiaro e trasparente strutturato in diverse e apposite fasi preparatorie, esecutive e di perfezionamento dell'operazione.

A ciò si aggiunga che allo stato non è chiaro quale debba essere l'organo della banca deputato a condurre tale processo e quando debba avviarlo (il management o i commissari nominati dalla Vigilanza? Il processo di marketing deve essere effettuato prima o dopo l'avvio della liquidazione coatta amministrativa?). L'insieme di tutti questi interrogativi lascerebbe supporre che l'emendamento proposto sia difficilmente conciliabile con la priorità di mettere in atto, come dimostrato dall'esperienza applicativa, un'azione altamente pragmatica, coordinata e veloce. Restano da chiarire numerosi aspetti della proposta legislativa nella parte riferita agli interventi dei Dgs, in primis quelli concernenti le tempistiche degli scambi di informazioni e le competenze dei molteplici soggetti coinvolti al fine di garantire una efficace prevenzione e tempestiva gestione delle crisi, attraverso regole e processi efficienti ed efficaci e tempi rapidi di esecuzione. Appare comunque importante prevedere un ruolo maggiore e formalizzato dei Dgs nelle interlocuzioni con le Autorità nazionali ed europee, al fine di definire congiuntamente, e in maniera proattiva e collaborativa, la misura di intervento più efficace ed efficiente, in linea con le migliori pratiche.²³

Last but not least, un ulteriore aspetto di riflessione riguarda la normativa sugli aiuti di stato e gli interventi dei Dgs. La proposta di revisione della Commissione non ha toccato il punto, sebbene gli stessi abbiano una rilevanza significativa per gli impatti sull'operatività dei sistemi di garanzia proprio nell'ambito della regolamentazione oggetto di revisione, nonché tenuto conto

²³ *Decisamente contrario alla Proposta di riforma dei DGS*, S. MACCARONE, *La gestione delle banche less significant, Un problema irrisolto*, cit., pp. 343 e ss.

della recente giurisprudenza favorevole in merito a sostegno dell'ampia portata del mandato dei sistemi di garanzia.²⁴

²⁴ La Commissione europea, con decisione del 21 settembre 2023, nel riesaminare il caso Tercas in conformità delle pronunce del Tribunale e della Corte di giustizia europei, ha concluso che il sostegno concesso dal Fitd alla banca non era imputabile all'Italia e dunque non costituiva un aiuto di Stato illegittimo.

Sulla problematica suscitata dal caso Tercas si veda L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 184 e ss.; M. CLARICH - P.E. PISANESCHI, *"Aiuti di Stato e tutela della concorrenza: i casi Tercas, Monte dei Paschi e Carige"*, in P. CHITI - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pisa, 2022, pp. 159 e ss.; G. BOCCUZZI, *"Le crisi bancarie in Italia (2014-2020). Insegnamenti e riflessioni per la regolamentazione"*, BANCARIA EDITRICE, Roma, 2022, pp. 50-54.

L'International Compliance Assurance Programme (ICAP): la nuova frontiera della Tax Compliance?

di **Fabio Cocco**

Dottorando di ricerca in Diritto tributario presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

ABSTRACT

ABSTRACT

On 18 February 2021, the OECD published the ICAP (International Compliance Assurance Programme) manual, which after the two test periods (Pilot 1 and Pilot 2) entered a fully operational phase.

The ICAP is a multilateral Cooperative Compliance programme aimed at identifying and preventing tax risks at the international level, which is an innovative tool to respond to the increasingly felt need to facilitate cooperation between tax administrations and large international groups, trying to provide an environment of greater tax certainty and transparency.

It is therefore necessary to reflect on the main novelties of this programme, on its possible coordination with other institutes of international tax law, and on the guarantees it can offer the taxpayers.

SINTESI

SINTESI

Il 18 febbraio 2021 l'OCSE ha pubblicato il manuale ICAP (International Compliance Assurance Programme) che, dopo i due periodi di prova (Pilot 1 e Pilot 2), è entrato in una fase pienamente operativa.

L'ICAP è un programma di Cooperative Compliance multilaterale finalizzato all'individuazione e alla prevenzione dei rischi fiscali a livello internazionale, che si configura come strumento innovativo per rispondere all'esigenza sempre più avvertita di agevolare la collaborazione tra le Amministrazioni fiscali e i gruppi

internazionali di grandi dimensioni, cercando di fornire un contesto di maggiore certezza fiscale e trasparenza.

Si tratta, dunque, di riflettere sulle principali novità di questo programma, su un suo possibile coordinamento con gli altri istituti del diritto tributario internazionale e sulle garanzie che è in grado di offrire ai contribuenti.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** La nascita dell'ICAP e la sua evoluzione nel panorama internazionale - 2.1. ICAP 1.0 - 2.2. ICAP 2.0 - 2.3. La versione permanente dell'ICAP - **3.** L'amministrazione fiscale capofila e le amministrazioni fiscali coperte - 3.1. Rischi coperti, operazioni coperte, periodi coperti e periodi roll-forward - **4.** Le fasi dell'ICAP - 4.1. Risk assessment and issue resolution - 4.3. Outcomes - **5.** Il rapporto tra l'ICAP e gli altri istituti del diritto tributario internazionale - **6.** European Trust and Cooperation Approach (ETACA): cenni

1. Introduzione

Fin dalle origini del diritto tributario internazionale le amministrazioni fiscali e i contribuenti hanno ricoperto rispettivamente il ruolo di “*cops and robbers*”, un gioco di potere fondato sulla sfiducia reciproca tra le parti. Secondo questo approccio, le amministrazioni fiscali percepiscono i contribuenti come “ladri” (*robbers*) che cercano di sottrarsi al pagamento dei tributi dovuti ogniqualvolta si presenti l’opportunità, e, per tale motivo, necessitano di un controllo costante. Dall’altro lato invece, i contribuenti si sentono perseguitati dalle amministrazioni fiscali (*cops*), adottando, di conseguenza, un comportamento volto ad occultare una parte dei propri profitti.¹

Tuttavia, gli ultimi dieci anni sono stati caratterizzati da una crescente

¹ Cfr. E. KIRCHLER, E. HOELZL, L. WAHL, *Enforced versus voluntary tax compliance: the “slippery slope” framework*, in *Journal of Economic Psychology*, 2008, pp. 210–225.

cooperazione tra amministrazioni fiscali e contribuenti (in particolare di grandi dimensioni). Difatti, diversi Paesi (tra cui l'Italia), su impulso dell'OCSE, hanno introdotto dei regimi di *Cooperative Compliance* volti a modernizzare il rapporto Fisco-contribuente, incentivando un dialogo *ex ante* tra le parti basato sulla fiducia e la trasparenza.

Stiamo dunque assistendo a un periodo storico in cui l'approccio "*cops and robbers*" viene gradualmente sostituito da un approccio "*service and client*", secondo il quale le amministrazioni fiscali percepiscono il contribuente come un "cliente" nei confronti del quale prestare un servizio professionale equo. In questo modo, i contribuenti, percependo le amministrazioni fiscali come solidali, sono propensi a collaborare volontariamente (*voluntary disclosure*).

Ed è proprio in questo contesto che si inserisce l'*International Compliance Assurance Programme (ICAP)*, un nuovo programma lanciato dall'OCSE per la prima volta nel 2018, ma la cui versione definitiva è stata pubblicata solamente il 18 febbraio 2021.

Nel presente contributo, dopo aver fornito una ricostruzione storico-evolutiva dell'ICAP, si analizzerà il contenuto del programma, illustrandone i tratti principali.

Dopodiché, si effettuerà un confronto tra l'ICAP e gli altri istituti del diritto tributario internazionale, evidenziando i punti di forza e di debolezza di questo nuovo programma.

Infine, ci si interrogherà sugli effetti giuridici dell'ICAP, cercando di capire se quest'ultimo sia compatibile con l'ordinamento tributario nazionale. Si rifletterà, dunque, sulla nozione di *Tax Assurance*, ancora inesplorata dalla dottrina tributaria italiana e il cui significato, ad oggi, solleva non pochi dubbi esegetici. Più precisamente, si cercherà di capire se tale nozione, che, data la sua vaghezza, risulta foriera di applicazioni contraddittorie, contrasti con il principio della certezza del diritto che, come noto, è un pilastro dell'ordinamento giuridico tributario, in quanto rappresenta l'affidamento che gli operatori economici ripongono sulla chiarezza delle norme impositive.

2. La nascita dell'ICAP e la sua evoluzione nel panorama internazionale

Nei primi anni 2000 si è assistito a una rivalutazione delle tradizionali modalità tramite le quali i contribuenti e le amministrazioni fiscali interagivano tra loro, venendosi a consolidare l'idea di un'interazione basata sulla cooperazione.

I primi Paesi ad adottare approcci relazionali basati sulla fiducia, collaborazione e cooperazione, utilizzando la deterrenza solo come strumento di ultima istanza, sono stati l'Australia (2001), il Sudafrica (2004), l'Irlanda (2005), i Paesi Bassi (2005), gli Stati Uniti (2005) e il Regno Unito (2006).²

Nel 2008 l'OCSE ha analizzato l'esperienza di tre di questi Paesi³ e ha proposto lo sviluppo di un programma basato su un rapporto più collaborativo e sulla fiducia tra gli enti impositori e le grandi società contribuenti.⁴

Si trattava della cosiddetta *Enhanced Relationship* (relazione rafforzata), un approccio secondo il quale le amministrazioni fiscali dovrebbero comportarsi

² MARIO H. MARTINI, *Introduction: An Investigation of Cooperative Compliance Regimes and the ICAP*, in R. HEIN e R. RUSSO (eds.) (2020): *"Co-operative Compliance and the OECD's International Compliance Assurance Programme"*, EUCOTAX Series on European Taxation, vol. 68, Wolters Kluwer, p. 38.

³ Irlanda, Paesi Bassi e Stati Uniti.

⁴ Cfr. OECD (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries*.

con “consapevolezza commerciale,⁵ imparzialità,⁶ proporzionalità,⁷ apertura attraverso la divulgazione e la trasparenza e reattività”,⁸ mentre in capo ai contribuenti incombono obblighi di “divulgazione e trasparenza”.⁹

Successivamente, nel 2013, l'OCSE ha sostituito la terminologia *Enhanced Relationship* con “*co-operative compliance*”, termine che da quel momento in poi è stato ampiamente adottato per indicare qualsiasi approccio che promuova un rapporto tra contribuenti e amministrazioni fiscali basato su fiducia, collaborazione e cooperazione.¹⁰

Tuttavia, ad oggi, poiché non esiste ancora una comprensione uniforme della

⁵ Cfr. OECD (2008), *cit.*, pp. 34-35. La “consapevolezza commerciale”, così come descritta dal documento OCSE del 2008, richiede alle amministrazioni fiscali di acquisire, in primo luogo, conoscenze sull'ampio contesto all'interno del quale operano i grandi contribuenti. Ciò comprende, ad esempio:

come le aziende operano e competono nel mercato nazionale, regionale e globale;

concetti di pianificazione strategica e aziendale;

rendicontazione finanziaria della società pubblica, informativa finanziaria e contabilità finanziaria.

In secondo luogo, le amministrazioni fiscali devono comprendere le caratteristiche del settore industriale in cui opera un determinato contribuente, tra le quali rientrano le norme del settore in cui opera la multinazionale, i prodotti e le strategie di marketing, la proprietà intellettuale e i rischi commerciali.

Infine, le amministrazioni fiscali devono comprendere le caratteristiche uniche del *business* di una multinazionale. Ad esempio, la *corporate governance* della società, la sua struttura manageriale e i suoi processi decisionali.

⁶ Cfr. OECD (2008), *cit.*, p. 35. Per “imparzialità” si intende che le amministrazioni fiscali devono garantire un elevato livello di coerenza e obiettività per la risoluzione dei problemi. Dunque, l'approccio adottato dalle amministrazioni fiscali nel processo di risoluzione di determinate questioni dovrebbe essere coerente e incentrato sul giusto ammontare delle imposte e non sulla massimizzazione del gettito fiscale.

⁷ Cfr. OECD (2008), *cit.*, pp. 35-36. La “proporzionalità” riguarda la scelta delle amministrazioni fiscali su come allocare le risorse, decidere a quali contribuenti, a quali dichiarazioni fiscali e a quali questioni fiscali dare priorità e, infine, come rispondere in modo appropriato.

⁸ Cfr. OECD (2008), *cit.*, p. 37. L'OCSE, quando parla di “reattività”, fa riferimento al fatto che i contribuenti dovrebbero ricevere risposte rapide, efficienti e professionali quando presentano richieste alle amministrazioni fiscali.

⁹ Cfr. OECD (2008), *cit.*, pp. 36-37. L'apertura alla “divulgazione e trasparenza” si applica sia alle amministrazioni fiscali che ai contribuenti.

Dal punto di vista del contribuente, ci si aspetta che le amministrazioni fiscali condividano le loro strategie di gestione del rischio, il modo in cui selezionano i contribuenti e le transazioni da sottoporre a verifica.

Dal punto di vista dell'amministrazione fiscale invece, è necessario che i contribuenti accettino di andare anche oltre l'adempimento degli obblighi di dichiarazione previsti dalla legge.

definizione di *Co-operative Compliance*, i pilastri e le procedure adottate da ciascun Paese possono variare notevolmente.

Il numero di Paesi che hanno aderito alla *Cooperative Compliance* è passato da sei nel 2008 a ventidue nel 2017.

Nello stesso anno, l'OCSE e il Fondo Monetario Internazionale (FMI) hanno pubblicato il *Report sulla Tax Certainty*.¹¹ Sia l'OCSE che il FMI, nonostante avessero apprezzato il progresso compiuto dal progetto BEPS nella lotta all'evasione e all'elusione fiscale attraverso l'introduzione di una legislazione più solida e una maggiore trasparenza, sono giunti alla conclusione che fosse ancora più importante focalizzare l'attenzione sulla *Tax Certainty*, poiché solamente quest'ultima sarebbe stata in grado di sostenere il commercio, gli investimenti e, dunque, la crescita economica.¹²

Ciò che preoccupava l'OCSE e il FMI è che il BEPS potrebbe portare ad un aumento delle controversie fiscali, che a loro volta creano incertezza, poiché i contribuenti si troverebbero a dover dialogare con autorità fiscali che assumono posizioni diverse in relazione ai medesimi fatti.¹³

Per i motivi anzidetti, nel corso del 2017, per dare seguito al *Report sulla Tax Certainty*, le amministrazioni fiscali di Australia, Italia, Giappone, Paesi Bassi,

¹⁰ Si veda OECD (2013), *Co-operative Compliance: A Framework—From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, Paris.

¹¹ IMF/OECD (2017), *Report on Tax Certainty*, Paris.

Il 18 marzo 2017 è stato pubblicato il Rapporto OCSE/FMI sulla certezza fiscale per i ministri delle Finanze e i governatori delle banche centrali del G20. Questo rapporto esplora la natura dell'incertezza fiscale, le sue principali fonti e i suoi effetti sulle decisioni delle imprese, delineando una serie di approcci concreti per aiutare i responsabili politici e le amministrazioni fiscali a creare un ambiente fiscale più certo.

¹² Cfr. H. RIJSBERGEN, *The ICAP Experience: From a Tax Authority Perspective*, in R. HEIN e R. RUSSO (eds.) (2020), *cit.*, pp. 65-67.

¹³ *Ibidem*. Di regola, la maggior parte delle controversie fiscali concernono i prezzi di trasferimento e la stabile organizzazione, e dovranno essere risolte nell'ambito delle procedure amichevoli (MAP) le cui linee guida sono contenute nell'Action 14 del BEPS.

Sebbene le procedure amichevoli siano strumenti internazionali molto importanti, le autorità fiscali e le multinazionali hanno più volte espresso un interesse comune ad evitare tali procedure. Ciò fondamentalmente per due motivi: il primo, è che la procedura amichevole è una procedura tra due autorità fiscali, quindi senza il coinvolgimento diretto del contribuente; il secondo motivo è legato al fatto che l'incertezza fiscale potrebbe durare a lungo, considerato che una procedura amichevole potrebbe durare diversi anni.

Infine, va detto che non tutti i casi di MAP si concludono con una risoluzione soddisfacente delle controversie, il che potrebbe condurre ad un fenomeno di doppia imposizione.

Spagna e Regno Unito si sono unite al Canada e agli Stati Uniti e, insieme al Segretariato dell'OCSE, hanno lavorato per sviluppare un manuale che è diventato la base per un primo progetto pilota (*Pilot 1*) di *International Compliance Assurance Programme* (ICAP).¹⁴

L'ICAP è un programma volontario, multilaterale e cooperativo di analisi e garanzia dei rischi fiscali internazionali, ed è stato concepito come un approccio rapido e coordinato (le amministrazioni fiscali e i contribuenti cooperano quasi in tempo reale) per fornire ai gruppi multinazionali che intendono impegnarsi attivamente, apertamente e in modo del tutto trasparente, una maggiore certezza fiscale per quanto concerne le loro attività, identificando, al contempo, le aree che richiedono ulteriori controlli.

2.1. ICAP 1.0

Il lancio del primo progetto pilota è avvenuto nel corso di un evento organizzato dall'IRS (*Internal Revenue Service*) a Washington DC il 23 gennaio 2018.¹⁵ Tale evento ha riunito le otto amministrazioni fiscali partecipanti¹⁶ e i gruppi multinazionali con sede nelle loro giurisdizioni che si erano offerti di partecipare al progetto pilota.

L'ambito di applicazione è stato limitato inizialmente ai prezzi di trasferimento e ai rischi di stabile organizzazione, con l'ulteriore dichiarazione che "a seguito del progetto pilota, le future valutazioni del rischio ICAP avrebbero potuto riguardare anche altri rischi fiscali internazionali rilevanti".

Questa prima versione dell'ICAP prevedeva potenzialmente quattro fasi:

- 1) una fase iniziale (*initial phase*);
- 2) la fase di valutazione del rischio di livello 1 (*level 1 risk assessment*), intesa come una fase di valutazione generale;

¹⁴ OECD (2018): *International Compliance Assurance Programme. Pilot Handbook*, Paris.

¹⁵ Non è un caso che il programma sia stato inaugurato proprio negli Stati Uniti.

Difatti, i tratti fondamentali dell'ICAP derivano dal CAP (*Compliance Assurance Process*), il programma sulla *tax compliance* sviluppato dall'*Internal Revenue Service* statunitense. Cfr. OCSE (2008), *cit*, pp. 83-86.

In particolare, il programma venne illustrato da *David Kautter* (in qualità di Commissario-incaricato dell'IRS) e da *Bob Hamilton*, commissario del CRA, l'Agenzia delle Entrate canadese.

¹⁶ Australia, Italia, Giappone, Paesi Bassi, Spagna, Regno Unito, Canada e Stati Uniti.

3) l'eventuale fase di valutazione del rischio di livello 2 (*level 2 risk assessment*), intesa come fase di valutazione più approfondita;

4) l'emissione di una lettera di esito (*outcome letter*).

La fase iniziale prevedeva che le multinazionali fornissero alle amministrazioni fiscali un pacchetto *standard* di documentazione.

Una volta ricevuta tale documentazione, si passava alla fase di valutazione del rischio di livello 1. Questa fase prevedeva che le amministrazioni fiscali cooperassero tra loro per poter valutare i rischi relativi a determinate transazioni del gruppo multinazionale. Due erano i possibili esiti: 1) le amministrazioni fiscali consideravano un rischio come "basso", e, quindi, le transazioni analizzate non necessitavano di ulteriori controlli;¹⁷ 2) le amministrazioni fiscali non erano in grado di considerare un rischio come "basso", di conseguenza era necessario un controllo più approfondito su tutte o una parte delle transazioni analizzate. In quest'ultimo caso, l'ICAP suggeriva di passare alla terza fase.

Nella fase di valutazione del rischio di livello 2 veniva effettuata un'analisi più dettagliata ed esaustiva. In questo caso erano tre i possibili esiti:¹⁸ 1) le amministrazioni fiscali valutavano i rischi come "bassi"; 2) le amministrazioni fiscali identificavano alcuni aspetti della dichiarazione dei redditi del gruppo multinazionale per i quali erano necessarie alcune modifiche, al fine di valutare se determinati rischi fossero o meno considerabili come "bassi"; 3) le amministrazioni fiscali, anche dopo un'analisi dettagliata della dichiarazione dei redditi del gruppo multinazionale, non erano in grado di giungere a delle conclusioni con riferimento a dei rischi connessi a determinate transazioni.

L'ultima fase prevedeva l'emissione di una "lettera di esito" (*outcome letter*) da parte di ogni singola amministrazione fiscale, dove quest'ultima illustrava i risultati delle proprie valutazioni.

Gli elementi fondamentali del primo progetto pilota hanno ricevuto un

¹⁷ In questi casi l'ICAP suggeriva di passare direttamente alla quarta fase (*outcomes*), in quanto non era necessario procedere con la terza fase (*level 2 risk assessment*).

¹⁸ Si vedano B. HEIDECHE e L. SLAGTER, *The International Compliance Assurance Programme and Joint Audits: A New Epoch of Transfer Pricing Audits?*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2018, p. 183.

feedback positivo dai partecipanti.¹⁹ In particolare, i gruppi di multinazionali hanno apprezzato il ruolo centrale svolto dall'amministrazione fiscale capofila,²⁰ che ha fornito loro un unico punto di contatto nonostante il coinvolgimento di più amministrazioni fiscali nella valutazione del rischio.²¹

I gruppi di multinazionali hanno anche apprezzato le scadenze chiare fissate per la presentazione delle domande da parte delle amministrazioni fiscali interessate e per la fornitura delle risposte.

Infine, è stato elogiato l'uso di un unico pacchetto di documentazione da parte di tutte le amministrazioni fiscali partecipanti, che conteneva in gran parte informazioni che i gruppi multinazionali avevano già a disposizione o che potevano ottenere con ragionevole facilità, anche se sono state sollevate preoccupazioni per il fatto che richiedesse di fornire alcune informazioni su transazioni che alla fine non sono state esaminate da un'amministrazione fiscale (ad esempio, perché il gruppo multinazionale aveva già un APA in atto).²²

2.2. ICAP 2.0

All'inizio del 2019 il *Forum on Tax Administrations* (FTA) ha stabilito che il primo progetto pilota avesse dimostrato i benefici dell'ICAP, ma che fosse necessario un ulteriore lavoro di revisione del programma per tenere conto del *feedback* delle amministrazioni fiscali e dei gruppi di multinazionali partecipanti.²³

Alla plenaria del FTA tenutasi a Santiago del Cile nel marzo 2019 è stato quindi annunciato un secondo progetto pilota (ICAP 2.0),²⁴ che ha esteso

¹⁹ Si veda J. STANLEY-SMITH (2019): "Tax heads encourage more companies to use ICAP", in *International Tax Review*, July 10.

²⁰ Per un'analisi più approfondita sul ruolo svolto dall'amministrazione fiscale capofila, si rinvia ai parr. 2 e ss.

²¹ A. PROSS e M. JOHNSON, *International Compliance Assurance Programme*, in R. HEIN e R. RUSSO, *op. cit.*, p. 55.

²² *Ibidem*, pp. 56-57.

²³ Si veda J. STANLEY-SMITH (2019), *cit.*; J. STANLEY-SMITH (2019), *Respol's participation in ICAP*, in *International Tax Review*, July 10; J. STANLEY-SMITH (2019), *Shell's participation in ICAP*, in *International Tax Review*, July 10.

²⁴ OECD (2019): *International Compliance Assurance Programme. Pilot Handbook 2.0*, Parigi.

I Paesi partecipanti al secondo progetto pilota erano diciassette. Alle otto giurisdizioni iniziali si sono unite: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Lussemburgo,

l'ambito di applicazione anche agli accordi sui disallineamenti da ibridi e alle ritenute alla fonte, e, al tempo stesso, ha incorporato una serie di miglioramenti.

In primo luogo, per risolvere alcune delle problematiche verificatesi nel primo periodo di prova,²⁵ si è cercato di garantire che la documentazione richiesta al contribuente fosse più mirata. A tal fine, è stata introdotta una nuova procedura di selezione (il cosiddetto "*scoping*"), che iniziava non appena veniva stabilito, dopo la conclusione della fase di presentazione delle domande (il cosiddetto "*pre-entry*"),²⁶ che un'impresa potesse partecipare alla procedura ICAP.²⁷

Durante la fase di *scoping* il gruppo multinazionale doveva fornire:

- un *Country by Country Report*;
- un *Master File*;
- informazioni dettagliate sulla struttura del gruppo;
- informazioni su eventuali *Advanced Pricing Agreement o ruling* in essere.

In secondo luogo, il progetto di valutazione del rischio è stato reso più chiaro, efficiente e flessibile. La distinzione tra valutazione del rischio di livello 1 e valutazione del rischio di livello 2 prevista dall'ICAP 1.0 è stata abbandonata (le due fasi sono state sostituite da un'unica fase chiamata *risk assessment and issue resolution*), ed è stata introdotta una maggiore flessibilità per quanto riguarda i tempi, il formato e il contenuto delle discussioni multilaterali.

L'ultima fase dell'ICAP 2.0 coincideva con quella della precedente versione.

In estrema sintesi, l'ICAP 2.0 prevedeva le seguenti fasi:

1. *pre-entry*;
2. *scoping*;
3. *risk assessment and issue resolution*;
4. *outcomes*.

Norvegia, Polonia.

Due mesi dopo il lancio del programma si è unita anche la Francia (i Paesi partecipanti sono quindi diventati diciotto).

²⁵ Alcune multinazionali che hanno partecipato all'ICAP 1.0 (Barilla, *Respol* e *Shell*) si sono lamentate del fatto che molti documenti richiesti per la valutazione di determinate transazioni non siano stati effettivamente utilizzati dalle amministrazioni fiscali.

²⁶ La fase di *pre-entry* consentiva alle imprese multinazionali di valutare se beneficiare dell'ICAP e alle amministrazioni fiscali di decidere se fossero disposte a partecipare alla valutazione e garanzia dei rischi del gruppo multinazionale.

²⁷ Si veda J. STROHM, *Das International Compliance Assurance Programme der OECD*, in *Internationale Steuer-Rundschau (ISR)*, n. 6, 2019, pp. 217-223.

2.3. La versione permanente dell'ICAP

In occasione della sua riunione plenaria virtuale tenutasi il 7 e 8 dicembre 2020, il FTA ha annunciato che l'ICAP sarebbe passato da una fase pilota a un programma consolidato.

Dopo le due edizioni pilota del 2018 e 2019 l'ICAP è quindi diventato permanente nel febbraio del 2021, grazie alla realizzazione di un manuale intitolato ***International Compliance Assurance Programme: handbook for tax administrations and MNE groups***²⁸ (d'ora in avanti *Handbook* o Manuale ICAP), che incorpora l'esperienza dei due progetti pilota.²⁹

Il Manuale ICAP prevede che lo sviluppo del processo di valutazione e garanzia del rischio ICAP si basi su sei fattori chiave:³⁰

- **offrire un percorso verso una maggiore certezza fiscale per i gruppi multinazionali.** Programmi come l'ICAP si basano su una maggiore trasparenza, cooperazione e collaborazione tra le amministrazioni fiscali e i gruppi multinazionali, influenzando positivamente il comportamento dei contribuenti e, al contempo, fornendo ai gruppi multinazionali un percorso verso una maggiore certezza fiscale. Inoltre, i programmi multilaterali rappresentano anche una risposta positiva al progetto BEPS, in quanto i gruppi multinazionali sono più propensi ad impegnarsi attivamente e in modo trasparente, di conseguenza verrebbero limitate le potenziali condotte evasive e/o elusive.

- **Una risoluzione più efficace delle controversie.** L'Action 14 del BEPS prevede l'attuazione di procedure amichevoli (MAP) più efficienti ed efficaci per poter ridurre i rischi di incertezza e di doppia imposizione. L'ICAP, effettuando una valutazione preventiva dei rischi potenziali, potrà sostenere questa iniziativa, consentendo alle amministrazioni fiscali e ai gruppi multinazionali di

²⁸ OECD (2021), *International Compliance Assurance Programme – Handbook for tax administrations and MNE groups*, Paris.

²⁹ Attualmente, i Paesi che partecipano all'ICAP sono ventidue. Alle diciotto giurisdizioni partecipanti all'ICAP 2.0 si sono uniti anche Singapore, Argentina, Cile e Colombia.

³⁰ Cfr. *Handbook*, pp. 6-7. Alcuni di questi fattori concernono i meccanismi che forniscono una maggiore certezza del diritto ai gruppi multinazionali e alle amministrazioni fiscali sulla base dei risultati del progetto BEPS e dell'*Inclusive Framework* dell'OCSE; altri riguardano la tendenza a una maggiore collaborazione e cooperazione tra le diverse amministrazioni fiscali e tra le amministrazioni fiscali e i gruppi multinazionali.

trovare degli accordi sulle transazioni internazionali più complesse. Dunque, la sua funzione sarebbe quella di strumento preventivo delle controversie.

- **Quadri di *compliance* consolidati per i gruppi multinazionali.** Il Forum sull'Amministrazione Fiscale dell'OCSE ha identificato e implementato le migliori pratiche nell'ambito della *cooperative compliance*, delle verifiche congiunte, dei quadri di controllo fiscale e della gestione differenziata del rischio. Di conseguenza, ad oggi, le amministrazioni fiscali si trovano nella posizione migliore per intraprendere l'analisi del rischio su base comune e multilaterale.

- **Progressi nella collaborazione internazionale.** Di particolare rilievo è l'opportunità di interazione congiunta e multilaterale tra le amministrazioni fiscali dell'OCSE fornita dal *Forum on Tax Administration* (FTA), così come la possibilità di interagire con le multinazionali attraverso i numerosi *forum* che supportano questo tipo di iniziative, come la *Joint International Taskforce on Shared Intelligence and Collaboration* (JITSIC) e il *Large Business and International Programme* (LBIP).

- **Informazioni migliori e più standardizzate per la valutazione del rischio di *transfer pricing*.** Grazie all'*Action 13* del BEPS e al *Signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country-by-Country Reports* (Cbc MCCA), le amministrazioni fiscali hanno ora a disposizione maggiori informazioni per valutare i rischi di non conformità sulla base della documentazione sui prezzi di trasferimento e dei *Country-by-Country Reports*. L'ICAP mira a rendere possibile, sulla base dell'accesso a tale documentazione standardizzata da parte delle diverse amministrazioni fiscali, la classificazione dei gruppi multinazionali in base al rischio di non conformità fiscale, concentrando i controlli sui contribuenti con un livello di rischio più elevato. In questo modo, da un lato, i gruppi multinazionali che operano in modo trasparente e che dimostrano un rischio "basso" acquisiranno un maggior grado di "garanzia fiscale"; dall'altro lato, le amministrazioni fiscali saranno più efficienti, in quanto si concentreranno solo sui casi con rischi fiscali più elevati e garantiranno, infine, un più alto tasso di conformità fiscale.³¹

³¹ In tal senso, si veda A. RIBES RIBES, *Retos del International Compliance Assurance Programme (ICAP) Permanente de la OCDE como Modelo de Cumplimento Cooperativo*

- **Sfruttare le maggiori opportunità di impegno multilaterale per fornire maggiori garanzie alle amministrazioni fiscali.** A seguito del progetto BEPS le amministrazioni fiscali hanno a disposizione un volume crescente di dati che possono essere utilizzati per identificare e rispondere ai rischi di *compliance* in modo più efficiente. I programmi multilaterali possono fornire ulteriori garanzie alle amministrazioni fiscali partecipanti, fornendo una base più solida e ponderata per la valutazione del rischio e consentendo di prendere decisioni in consultazione con altre amministrazioni fiscali piuttosto che unilateralmente.

Attualmente la valutazione del rischio ICAP di un gruppo multinazionale, a differenza delle precedenti versioni, comprende (formalmente) tre fasi: 1) *selection*; 2) *risk assessment and issue resolution*; 3) *outcomes*. In realtà, è prevista anche una fase preliminare informale, simile alla fase di *pre-entry* dell'ICAP 2.0.

Prima però di entrare nel vivo dell'ICAP, e, quindi, prima di analizzare le tre fasi, al fine di una maggiore chiarezza espositiva, si ritiene doveroso fornire: *in primis*, alcune indicazioni circa i diversi ruoli ricoperti dalle amministrazioni fiscali operanti all'interno del programma; *in secundis*, alcuni chiarimenti su quali rischi, quali transazioni e quali periodi di imposta saranno oggetto di valutazione e garanzia nell'ambito della procedura ICAP.

3. L'amministrazione fiscale capofila e le amministrazioni fiscali coperte

Le amministrazioni fiscali membri del FTA che partecipano all'ICAP sono elencate sul sito *web* dell'OCSE.³²

Di regola, la **Lead tax administration** (amministrazione fiscale capofila) si trova nella giurisdizione dell'Ultimate Parent Entity (d'ora in avanti UPE) di un gruppo multinazionale.

Pertanto, un gruppo multinazionale con la sua UPE residente nella giurisdizione di una delle amministrazioni fiscali iscritte sul sito *web* dell'OCSE dovrebbe prima rivolgersi a tale amministrazione fiscale per discutere la

Multilateral, in *Cronica Tributaria*, n. 182, 2022, p. 95.

³² L'elenco è disponibile al sito <https://www.oecd.org/tax/administration/international-compliance-assurance-programme.htm>.

partecipazione al programma.³³

Se l'amministrazione fiscale della UPE non è disposta ad agire come amministrazione fiscale capofila, o comunque non è inclusa nell'elenco del sito web OCSE, il gruppo multinazionale, previa comunicazione alla propria amministrazione fiscale UPE, ha l'opportunità di rivolgersi a un'amministrazione fiscale di un'altra giurisdizione in cui possiede una parte rilevante delle proprie attività, chiedendole di agire come amministrazione fiscale capofila surrogata (*surrogate lead tax administration*).

In quest'ultimo caso, il gruppo multinazionale dovrà rilevare l'identità della propria amministrazione fiscale UPE, fornendo anche dei chiarimenti in merito alle motivazioni per le quali la giurisdizione fiscale UPE non è disposta ad agire come amministrazione fiscale capofila.

Ad ogni modo, l'amministrazione fiscale che intende confermare la propria disponibilità ad agire come amministrazione fiscale capofila surrogata del gruppo multinazionale dovrà prima informare l'amministrazione fiscale dell'UPE.

Per quanto attiene invece alle altre amministrazioni fiscali che partecipano all'ICAP, esse vengono definite dall'*Handbook* come **Covered tax administrations** (amministrazioni fiscali coperte). L'*Handbook* non prevede un limite al numero di amministrazioni fiscali che potranno partecipare alla valutazione del rischio ICAP, ciò significa che il numero di amministrazioni fiscali partecipanti sarà valutato caso per caso dall'amministrazione fiscale capofila e dal gruppo di multinazionali.³⁴

Infine, va detto che per poter garantire un più efficace processo di valutazione e garanzia del rischio ICAP, le amministrazioni fiscali che intendono partecipare al programma dovrebbero far parte: *in primis*, di giurisdizioni in cui il gruppo multinazionale realizza una parte significativa dei propri ricavi e in cui svolge le sue attività chiave; *in secundis*, di giurisdizioni in cui sono in vigore accordi internazionali che consentono lo scambio di informazioni fiscali con l'amministrazione fiscale capofila e con tutte le altre amministrazioni fiscali che

³³ Cfr. *Handbook*, p.15.

³⁴ Cfr. *Handbook*, p. 15, dove si chiarisce che una valutazione del rischio multilaterale, tenuto conto dell'esperienza dei primi due progetti pilota, per poter essere più efficace debba includere da quattro a otto amministrazioni fiscali.

partecipano al programma.³⁵

3.1. Rischi coperti, operazioni coperte, periodi coperti e periodi roll-forward

Come detto in precedenza,³⁶ i rischi fiscali internazionali e transfrontalieri che possono essere ricoperti da una valutazione del rischio ICAP comprendono:

- rischio di *transfer pricing*;
- rischio di stabile organizzazione;
- altri rischi fiscali, con particolare riferimento ai disallineamenti da ibridi e alle ritenute alla fonte.

Tali rischi vengono definiti dall'*Handbook* come **covered risks** (rischi coperti), e, ciascuno di essi, può comprendere un certo numero di **covered transactions** (transazioni coperte).

Nel valutare i "rischi coperti" le amministrazioni fiscali coinvolte dovranno conoscere la catena del valore e le politiche fiscali di un gruppo multinazionale, tenuto conto anche delle attività che il gruppo esercita in giurisdizioni diverse da quelle delle amministrazioni fiscali coperte. Dunque, è di fondamentale importanza comprendere che le transazioni coperte non sempre si limitano a quelle tra giurisdizioni delle amministrazioni fiscali coperte, ma possono anche includere transazioni con giurisdizioni di amministrazioni fiscali non coperte, che quindi non partecipano alla valutazione del rischio ICAP.

Al fine di una più corretta ed efficace valutazione del rischio, tutte le amministrazioni fiscali interessate, nella loro valutazione del rischio ICAP, dovrebbero includere tutti i rischi coperti e le transazioni coperte rilevanti. Tuttavia, poiché ciò non sempre è possibile, in alcuni casi di valutazione del rischio ICAP non si terrà conto di alcuni rischi coperti o transazioni coperte, previo accordo di altre amministrazioni fiscali coperte e del gruppo multinazionale durante la fase di selezione.³⁷

³⁵ Cfr. *Handbook*, p. 16. Si prevede che in molti casi la Convenzione multilaterale per la mutua assistenza in materia fiscale sarà utilizzata per fornire la base giuridica per lo scambio di informazioni, ma potranno essere utilizzati, a seconda dei casi, anche altri accordi come le convenzioni contro la doppia imposizione (DTC) e gli accordi per lo scambio di informazioni fiscali (TIEA).

³⁶ Si vedano i parr. 1.1. e 1.2.

³⁷ Cfr. *Handbook*, p. 17. Di regola, se un'amministrazione fiscale coperta è parte di un'APA unilaterale, bilaterale, multilaterale o di un *ruling* fiscale con riferimento ad una determinata

Per quanto concerne i periodi di imposta che saranno oggetto di valutazione del rischio ICAP, l'*Handbook* opera una distinzione tra **covered period or periods** (periodo o periodi coperti) e **roll-forward periods** (periodi di proroga).

In una valutazione del rischio ICAP il periodo o i periodi coperti coincidono con i periodi di dichiarazione dei redditi di un gruppo multinazionale per i quali è stato richiesto di presentare una dichiarazione *Country by Country* (d'ora in avanti CbC). L'*Handbook* non prevede un limite al numero di periodi coperti, che saranno quindi valutati caso per caso dal gruppo multinazionale e le amministrazioni fiscali partecipanti.³⁸

Come afferma espressamente l'*Handbook*, l'ICAP è anche lungimirante. Difatti, le amministrazioni fiscali hanno l'opportunità di fornire ulteriori garanzie al gruppo multinazionale (nel rispetto del quadro normativo nazionale di ciascuna amministrazione fiscale) per i due periodi fiscali immediatamente successivi al periodo coperto (c.d. *roll-forward periods*), a condizione che non vi siano cambiamenti sostanziali durante tali periodi.

Al fine di consentire alle amministrazioni fiscali di comprendere se vi siano stati o meno dei cambiamenti sostanziali durante i periodi di proroga, i gruppi multinazionali che partecipano all'ICAP dovranno notificare alle amministrazioni fiscali interessate qualsiasi modifica materiale effettiva o prevista della loro attività che possa avere un impatto sui rischi coperti o sui risultati della valutazione del rischio ICAP, con riferimento ai periodi di proroga applicabili.

In alcuni casi, una o più amministrazioni fiscali coperte potrebbero richiedere al gruppo multinazionale di confermare annualmente che non si siano verificati o siano previsti cambiamenti e/o aggiornamenti delle informazioni relative alle transazioni coperte. Saranno poi le amministrazioni fiscali interessate a stabilire se siano necessarie ulteriori informazioni e l'eventuale linea d'azione appropriata in conseguenza di eventuali cambiamenti.

transazione, quest'ultima non sarà inclusa come transazione coperta nella valutazione del rischio ICAP condotta da tale amministrazione fiscale coperta.

Ad ogni modo, ciò non impedisce che la stessa transazione venga inclusa come transazione coperta e considerata separatamente dalle altre amministrazioni fiscali coperte.

³⁸ Cfr. *Handbook*, p. 17. Nella maggior parte dei casi la valutazione del rischio ICAP si concentrerà su uno o due periodi consecutivi (saranno quindi i periodi più recenti per i quali è disponibile la documentazione necessaria, compresa la relazione Cbc del gruppo multinazionale).

4. Le fasi dell'ICAP

L'*Handbook* suggerisce ai gruppi multinazionali che sono interessati a partecipare all'ICAP di contattare preventivamente la loro potenziale amministrazione fiscale capofila per discutere della loro partecipazione al programma, di cosa comporta il processo di valutazione del rischio, dei risultati che possono attendersi e della possibilità di essere un candidato adatto in quel momento.

In questa fase preliminare le discussioni dovrebbero essere utili per garantire che la comprensione e le aspettative di un gruppo multinazionale nei confronti dell'ICAP siano accurate, per ridurre il rischio di richieste di adesione al programma non accolte o successivamente ritirate e, infine, per evitare che si verifichino malintesi nel corso del processo di valutazione del rischio.³⁹

Il processo di valutazione e garanzia del rischio ICAP si basa su un rapporto di lavoro collaborativo tra il gruppo multinazionale e le amministrazioni fiscali interessate, fondato sulla trasparenza, la cooperazione e la fiducia. Nel corso di questo processo l'amministrazione fiscale capofila si impegnerà a interagire regolarmente e tempestivamente con il gruppo multinazionale per garantire che quest'ultimo sia aggiornato sullo stato della sua valutazione del rischio e su qualsiasi altro problema che si potrebbe verificare.⁴⁰

Come già detto, sulla base dell'esperienza dei due progetti pilota, la valutazione del rischio ICAP si articola in tre fasi:

- *selection* (selezione);
- *risk assessment and issue resolution* (valutazione dei rischi e risoluzione dei problemi);
- *outcomes* (risultati).

4.1. Selection

La fase di selezione rappresenta un modo semplice ed efficace sul piano dei costi per i gruppi multinazionali per sapere quali amministrazioni fiscali

³⁹ *Handbook*, p. 20.

⁴⁰ *Ibidem*.

sarebbero in grado e disposte a partecipare alla loro valutazione del rischio ICAP. Inoltre, offre l'opportunità all'amministrazione fiscale capofila e alle altre amministrazioni fiscali interessate di esaminare una sintesi di tutte le transazioni del gruppo multinazionale rilevanti, consentendo loro di stabilire se alcune di esse debbano essere escluse dall'ambito di valutazione del rischio ICAP.⁴¹

Al fine di facilitare la pianificazione e il coordinamento tra le diverse valutazioni del rischio ICAP, le date delle scadenze periodiche previste per i gruppi multinazionali per poter prendere parte alla fase di selezione sono indicate nel sito *web* dell'OCSE.⁴²

Questa fase ha inizio non appena il gruppo multinazionale presenta il proprio pacchetto di documentazione previsto per la selezione.

Il gruppo multinazionale deve fornire informazioni di alto livello nel modo più dettagliato possibile, per aiutare le amministrazioni fiscali a determinare se siano disposte a partecipare alla valutazione del rischio ICAP e a identificare le transazioni che dovrebbero essere escluse dall'ambito di tale valutazione.⁴³

Più precisamente, in questa fase un gruppo multinazionale dovrà fornire:⁴⁴

- un modulo informativo sul gruppo di imprese multinazionali, che comprende informazioni di base;⁴⁵
- una panoramica dei rischi coperti;⁴⁶

⁴¹ Cfr. *Handbook*, p. 11.

⁴² Come indicato nel sito *web* dell'OCSE, le prossime date disponibili per poter accedere alla procedura saranno il 30 settembre 2023 e il 31 marzo 2024.

⁴³ Tali informazioni vengono comunicate tramite modelli forniti dall'amministrazione fiscale dell'UPE o, in alcuni casi, sono informazioni che un gruppo multinazionale dovrebbe già avere a disposizione.

⁴⁴ Cfr. *Handbook*, pp. 36-37.

⁴⁵ All'interno di tali informazioni di base rientrano:

un elenco delle amministrazioni fiscali interessate che si sono proposte di partecipare al programma;

un elenco dei periodi coperti proposti;

l'identità della principale entità del gruppo multinazionale nella giurisdizione di ciascuna amministrazione fiscale interessata a partecipare al programma;

se negli ultimi 12 mesi si sono verificate transazioni, accordi o ristrutturazioni che potrebbero rendere obsolete le informazioni attualmente in possesso dell'amministrazione fiscale interessata.

⁴⁶ Tale panoramica ricomprende:

- una copia dell'ultima relazione CbC, redatta in conformità alle leggi della giurisdizione UPE del gruppo multinazionale;⁴⁷
- il *master file* del gruppo multinazionale, se quest'ultimo deve essere predisposto nella giurisdizione dell'amministrazione fiscale capofila (o informazioni e documenti equivalenti, qualora non vi sia l'obbligo di predisporre un *master file* in tale giurisdizione);⁴⁸
- una sintesi dell'attuale struttura globale del gruppo, che identifichi chiaramente le entità e le attività nelle giurisdizioni di tutte le amministrazioni fiscali interessate a partecipare al programma e in altre giurisdizioni chiave;⁴⁹
- un elenco di tutti gli *Advanced Pricing Agreements* (d'ora in avanti APA) unilaterali, bilaterali e multilaterali in essere o in corso, compresi altri *ruling* fiscali relativi ai rischi coperti proposti.

Nella fase di selezione l'amministrazione fiscale capofila svolge il ruolo di "guardiano".⁵⁰ Essa deve infatti garantire che i gruppi multinazionali che intendono partecipare all'ICAP siano idonei al programma, che abbiano una piena comprensione del programma e che la portata delle valutazioni del rischio ICAP sia correttamente definita e concordata con le amministrazioni fiscali

un elenco delle categorie di operazioni e di accordi che rientrano nei rischi coperti proposti;

le giurisdizioni in cui sono residenti o operano i destinatari dei pagamenti infragruppo nell'ambito di ciascuna di dette categorie di operazioni o accordi;

il dover indicare se ciascuna di queste categorie di transazioni o accordi comporti trasferimenti di attività, funzioni o passività o pagamenti verso o da ciascuna giurisdizione con un'amministrazione fiscale che partecipa all'ICAP e in cui il gruppo multinazionale ha un'entità costitutiva;

un'indicazione del valore che ciascuna categoria di transazioni coperte per ogni giurisdizione con un'amministrazione fiscale partecipante e in cui il gruppo multinazionale ha un'entità costitutiva.

⁴⁷ L'*Handbook* prevede che tale documento possa riferirsi a un anno fiscale precedente al primo periodo di riferimento, qualora non sia ancora scaduto il termine per la presentazione della relazione CbC nella giurisdizione UPE per il primo periodo di riferimento.

⁴⁸ Nel caso in cui un gruppo multinazionale non sia tenuto a predisporre un *master file* nella giurisdizione dell'amministrazione fiscale capofila, le "informazioni e la documentazione equivalenti" includeranno un *master file* che deve essere predisposto nella giurisdizione di un'altra amministrazione fiscale coperta o, in assenza di tale requisito, un *master file* che deve essere predisposto in un'altra giurisdizione e che sia coerente con la descrizione contenuta nel Rapporto sull'Azione 13 del progetto BEPS.

⁴⁹ Riferimento alla Tabella 2 del modello di rendicontazione CbC.

⁵⁰ Cfr. *Handbook*, p. 31, dove si afferma che "the lead tax administration plays a gatekeeper role".

partecipanti.

L'amministrazione fiscale capofila deve anche cercare di garantire che le discussioni con le altre amministrazioni fiscali siano condotte in modo efficiente ed efficace, nonché nei tempi stabiliti dal manuale ICAP. Per far ciò, essa dovrà, in primo luogo, coinvolgere il gruppo multinazionale che intende partecipare all'ICAP, per assicurarsi che quest'ultimo ne comprenda appieno il processo, comprenda le aspettative delle amministrazioni fiscali interessate e, inoltre, che le aspettative del gruppo multinazionale stesso siano realistiche, con particolare riferimento al livello di *comfort* che il programma può offrire.

In secondo luogo, l'amministrazione fiscale capofila dovrà coordinare le discussioni con le altre amministrazioni fiscali, per garantire l'identificazione di tutte le amministrazioni fiscali interessate e dei rischi proposti. Ciò include: l'esame del profilo, della struttura del gruppo e del suo modello di *business*; l'anticipazione delle questioni che potrebbero interessare le amministrazioni fiscali che intendono partecipare al programma; l'organizzazione di incontri con tali amministrazioni per discutere della loro partecipazione.⁵¹

L'amministrazione fiscale capofila dovrà poi esaminare il pacchetto di documenti di selezione di un gruppo multinazionale, al fine di verificarne la completezza. Solo una volta effettuate le opportune verifiche da parte dell'amministrazione fiscale capofila le altre amministrazioni fiscali potranno decidere se partecipare o meno al programma.

Nel caso in cui un'amministrazione fiscale decidesse di non partecipare al programma come amministrazione fiscale coperta, non potrà usufruire del programma ICAP per ottenere ulteriori informazioni da utilizzare nei propri processi nazionali e, al contempo, non potrà più partecipare alle chiamate per discutere della partecipazione al programma del gruppo multinazionale.

Le ragioni per le quali un'amministrazione fiscale decida di non agire come amministrazione fiscale coperta sono molteplici.⁵² Ad ogni modo, qualora l'amministrazione fiscale ritenesse di non poter agire come amministrazione

⁵¹ *Handbook*, p. 31.

⁵² Cfr. *Handbook*, pp. 15-16.

Alcuni dei fattori che possono essere presi in considerazione da un'amministrazione fiscale nel valutare se agire come amministrazione fiscale coperta sono i seguenti:

l'impronta del gruppo multinazionale nella giurisdizione dell'amministrazione fiscale;

fiscale coperta, essa dovrà comunicarlo tempestivamente al gruppo multinazionale, in modo tale che quest'ultimo possa prendere in considerazione, laddove fosse possibile, eventuali misure correttive.

L'*Handbook* prevede che il numero minimo di amministrazioni fiscali richiesto per procedere alla valutazione del rischio ICAP possa variare a seconda dei casi⁵³. Tuttavia, se alla valutazione del rischio ICAP del gruppo multinazionale accettano di partecipare meno di tre amministrazioni fiscali (compresa l'amministrazione fiscale capofila), il processo ICAP si conclude e l'amministrazione fiscale capofila lo comunica al gruppo multinazionale.⁵⁴

Le amministrazioni fiscali che intendono partecipare al programma hanno l'opportunità, nella fase di selezione, di valutare quali transazioni coperte saranno escluse dall'ambito della loro valutazione del rischio. In quest'ultimo caso, l'amministrazione fiscale coperta che intende escludere una transazione dall'ambito della sua valutazione del rischio ICAP dovrà discuterne con l'amministrazione fiscale capofila e con le altre amministrazioni fiscali coperte, spiegando le ragioni della propria decisione.⁵⁵

Al termine della fase di selezione, l'amministrazione fiscale capofila discuterà con il gruppo multinazionale su determinate questioni, tra cui:⁵⁶

il volume e la rilevanza delle transazioni coperte dal punto di vista dell'amministrazione fiscale capofila;

la disponibilità di altre amministrazioni fiscali nelle giurisdizioni in cui il gruppo multinazionale ha operazioni significative o attività chiave ad agire come amministrazioni fiscali di riferimento;

il gruppo multinazionale realizza delle operazioni in giurisdizioni che, secondo l'amministrazione fiscale, rappresentano un potenziale aumento del rischio di erosione della base imponibile o di trasferimento dei profitti;

l'esistenza di APA, ruling fiscali o altri strumenti che già forniscono certezza o conforto rispetto ai rischi coperti nella giurisdizione dell'amministrazione fiscale;

il livello di risorse amministrative fiscali che la valutazione del rischio ICAP di un gruppo multinazionale può richiedere, alla luce di altri impegni (compresi gli impegni per altre valutazioni del rischio ICAP).

⁵³ Il numero minimo di amministrazioni partecipanti è oggetto di discussione tra il gruppo multinazionale, l'amministrazione fiscale capofila e le altre amministrazioni fiscali.

⁵⁴ Cfr. *Handbook*, p. 22. Il motivo di questa scelta, sicuramente condivisibile, risiede nel fatto che qualora partecipassero al programma non più di due amministrazioni fiscali verrebbe meno la multilateralità del programma.

⁵⁵ *Handbook*, p. 23.

⁵⁶ *Ibidem*

- quali amministrazioni fiscali accettano di partecipare come amministrazione fiscale coperta;
- i periodi coperti e i periodi di proroga proposti per la valutazione del rischio;
- eventuali rischi o transazioni coperti che l'amministrazione fiscale capofila o altre amministrazioni fiscali coperte propongono di escludere dall'ambito della valutazione del rischio ICAP;
- i dettagli delle autorizzazioni che l'amministrazione fiscale capofila o qualsiasi altra amministrazione fiscale coperta richiede in base al proprio diritto nazionale per poter discutere le informazioni fiscali di un'entità locale con altri membri del suo gruppo multinazionale, che devono essere forniti il prima possibile e in tutti i casi prima dell'inizio della fase di valutazione del rischio;
- i tempi previsti per la fase di valutazione del rischio;
- i dettagli del pacchetto di documentazione principale che il gruppo multinazionale deve fornire all'inizio della fase di valutazione del rischio.

Una volta chiariti tali aspetti, verrà chiesto al gruppo multinazionale se accetta di procedere alla fase di valutazione del rischio e risoluzione dei problemi, e, in caso di risposta affermativa, si passa alla seconda fase.

La fase di selezione dovrebbe durare dalle quattro alle otto settimane.

4.1. Risk assessment and issue resolution

La fase di valutazione del rischio e risoluzione dei problemi rappresenta il "cuore" dell'ICAP e ha inizio non appena il gruppo multinazionale mette a disposizione dell'amministrazione fiscale capofila e delle altre amministrazioni fiscali coperte il pacchetto di documentazione principale.⁵⁷

Tra i documenti più rilevanti contenuti nel pacchetto di documentazione principale rientrano:⁵⁸

⁵⁷ Cfr. *Handbook*, p. 24. I tempi di consegna del pacchetto di documentazione principale saranno concordati in anticipo dal gruppo multinazionale e dall'amministrazione fiscale capofila, tenuto conto delle opinioni e della disponibilità delle altre amministrazioni fiscali coperte. Ciò può avvenire poco dopo il completamento della fase di selezione, oppure diverse settimane o mesi dopo, a seconda di fattori quali la fine dell'anno fiscale del gruppo multinazionale, la disponibilità della documentazione e la disponibilità e gli impegni di risorse di tutti i partecipanti.

⁵⁸ Per un elenco completo, si veda *Handbook*, pp. 37-38.

- un prospetto contenente i dettagli delle transazioni coperte, utilizzando un modello fornito dall'amministrazione fiscale capofila;⁵⁹
- la relazione CbC del gruppo multinazionale, redatta in conformità alle leggi della giurisdizione UPE del gruppo multinazionale;⁶⁰
- bilanci consolidati certificati, salvo che non siano già pubblicamente e prontamente disponibili;⁶¹
- i dettagli della strategia del gruppo multinazionale (utile per la gestione dei rischi coperti), nonché i quadri di controllo fiscale (*tax control frameworks*);
- un'analisi della catena del valore del gruppo multinazionale (nel caso in cui non sia presente nel *master file*) che comprenda una spiegazione dei *drivers* di profitto esterni e interni al gruppo multinazionale, ritenuti importanti dal gruppo multinazionale per dimostrare come i profitti siano allineati alle sue attività economiche.

Il pacchetto di documentazione deve essere poi messo a disposizione di tutte le amministrazioni fiscali partecipanti attraverso una sala dati virtuale o tramite l'amministrazione fiscale capofila. Le amministrazioni fiscali avranno quindi l'opportunità di lavorare sullo stesso pacchetto di documentazione.

Come per la fase di selezione, anche in questa fase l'amministrazione fiscale capofila svolge un ruolo centrale.

In primo luogo, essa deve analizzare il pacchetto di documentazione principale di un gruppo multinazionale, per garantire che tutte le voci richieste siano state incluse e che la documentazione sia disponibile per tutte le

⁵⁹ I dettagli delle transazioni coperte comprendono:

una breve descrizione di ogni transazione o gruppo di transazioni simili;

i soggetti giuridici che sono parte di ciascuna transazione, con le rispettive giurisdizioni di residenza (o la giurisdizione in cui viene svolta l'attività nel caso di una transazione conclusa da una stabile organizzazione);

se la transazione è coperta da un'APA;

il valore della transazione;

la politica dei prezzi di trasferimento del gruppo multinazionale;

i dettagli su come è stata applicata la politica dei prezzi di trasferimento a questa transazione.

⁶⁰ Se la relazione CbC del gruppo multinazionale per un periodo coperto è stata fornita come parte del pacchetto di selezione, non è necessario fornirla nuovamente come parte del pacchetto di documentazione principale.

⁶¹ Qualora non venissero prodotti bilanci consolidati certificati, dovranno essere forniti bilanci consolidati non certificati o bilanci di prova.

amministrazioni fiscali partecipanti (ovverosia le amministrazioni fiscali coperte).⁶²

In secondo luogo, l'amministrazione fiscale capofila ha il compito di coordinare la valutazione multilaterale dei rischi e la garanzia dei rischi coperti da parte delle amministrazioni fiscali partecipanti. Pertanto, essa dovrà occuparsi di organizzare degli incontri con le altre amministrazioni fiscali per discutere tutti gli elementi della valutazione del rischio del gruppo multinazionale.

Durante questi incontri potrebbe accadere che alcune amministrazioni fiscali necessitino di ulteriori documenti e informazioni per poter valutare il rischio di determinate transazioni del gruppo multinazionale. In questo caso, l'amministrazione fiscale capofila dovrebbe coordinare queste richieste per garantire che le amministrazioni fiscali coperte ricevano tali informazioni, e, allo stesso tempo, essa dovrà dialogare con tali amministrazioni fiscali per garantire che le richieste di informazioni non siano eccessive o inappropriate.⁶³

Il gruppo multinazionale dovrà fornire i documenti e le informazioni richieste tempestivamente, di solito entro quattro settimane.⁶⁴

Nel caso in cui una richiesta di ulteriori informazioni interessi solo un'amministrazione fiscale coperta, il Manuale ICAP prevede che sia più opportuno che tale amministrazione si confronti direttamente con l'UPE o l'entità locale del gruppo multinazionale piuttosto che con l'amministrazione fiscale capofila.

Di regola, la fase di valutazione del rischio e risoluzione dei problemi prevede almeno una riunione o una chiamata multilaterale tra le amministrazioni fiscali e il gruppo multinazionale. Ciò rappresenta un'opportunità unica per le amministrazioni fiscali di lavorare sullo stesso pacchetto di documentazione e di discutere dei risultati ottenuti, migliorando la coerenza nella comprensione e nell'interpretazione dei dati.

⁶² Ciò può includere lo scambio del pacchetto di documentazione in base agli strumenti legali per lo scambio spontaneo di informazioni.

⁶³ Per valutare se le ulteriori informazioni richieste siano eccessive o inappropriate, l'amministrazione fiscale capofila dovrà tener conto del livello di dettaglio solitamente richiesto per una valutazione del rischio e della rilevanza di una transazione coperta per l'amministrazione fiscale coperta che ha richiesto le informazioni.

⁶⁴ *Handbook*, p. 25.

Il contenuto della telefonata (o riunione) con il gruppo multinazionale varierà a seconda delle esigenze delle amministrazioni fiscali partecipanti, ma generalmente può comprendere:

- la discussione di eventuali documenti messi a disposizione dal gruppo multinazionale che richiedono chiarimenti;
- la discussione su questioni emerse nel corso della valutazione del rischio da parte di un'amministrazione fiscale coperta;
- l'identificazione delle transazioni coperte che possono essere idonee alla risoluzione delle questioni.

Eccezionalmente, la fase di valutazione del rischio può essere completata senza la necessità di una convocazione o di una riunione multilaterale con il gruppo multinazionale. In quest'ultimo caso, le amministrazioni fiscali potranno quindi utilizzare la documentazione principale fornita dal gruppo multinazionale, integrandola, eventualmente, con le informazioni fornite dal gruppo multinazionale in risposta a richieste di ulteriore documentazione o chiarimenti.

Uno degli aspetti più importanti di questa fase riguarda le pratiche che dovranno porre in essere le diverse amministrazioni fiscali per la valutazione rischio ICAP. Sul punto, l'*Handbook* stabilisce che, per la valutazione dei rischi coperti, le amministrazioni fiscali possono ricorrere alle loro pratiche abituali (ad esempio, quelle utilizzate in ambito nazionale dalle singole amministrazioni per la valutazione dei prezzi di trasferimento e la valutazione del rischio di stabile organizzazione).

Dunque, durante la procedura ICAP non è richiesto alle amministrazioni fiscali di modificare gli strumenti che vengono solitamente utilizzati dalle stesse per valutare il rischio (legato a una o più transazioni) di un gruppo multinazionale nella loro giurisdizione. Tuttavia, man mano che le amministrazioni fiscali acquisiscono esperienza nella valutazione multilaterale del rischio attraverso l'impegno in programmi come l'ICAP, il Manuale ICAP prevede (e ciò è condivisibile) una maggiore convergenza degli approcci adottati per la valutazione del rischio e lo sviluppo di meccanismi più efficienti per la cooperazione multilaterale.⁶⁵

Durante la fase di valutazione del rischio anche il gruppo multinazionale

⁶⁵ Cfr. *Handbook*, p 26.

svolge un ruolo chiave. Dovrà infatti lavorare a stretto contatto con le amministrazioni fiscali per garantire che i rischi coperti siano spiegati, gestiti e, se ne necessario, attenuati. In qualsiasi momento della valutazione del rischio ICAP un'amministrazione fiscale coperta può concordare con il gruppo multinazionale di procedere alla fase di risoluzione dei problemi in relazione ad una o più transazioni coperte. Solitamente, ciò avviene una volta che l'amministrazione fiscale coperta ha completato la valutazione del rischio delle specifiche transazioni e ha stabilito che "sarebbe in grado di concludere che le risorse per la *compliance* non dovrebbero essere dedicate a un'ulteriore revisione di tali transazioni coperte per un periodo definito" (*cover period or periods*), qualora il gruppo multinazionale adottasse determinate misure.

Nella fase di risoluzione dei problemi una o più amministrazioni fiscali possono collaborare con il gruppo multinazionale, al fine di concordare il corretto trattamento di una o più transazioni. Ciò potrebbe includere la necessità di eventuali aggiustamenti fiscali (*tax adjustments*) per i periodi coperti. In alternativa, l'amministrazione fiscale o il gruppo multinazionale possono decidere che le discussioni sul corretto trattamento di una determinata transazione debbano essere condotte al di fuori dell'ICAP.⁶⁶

Alla fine della fase di valutazione dei rischi e risoluzione dei problemi potrebbero verificarsi tre scenari:

1. le amministrazioni fiscali giungono alle medesime conclusioni;
2. le amministrazioni fiscali giungono a diverse conclusioni;
3. un'amministrazione fiscale (o, a seconda dei casi, anche più di una) non è in grado di dare il proprio "conforto" e la propria "garanzia" in merito a rischi connessi a determinate transazioni.

Il primo scenario è sicuramente il più positivo per il gruppo multinazionale, poiché le amministrazioni fiscali, adottando un approccio coerente, giungono alle medesime conclusioni. In questo modo, consentono al gruppo multinazionale di avere una visione chiara della propria posizione fiscale nelle varie giurisdizioni.

Qualora si verificasse il secondo scenario, le amministrazioni fiscali

⁶⁶ Ad esempio, nell'ambito di un APA, che sarebbe soggetto alle procedure e ai requisiti di documentazione nazionali della giurisdizione interessata.

dovranno confrontarsi per capire il motivo delle divergenze tra le diverse valutazioni del rischio di determinate transazioni, cercando di comprendere se sia possibile un approccio coerente, tenendo conto dei risultati delle rispettive valutazioni del rischio.

Tuttavia, è bene chiarire che ogni amministrazione fiscale deve trarre le proprie conclusioni sulla base della propria valutazione del rischio ICAP e delle conversazioni con le altre amministrazioni fiscali che, nonostante i vari sforzi, possono differire.⁶⁷

Il terzo scenario è il più critico per il gruppo multinazionale, in quanto una o più amministrazioni fiscali coperte non sono in grado di dare la propria "garanzia" ed il proprio "conforto" con riferimento a tutte o ad alcune transazioni per determinati periodi di imposta. In questo caso, la decisione dovrà essere comunicata al gruppo multinazionale per il tramite dell'amministrazione fiscale capofila.⁶⁸

Una volta completata la fase di valutazione del rischio ICAP, che dovrebbe durare circa venti settimane, si passa alla fase dei risultati.

4.3. Outcomes

In questa fase è prevista l'emissione di una lettera di completamento (*outcome letter*) da parte dell'amministrazione finanziaria capofila, a conferma della conclusione della valutazione del rischio ICAP per conto di tutte le amministrazioni fiscali partecipanti, nonché una lettera di esito da parte di ciascuna amministrazione fiscale coperta contenente i risultati della propria valutazione del rischio e la garanzia dei rischi coperti per determinati periodi di imposta.

Come già detto in precedenza, sebbene l'ICAP sia un programma multilaterale di valutazione e garanzia del rischio, che quindi dovrebbe facilitare una maggiore coerenza nella percezione del rischio tra le amministrazioni fiscali che partecipano al programma, ciascuna amministrazione fiscale

⁶⁷ Cfr. *Handbook*, p. 27.

⁶⁸ È evidente che se l'amministrazione fiscale non è in grado di fornire la propria "garanzia" ed il proprio "conforto" con riferimento a tutte le transazioni del gruppo, quest'ultima dovrà abbandonare il programma.

giungerà alle proprie conclusioni, che potranno essere diverse e non dipenderanno dalle conclusioni delle altre amministrazioni fiscali.

La struttura, il contenuto e la formulazione di una lettera di esito vengono stabiliti separatamente da ciascuna amministrazione fiscale coperta, a seconda della prassi e dei processi nazionali.⁶⁹

Anche se ogni amministrazione fiscale emetterà una lettera di esito individuale, è molto importante che l'invio di queste lettere al gruppo multinazionale sia coordinato, per garantire che, per quanto possibile, vengano ricevute dal gruppo multinazionale contemporaneamente. Ciò potrebbe richiedere l'adozione di approcci diversi, a seconda dei requisiti e delle preferenze dell'amministrazione fiscale capofila, delle amministrazioni fiscali coperte e del gruppo multinazionale.

Il Manuale ICAP suggerisce diversi approcci.⁷⁰

Un primo approccio prevede che le lettere di esito siano inviate all'UPE del gruppo multinazionale dall'amministrazione fiscale capofila. Ogni amministrazione fiscale coperta dovrà inviare la propria lettera di esito all'amministrazione fiscale capofila nell'ambito dello scambio spontaneo di informazioni entro una data concordata (circa tre settimane dopo la fase dei risultati). A questo punto, l'amministrazione fiscale capofila invierà una lettera di completamento all'UPE del gruppo multinazionale, includendo ciascuna delle lettere di esito come allegati.

Tale approccio è il più vantaggioso per il gruppo multinazionale, in quanto quest'ultimo riceverebbe dall'amministrazione fiscale capofila un unico

⁶⁹ Cfr. *Handbook*, p. 28. Di regola, una lettera di esito comprenderà:

i *rating* di rischio, laddove questi siano assegnati da un'amministrazione fiscale nell'ambito dei suoi processi interni o, altrimenti, una descrizione dei risultati chiave della valutazione del rischio ICAP;

qualsiasi accordo raggiunto nell'ambito di un processo di risoluzione dei problemi, se incluso nella valutazione del rischio ICAP;

la conferma dei rischi coperti considerati a basso rischio, con una dichiarazione che non si prevede di dedicare risorse di *compliance* a un'ulteriore revisione di tali rischi per un periodo definito (in genere il/i periodo/i coperto/i, più i due periodi di imposta successivi, a condizione che non vi siano cambiamenti sostanziali);

le opportune avvertenze o limitazioni, compreso l'obbligo di notificare quanto prima all'amministrazione fiscale interessata eventuali modifiche sostanziali che abbiano un impatto sui rischi coperti.

⁷⁰ *Ibidem*.

pacchetto contenente tutte le lettere di esito.

Con il secondo approccio le lettere di esito sono inviate all'UPE del gruppo multinazionale da ciascuna amministrazione fiscale coperta. Pertanto, l'amministrazione fiscale capofila invierà una lettera di completamento e ogni amministrazione fiscale coperta dovrà inviare una lettera di esito all'UPE del gruppo multinazionale. In questo modo, si garantisce che l'UPE del gruppo multinazionale riceva tutte le lettere di esito più o meno nello stesso momento, ma non in un unico pacchetto.

Il terzo approccio stabilisce che le lettere di esito vengano inviate all'entità locale del gruppo multinazionale da ciascuna amministrazione fiscale coperta. In questo caso, l'amministrazione fiscale capofila invierà una lettera di completamento all'UPE del gruppo multinazionale e ogni amministrazione fiscale coperta dovrà inviare una lettera di esito all'entità del gruppo multinazionale residente o operante nella sua giurisdizione. Questo assicura che il gruppo multinazionale riceva tutte le lettere di esito all'incirca nello stesso momento, ma non saranno tutte ricevute dalla stessa entità.

Infine, il Manuale ICAP suggerisce anche una possibile combinazione dei tre approcci descritti.

Ad ogni modo, va detto che, in tutti i casi, l'approccio preferito per l'emissione delle lettere di esito dovrebbe essere discusso e concordato tra tutte le amministrazioni fiscali (capofila e coperte) e il gruppo multinazionale durante la fase di selezione. Il gruppo multinazionale dovrà quindi assicurarsi che le autorizzazioni necessarie per adottare un determinato approccio siano ottenute prima dell'inizio della fase degli esiti.

Una volta inviate la lettera di completamento e le lettere di esito, si terrà una riunione o una telefonata tra l'amministrazione fiscale capofila e il gruppo multinazionale per discutere della valutazione del rischio ICAP e dei risultati ottenuti. L'*Handbook* afferma che, durante questa riunione finale, l'amministrazione fiscale capofila non sarà in grado di discutere le conclusioni tratte dalle altre amministrazioni fiscali coperte, ma cercherà di fornire delle indicazioni sul processo complessivo di valutazione e garanzia del rischio ICAP e, successivamente, potrà trasmettere eventuali commenti del gruppo multinazionale alle altre amministrazioni fiscali coperte.

Non si condivide il contenuto dell'*handbook*, in quanto sarebbe più opportuno, ad avviso di chi scrive, che l'amministrazione fiscale capofila, prima della riunione finale con il gruppo multinazionale, si confrontasse con le amministrazioni fiscali coperte per comprendere le ragioni delle conclusioni alle quali sono giunte. Altrimenti, si potrebbe optare per una riunione finale in cui sono coinvolte anche le amministrazioni fiscali coperte. In questo modo, la riunione finale con il gruppo multinazionale potrebbe essere più proficua.

La fase dei risultati dovrebbe essere completata in un periodo che varia dalle quattro alle otto settimane.

5. Il rapporto tra l'ICAP e gli altri istituti del diritto tributario internazionale

Arrivati a questo punto, appare lecito chiedersi come un programma come l'ICAP possa coordinarsi con gli altri istituti del diritto tributario internazionale tradizionalmente utilizzati dalle amministrazioni fiscali e le multinazionali, in cosa differisca da essi e, al tempo stesso, quali siano i suoi punti di forza e di debolezza rispetto a tali istituti.

In prima battuta, giova sottolineare che l'ICAP è un processo di valutazione e garanzia del rischio che differisce da una procedura di *audit* fiscale o da un accordo sui prezzi anticipati (APA). Difatti, l'ICAP non è stato ideato per regolarizzare la situazione fiscale di un contribuente; piuttosto, ha lo scopo di valutare determinati rischi in modo coordinato a livello multilaterale.⁷¹

Il risultato dell'ICAP non è un atto amministrativo che fornisce al gruppo multinazionale la certezza del diritto che può essere ottenuta, ad esempio, attraverso un APA, una verifica fiscale simultanea o congiunta o una procedura amichevole (MAP). Tuttavia, l'ICAP fornisce conforto (*confort*) e garanzia (*assurance*) quando le amministrazioni fiscali che partecipano alla valutazione del rischio di un gruppo multinazionale ritengono che i rischi coperti siano a "basso rischio".⁷²

Detto in altri termini, come già più volte ribadito nel presente lavoro, l'ICAP

⁷¹ Così J.M. CALDERON, *The International Compliance Assurance Programme: Just a New Multilateral and Cooperative Model of Tax Control for Multinational Enterprises?* In *Bullettin for International Taxation*, 2018, pp. 690-703.

⁷² *Handbook*, p. 6.

può fornire a un gruppo multinazionale il “conforto” e la “garanzia” che un’amministrazione fiscale non preveda di dedicare le risorse della *compliance* a un’ulteriore revisione dei rischi coperti per uno o più periodi di imposta.

Se è pur vero che tale aspetto dell’ICAP (e cioè che non garantisca la certezza del diritto) rende la procedura meno attraente, è anche vero che l’ICAP, al contempo, presenta diversi vantaggi.⁷³

In primo luogo, nell’ambito dell’ICAP un’amministrazione fiscale può fornire “conforto” su un rischio coperto, dal proprio punto di vista (e, quindi, con riferimento alla parte del rischio che concerne la propria giurisdizione), anche nei casi in cui l’altra parte del rischio coperto si trovi in una giurisdizione che non partecipa al programma. Si tratta di un ambito più ampio di quello previsto per la maggior parte degli APA e dei casi di MAP, nonché di molti *audit*, che possono fornire certezza in relazione a specifiche transazioni o categorie di transazioni con particolari giurisdizioni.

Un secondo vantaggio dell’ICAP risiede nel livello di documentazione che un gruppo multinazionale deve fornire. Il livello di documentazione è inferiore rispetto a quello tipicamente necessario per concordare un APA o nel corso di una verifica fiscale o di una MAP. Inoltre, nell’ambito dell’ICAP un gruppo multinazionale fornisce un unico pacchetto di documentazione che dovrà essere utilizzato da tutte le amministrazioni fiscali partecipanti, mentre dovrebbe predisporre documenti diversi in ogni giurisdizione nell’ambito dei singoli programmi nazionali.

L’ICAP è anche una procedura celere, dovrebbe quindi concludersi in tempi relativamente brevi (di regola, non più di 36 settimane). Tale lasso di tempo è più breve rispetto a quello necessario per concordare un APA o per completare una verifica fiscale o un caso di MAP.⁷⁴

Fatta questa breve disamina sui punti di forza e di debolezza e sulle

⁷³ Cfr. *Handbook*, p. 9.

⁷⁴ La durata media di una MAP è di trentacinque mesi per i casi di transfer pricing e di diciotto mesi per gli altri casi (dati relativi al 2020), cfr. OECD Statistics, <https://www.oecd.org/ctp/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics.htm>.

Per quanto riguarda la conclusione di una procedura di APA, la durata media è di circa 45 mesi nel caso delle procedure bilaterali tra Paesi UE e 29 mesi nel caso di procedure con Paesi Extra-UE, disponibile sul sito https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2021-04/apas_2019.docx.pdf.

differenze tra i diversi istituti del diritto tributario internazionale, occorre adesso riflettere su un loro possibile coordinamento.

L'*Handbook* definisce l'ICAP come complementare a tali istituti.⁷⁵

L'ICAP è complementare agli APA poiché, attraverso le conversazioni multilaterali con il gruppo multinazionale nella fase di valutazione del rischio, potrebbe facilitare ulteriori azioni multilaterali laddove ciò risulti vantaggioso. Ad esempio, i gruppi multinazionali potrebbero ritenere che determinate transazioni coperte siano più adatte ad un APA bilaterale o multilaterale. In questo caso, la trasformazione di una valutazione ICAP in un APA dovrebbe essere semplice e avvenire in tempi rapidi.⁷⁶

L'ICAP è anche complementare ai controlli congiunti (*joint audits*). Difatti, potrebbe verificarsi il caso in cui sia necessario condurre delle verifiche fiscali congiunte o simultanee da parte delle amministrazioni fiscali partecipanti, qualora concordino sul fatto che una determinata transazione richieda un'ulteriore revisione.

Anche l'ICAP e le MAP sono complementari.

È ormai noto, infatti, che le MAP, nella maggior parte dei casi, siano inefficienti per eliminare la doppia imposizione internazionale. Un programma come l'ICAP è (e si ritiene che lo sarà anche in futuro) in grado aiutare le amministrazioni fiscali nel giungere ad interpretazioni più coerenti di determinate transazioni, riducendo il numero di casi che sfocerebbero in controversie che richiederebbero la loro risoluzione tramite le MAP.

Nonostante il contenuto dell'*Handbook* sia condivisibile, laddove considera l'ICAP come "*complement of other tools*", il parere di chi scrive è che l'ICAP, in realtà, potrà spesso rappresentare anche una valida alternativa (e quindi non un complemento) ad altri strumenti.⁷⁷

Ciò dipenderà dalle esigenze del gruppo multinazionale.

⁷⁵ Cfr. *Handbook*, p. 10.

⁷⁶ In tal senso, si vedano B. HEIDECHE e L. SLAGTER, *The International Compliance Assurance Programme and Joint Audits: A New Epoch of Transfer Pricing Audits?*, cit., p. 184.

Secondo i due autori "*To get legal certainty after a joint audit for the following years, a fast-track advanced pricing agreement (APA) should be possible. Similarly, the ICAP is not binding for the future. As such, the transformation of an ICAP assessment into an APA should be straightforward. As the APA is more common than an ICAP, this could also help to get global acceptance and inform other tax administrations of the result*".

Si pensi, ad esempio, al caso in cui una multinazionale abbia la necessità avviare una nuova attività in Italia (o, comunque, di ampliare delle attività già esistenti nel nostro Paese) in tempi celeri, e, quindi, per la valutazione di determinate transazioni in materia di *transfer pricing* non abbia intenzione di attendere le tempistiche previste per un APA. In questo caso, se l'interesse primario del gruppo multinazionale è quello di investire nel minor tempo possibile in Italia, quest'ultimo, fatte le dovute valutazioni (e, quindi, bilanciando i due interessi: da un lato, la necessità di investire in Italia in tempi rapidi; dall'altro, l'esigenza di avere la certezza su come determinate transazioni saranno valutate),⁷⁸ con ogni probabilità propenderà verso l'adesione ad un programma come l'ICAP.

Viceversa, se l'interesse primario del gruppo multinazionale è quello di ottenere la c.d. *tax certainty*, è evidente che quest'ultimo opterà per altri strumenti (ad esempio un APA).

6. European Trust and Cooperation Approach (ETACA): cenni

Anche in ambito europeo, di recente, sulla base degli studi condotti dall'OCSE in tema di *cooperative compliance*, si sono mossi i primi passi verso un sistema fiscale fondato su una maggiore cooperazione tra Fisco e contribuenti.

Il 15 luglio 2020 la Commissione europea ha introdotto un piano d'azione per una tassazione più equa e semplice.⁷⁹ Tra i vari obiettivi, ha dichiarato di voler avviare un'iniziativa non legislativa per facilitare e promuovere la *tax compliance* per le imprese che operano nel territorio dell'UE.

L'11 ottobre 2021 la Commissione ha poi annunciato il lancio di un progetto pilota per una *cooperative compliance* europea, meglio noto come ETACA (*European Trust and Cooperation Approach*), introducendo anche le linee

⁷⁷ In particolare, si ritiene che l'ICAP possa rappresentare uno strumento alternativo agli APA.

⁷⁸ Il gruppo multinazionale potrebbe, infatti, ritenersi soddisfatto del "conforto" e della "garanzia" che l'ICAP può fornire.

⁷⁹ *European Commission, An Action Plan for Fair and Simple Taxation Supporting the Recovery Strategy*, COM(2020) 312 final, 15 luglio 2020, pp. 8-9.

guida.⁸⁰

Il progetto pilota ha ufficialmente preso avvio nel marzo 2022 e, attualmente, sono 14 i Paesi membri che partecipano all'iniziativa, tra cui anche l'Italia.

L'ETACA si ispira all'ICAP, nasce quindi dall'esigenza di agevolare e promuovere l'adempimento fiscale da parte dei contribuenti sulla base di una maggiore cooperazione, fiducia e trasparenza tra i contribuenti e le amministrazioni fiscali, nonché tra le amministrazioni fiscali stesse.

Possono accedere al programma le multinazionali con un fatturato globale consolidato di gruppo superiore a 750 milioni di euro ovvero le multinazionali con un fatturato globale consolidato di gruppo inferiore a 750 milioni di euro che sono in grado di fornire lo stesso livello di informazioni contenute nel *Country by Country Report (CbCR)*.⁸¹

L'ultima condizione necessaria per accedere al programma è che la *Ultimate Parent Entity (UPE)* di tali soggetti sia localizzata nel territorio dell'UE.

Come l'ICAP, anche l'ETACA prevede tre fasi: l'*admission phase*, la *risk-assessment phase* e la *outcome phase*, per una durata complessiva di 28-32 settimane. Tuttavia, a differenza dell'ICAP, l'analisi dei rischi attiene esclusivamente alla materia del *transfer pricing*.

Infine, è importante sottolineare che, così come l'ICAP, anche l'ETACA, trattandosi di un'iniziativa non legislativa, attualmente non è in grado di garantire la certezza del diritto ai contribuenti che partecipano al programma.

7. Riflessioni critiche e considerazioni conclusive: il rapporto tra l'ICAP e l'ordinamento tributario italiano

Nei suoi primi anni di "prova" l'ICAP ha dimostrato di poter essere una procedura adatta a garantire ai gruppi multinazionali, in modo rapido ed efficace, un maggior grado di garanzia e di pianificazione in relazione a una parte delle loro attività commerciali.

La prosecuzione del progetto e l'ampliamento della cerchia dei partecipanti sono la prova del potenziale futuro attribuito all'ICAP a livello internazionale.

⁸⁰ EU Commission, *Taxation and Customs Union, European Trust and Cooperation Approach – ETACA Pilot Project for MNEs*, 2021.

⁸¹ L'obiettivo della Commissione è quello di estendere l'iniziativa anche alle *small entities* (SMEs).

Per quanto attiene al nostro Paese, il fatto che l'Amministrazione finanziaria italiana abbia aderito anche al programma definitivo suggerisce che la partecipazione alle prime fasi del programma sia stata valutata positivamente e che sia stato intravisto il potenziale per una proficua cooperazione futura sia con i gruppi multinazionali che con le altre Amministrazioni fiscali.

Tuttavia, non si può negare che l'ICAP, ad oggi, sollevi non poche questioni irrisolte.

Il primo quesito che pare lecito porsi è il seguente: qual è la natura giuridica della *outcome letter*?

Come ribadito più volte, infatti, l'ICAP non garantisce la certezza del diritto (*tax certainty*), ma il "conforto" (*tax confort*) e la "garanzia" (*tax assurance*) che per determinate transazioni non saranno dedicate ulteriori risorse per la *compliance*.

Se pensiamo all'ordinamento tributario italiano dobbiamo quindi chiederci come classificare giuridicamente le "garanzie" espresse nella *outcome letter* dall'amministrazione fiscale italiana, con particolare attenzione al rispetto del principio della certezza del diritto nel rapporto tra Fisco e contribuente.

Come noto, nell'ordinamento tributario italiano i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria sono improntati al principio di collaborazione e buona fede, che trova origine nei valori fondamentali della Costituzione.⁸²

Tale principio (inteso in senso oggettivo) si sostanzia nell'obbligo per l'Amministrazione finanziaria di comportarsi secondo correttezza, ovvero sia in modo leale e trasparente, guidando e facilitando l'adempimento da parte dei contribuenti; nonché nell'obbligo di *non venire contra factum proprium*, comportandosi quindi in modo coerente e non contraddittorio rispetto al proprio precedente orientamento.⁸³

La buona fede oggettiva trova la sua massima espressione nella tutela dell'affidamento del contribuente, il quale può legittimamente confidare nel fatto che l'autorità finanziaria si comporti con coerenza, osservando le sue precedenti interpretazioni senza modificarle nella successiva azione

⁸² Artt. 3, 53 e 97.

⁸³ M. LOGOZZO, *Legittimo affidamento e buona fede nei rapporti tra contribuente e amministrazione*, Università LUISS Guido Carli di Roma, 19 dicembre 2012.

amministrativa. In particolare, autorevole dottrina ha affermato che “*i comportamenti “qualificati” dell’Amministrazione finanziaria che possono fondare l’affidamento legittimo del contribuente si dividono sostanzialmente in due categorie: da un lato, le opinioni interpretative contenute in atti amministrativi (circolari, risoluzioni, note, comunicati, ecc.), dall’altro, situazioni di fatto consistenti in ritardi, omissioni ed errori*”.⁸⁴

Sempre secondo autorevole dottrina, oltre alle circolari, risoluzioni, note ecc., l’attività di informazione dell’Amministrazione finanziaria si esplica anche attraverso degli atti interpretativi inquadrabili nell’ambito della c.d. consulenza giuridica svolta dalla stessa amministrazione.⁸⁵

In realtà, è la stessa Agenzia delle entrate italiana che in passato, con la Circolare del 5 agosto 2011, n. 42/E, dal titolo “Istruzioni sulla trattazione delle richieste di consulenza giuridica”, ha affermato che al fine di agevolare la *tax compliance* essa mette a disposizione del contribuente specifici strumenti di supporto, tra cui: 1) l’attività di informazione; 2) l’attività di assistenza; 3) la consulenza giuridica; 4) l’interpello.

Orbene, la *outcome letter*, allo stato attuale, non rientra in alcuna delle categorie summenzionate. Tuttavia, sebbene si tratti di un pronunciamento amministrativo di natura valutativa sul trattamento fiscale del gruppo multinazionale in merito a determinate transazioni e per determinati periodi di imposta, si ritiene che essa possa avere un effetto vincolante per l’Amministrazione finanziaria.

In questo modo il contribuente, in caso di successivo *revirement in mala partem* dell’amministrazione finanziaria (ad esempio, nel caso in cui l’amministrazione finanziaria italiana dovesse successivamente modificare l’originaria interpretazione contenuta nella *outcome letter*), potrà vedersi riconosciuta una tutela quantomeno parziale.⁸⁶

⁸⁴ M. LOGOZZO, *I principi di buona fede e del legittimo affidamento: tutela piena o parziale?*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 6, 2018, pp. 2325 e ss.

⁸⁵ A. VIOTTO, *Tutela dell’affidamento, consulenza giuridica e interpello*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2017, pp. 691 e ss.

⁸⁶ Nonostante l’art. 10, co. 2 dello Statuto stabilisca espressamente che in caso di legittimo affidamento non siano dovuti sanzioni e interessi moratori (tutela parziale), autorevole dottrina si è spesso interrogata sulla possibilità di estendere la portata della tutela del legittimo affidamento anche ai tributi (tutela piena).

Desti non poche preoccupazioni il *file Excel* pubblicato dall'OCSE nel 2022 dal titolo "*Tax administration participating in ICAP further information 2022*", nel quale sono contenute tutte le informazioni relative alle procedure adottate dalle diverse amministrazioni fiscali all'interno dell'ICAP.⁸⁷

Se si legge attentamente la parte del documento dedicata all'Italia, in particolare la sezione "*outcomes letter and caveats*", si può notare come l'Agenzia delle entrate italiana preveda, di regola, di non dedicare ulteriori risorse (e, quindi, di non effettuare ulteriori revisioni) per tutte quelle transazioni che sono considerate a "basso rischio", *a meno che la stessa non reperisca nuove informazioni o il gruppo multinazionale non abbia notificato l'esistenza di cambiamenti delle proprie attività con un rilevante impatto potenziale sulla valutazione già effettuata dall'amministrazione*. Tra gli "avvertimenti" è previsto, inoltre, che *eventuali cambiamenti della normativa o della giurisprudenza legittimano l'amministrazione finanziaria italiana a rivalutare tutte o una parte delle transazioni del gruppo*.

Ad avviso di chi scrive, questi sono gli aspetti più critici, in quanto significa che un gruppo multinazionale, da un momento all'altro, potrebbe vedersi notificato un avviso di accertamento e/o un provvedimento di irrogazione delle sanzioni nonostante abbia adottato un comportamento conforme all'originaria interpretazione dell'amministrazione finanziaria contenuta nella *outcome letter*.

Sulla base di quanto si è detto, il sommerso avviso di chi scrive è che il contenuto dell'ICAP, attualmente, così come è descritto dal Manuale 2021, si ponga in contrasto con il nostro ordinamento tributario (con il principio di buona fede e del legittimo affidamento), in quanto non è in grado di fornire alcun tipo di tutela al contribuente, sia essa piena o parziale.

Si ritiene che una valida alternativa per fornire delle maggiori tutele al contribuente, qualora non venisse riconosciuto un valore vincolante alla *outcome letter*, possa essere rappresentata dal coordinamento dell'ICAP con

Cfr. G. MARONGIU, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2008, p. 194; Cfr. L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 281.

⁸⁷ Si veda *Tax administrations participating in ICAP further information 2022*, disponibile sul sito dell'OCSE all'indirizzo <https://www.oecd.org/tax/administration/international-compliance-assurance-programme.htm>.

l'istituto degli accordi preventivi di cui all'art. 31-ter del D.P.R. 600/1973. Difatti, una volta che l'Amministrazione finanziaria italiana ha notificato la *outcome letter* al gruppo multinazionale, si potrebbe raggiungere un accordo proprio sulla base del contenuto della lettera di esito.

Un secondo aspetto potenzialmente critico di particolare interesse riguarda la divulgazione delle informazioni da parte del contribuente che deve mettere a disposizione di tutte le amministrazioni accertatrici la documentazione necessaria. A seguito di tale divulgazione il contribuente potrebbe trovarsi in una posizione compromessa se, in caso di mancata copertura dei rischi fiscali, una o più giurisdizioni partecipanti al programma utilizzassero tali informazioni per altri scopi non previsti inizialmente.

Difatti, potrebbe verificarsi il caso in cui alcune amministrazioni, durante la fase di valutazione del rischio, decidano di abbandonare il programma perché non sono in grado di classificare il gruppo come a rischio "basso", ma potranno comunque utilizzare le informazioni fornite per effettuare ulteriori controlli nel rispetto delle norme e dei processi nazionali.

Ciò è espressamente previsto dal Manuale ICAP 2021,⁸⁸ dove si afferma che tutte le informazioni ottenute in seguito alla partecipazione al programma possono essere utilizzate in qualsiasi azione successiva a livello nazionale o internazionale, comprese eventuali ispezioni da parte delle autorità partecipanti.

È chiaro come l'impatto pratico di questo svantaggio potrebbe essere di vasta portata per le multinazionali coinvolte nel programma.⁸⁹

Infatti, qualora l'amministrazione fiscale italiana dovesse utilizzare delle informazioni che ha reperito durante la partecipazione all'ICAP per effettuare dei controlli nei confronti di un determinato contribuente, e, eventualmente, emettere successivamente un avviso di accertamento e/o un provvedimento di irrogazione delle sanzioni nei suoi confronti, tale condotta parrebbe in contrasto con il principio di buona fede, scolpito nell'art. 10, co. 1, dello Statuto. Si ritiene, pertanto, che le informazioni ottenute durante procedura ICAP dall'amministrazione fiscale italiana, in caso di successivo abbandono del

⁸⁸ *Handbook*, p. 29.

⁸⁹ Dello stesso avviso A. RIBES RIBES, *Retos del International Compliance Assurance Programme (ICAP) Permanente de la OCDE como Modelo de Cumplimento Cooperativo Multilateral*, cit., p. 118.

programma, non possano essere utilizzate (a sfavore del contribuente) per scopi diversi da quelli per le quali sono state richieste.

Un'ultima criticità si ravvisa nella mancata trasparenza che fino ad oggi ha contraddistinto l'ICAP. Attualmente, infatti, non esistono dei dati dettagliati pubblicati sui partecipanti al programma, né statistiche ufficiali sui risultati delle due versioni pilota e del Manuale 2021 dell'ICAP. Le uniche informazioni disponibili sono quelle incluse nei contributi dottrinali, in cui alcune amministrazioni fiscali partecipanti raccontano la loro esperienza del programma, integrata dalla valutazione di accademici e professionisti.⁹⁰

Anche in questo caso, è evidente che la mancanza di dati ufficiali riduca notevolmente l'attrattività del programma.

Venendo alle conclusioni, ritengo che l'ICAP, come d'altronde la maggior parte degli istituti del diritto tributario internazionale, presenti delle criticità, in particolar modo nel suo rapporto con l'ordinamento tributario italiano.

De iure condendo, è auspicabile un intervento del legislatore che possa, tramite una norma *ad hoc*, offrire delle reali tutele al contribuente che aderisce al programma. Diversamente, l'ICAP diventerà poco attraente per le multinazionali che vogliono avviare o ampliare il proprio *business* in Italia.

Se ciò non potrà avvenire in tempi celeri (il che è molto probabile), sarebbe opportuno che almeno l'amministrazione fiscale italiana intervenisse sul tema della *tax assurance*, fornendo dei chiarimenti sul significato di tale definizione e sulle maggiori tutele che intende offrire al contribuente. Diversamente, oltre al fatto che verrebbe ridotta drasticamente l'attrattività del programma, il rischio è che l'incertezza sul significato di *tax assurance* possa dar luogo a parecchio contenzioso, con i contribuenti e l'Agenzia delle entrate italiana che propenderanno per interpretazioni contrastanti.

Verrebbe anche da chiedersi, infine, come l'ICAP possa convivere con il regime della *cooperative compliance* introdotto dal D.Lgs. 128/2015, e, quindi, come avvenga il coordinamento tra i due istituti.⁹¹

I quesiti sull'ICAP sono tanti e le certezze sono ancora poche.

⁹⁰ Cfr. R. HEIN e R. RUSSO (eds.) (2020): *“Co-operative Compliance and the OECD's International Compliance Assurance Programme”*, cit.

⁹¹ La Delega fiscale potrebbe rappresentare l'occasione giusta per chiarire questi aspetti.

Pertanto, c'è ancora tanta strada da fare, ma sicuramente la direzione è quella giusta.

Bibliografia

CALDERON, J. (2018). The International Compliance Assurance Programme: Just a New Multilateral and Cooperative Model of Tax Control for Multinational Enterprises? *Bullettin for International Taxation*.

DEL FEDERICO, L. (2010). *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*. Giuffrè.

EU Commission. (2021). Taxation and Customs Union, European Trust and Cooperation Approach - ETACA Pilot Project for MNEs.

European Commission. (2020). An Action Plan for Fair and Simple Taxation Supporting the Recovery Strategy, COM(2020) 312 final.

HEIDECHE, B., & SLAGTER, L. (2018). The International Compliance Assurance Programme and Joint Audits: A New Epoch of Transfer Pricing Audits? . *International Transfer Pricing Journal* .

HEIN, R., & RUSSO, R. (2020). *Co-Operative Compliance and the OECD's International Compliance Assurance Programme* . Wolters Kluwer.

IMF/OECD. (2017). *Report on Tax Certainty* . Paris.

JEFFREY, O., & PEMBERTON, J. (2021). *Cooperative Compliance: A Multi-Stakeholder and Sustainable Approach to Taxation* . Wolters Kluwer .

KIRCHLER, E., HOELZL, E., & WAHL, L. (2008). Enforced versus voluntary tax compliance: the "slippery slope" framework. *Journal of Economic Psychology*.

LOGOZZO, M. (2012). Legittimo affidamento e buona fede nei rapporti tra contribuente e amministrazione. Università LUISS Guido Carli di Roma.

LOGOZZO, M. (2018). I principi di buona fede e del legittimo affidamento: tutela piena o parziale? *Diritto e Pratica Tributaria*.

MARONGIU, G. (2008). Lo statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede. *Rivista di Diritto Tributario* .

OECD. (2008). *Study into the Role of Tax Intermediaries* .

OECD. (2013). *Co-Operative Compliance: A Framework From Enhanced Relationship to Co-Operative Compliance* .

OECD. (2018). *International Compliance Assurance Programme. Pilot*

Handbook. Paris.

OECD. (2019). *International Compliance Assurance Programme. Pilot Handbook 2.0*. Paris.

OECD. (2021). *International Compliance Assurance Programme - Handbook for tax administrations and MNE groups*. Paris.

RIBES RIBES, A. (2022). Retos del International Compliance Assurance Programme (ICAP) Permanente de la OCDE como Modelo de Cumplimento Cooperativo Multilateral. *Cronica Tributaria*.

RUSSO, R., & MARTINI, M. (2021). The International Compliance Assurance Programme: Review of the Full Programme. *Bullettin for International Taxation*.

RUSSO, R., & MARTINI, M. (2019). The International Compliance Assurance Programme Reviewed: The Future of Cooperative Tax Compliance? . *Bullettin for International Taxation* .

RUSSO, R., ENGELMOER, J., & MARTINI, M. (2022). Cooperative Compliance in the European Union: An Introduction to the European Trust and Cooperation Approach. *Bullettin for International Taxation*.

STANLEY SMITH, J. (2019). Repsol's participation in ICAP . *International Tax Review*.

STANLEY-SMITH, J. (2019). Shell's participation in ICAP. *International Tax Review*.

STANLEY-SMITH, J. (2019). Tax heads encourage more companies to use ICAP. *International Tax Review*.

STROHM, J. (2019). Das International Compliance Assurance Programme der OECD . *Internationale Steuer-Rundschau*.

VIOTTO, A. (2017). Tutela dell'affidamento, consulenza giuridica e interpello. *Rivista di Diritto Tributario*.

La fiscalità innovativa: caso start-up (Innovative Taxation: Start-Up Case)

di Emanuela Di Rauso

Dottoranda di ricerca in Imprenditorialità e Innovazione - Dipartimento di Economia - Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

ABSTRACT

The organic body of legislation dedicated to the innovative start-up ecosystem was enacted by our legislature in December 2012 with the aim of developing a new entrepreneurial culture, dedicated to innovation and inclined to seize the opportunities reserved by technological development. Analysing the data on innovative start-ups present, after almost two years, in the special section of the Register of Companies of the Italian Chambers of Commerce, there are more than 2,800 regularly registered companies. It is also inevitable that in the corpus of provisions dedicated to innovative start-ups, a prominent position is occupied by those of a fiscal nature, for which it is possible to trace a minimum common denominator in the desire to support the entrepreneurial development of innovative ideas, through an articulated and structured mechanism of incentives that affect numerous categories of institutional subjects, starting with the shareholder-investors, with deductions and deductions, and then extending to employees, collaborators and consultants through the tax exemption of remuneration. These provisions, which are 'aimed at creating favourable conditions and instruments for the birth and development of innovative start-ups', also directly affect the companies covered by the regulation under review: in this regard, suffice it to think of the exclusion (by right) from the list of 'non-operational' entities, which, in fact, allows this peculiar category of entities to focus on the development of their projects, without having to fear the negative consequences arising from the (almost certain) application of the 'shell company' rules. This last notation deserves

special attention: in fact, it seems evident that the tax legislator is fully aware of the problems connected to the business world related to innovation and the start-up of new activities. However, this peculiar consideration could, perhaps, have led to even more effective results if further provisions had been envisaged (which, given the structure of the provisions on innovative start-ups, could only be temporary) aimed at disapplying specific rules of the tax system that represent a potential disincentive to the adoption of innovative start-ups (think, in particular, of those penalising undercapitalisation under Article 96 of the T.U.I.R.). However, the highly innovative scope of the measures discussed in this notebook undoubtedly constitutes a 'starting point' for rethinking the ways in which entrepreneurial activities are incentivised.

SINTESI

Il corpus normativo organico dedicato all'ecosistema delle start-up innovative è stato varato dal nostro legislatore nel dicembre 2012 con l'obiettivo di sviluppare una nuova cultura imprenditoriale, votata all'innovazione e propensa a cogliere le opportunità riservate dallo sviluppo tecnologico. Analizzando i dati sulle start-up innovative presenti, dopo quasi due anni, nella sezione speciale del Registro delle Imprese delle Camere di Commercio d'Italia, si contano oltre 2.800 imprese regolarmente iscritte. È peraltro inevitabile che nel corpus di disposizioni dedicate alle start-up innovative, una posizione di rilievo sia occupata da quelle di carattere fiscale, per le quali è possibile rintracciare un minimo comune denominatore nella volontà di sostenere lo sviluppo imprenditoriale di idee innovative, attraverso un articolato e strutturato meccanismo di incentivi che interessano numerose categorie di soggetti istituzionali, a partire dai soci-investitori, con deduzioni e detrazioni, per poi allargarsi a dipendenti, collaboratori e consulenti attraverso la defiscalizzazione dei compensi. Queste disposizioni, che sono "finalizzate a creare condizioni e strumenti favorevoli per la nascita e lo sviluppo di start-up innovative", interessano direttamente anche le società oggetto della norma in esame: a questo proposito, basti pensare all'esclusione

(di diritto) dal novero dei soggetti "non operativi", che, di fatto, consente a questa peculiare categoria di soggetti di concentrarsi sullo sviluppo dei propri progetti, senza dover temere le conseguenze negative derivanti da una (quasi certa) applicazione della disciplina delle società "di comodo". Quest'ultima notazione merita un'attenzione particolare: sembra infatti evidente che il legislatore fiscale sia pienamente consapevole delle problematiche connesse al mondo imprenditoriale legate all'innovazione e all'avvio di nuove attività. Tuttavia, questa peculiare considerazione avrebbe potuto, forse, portare a risultati di ancora maggiore efficacia, laddove fossero state previste ulteriori disposizioni (che, data la struttura delle disposizioni sulle start-up innovative, non potevano che essere temporanee) volte a disapplicare specifiche norme del sistema fiscale che rappresentano un potenziale disincentivo all'adozione di start-up innovative (si pensi, in particolare, a quelle che penalizzano la sottocapitalizzazione di cui all'art. 96 del T.U.I.R.). Tuttavia, la portata fortemente innovativa delle misure discusse in questo quaderno costituisce senza dubbio un "punto di partenza" per ripensare le modalità di incentivazione delle attività imprenditoriali.

SOMMARIO

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca - **2.** Piccolo cenno di start-up innovativa; Definizione forme societarie, requisiti, costituzione ed iscrizione nel registro delle imprese - **3.** Come favorire l'accesso delle start-up attraverso la fiscalità agevolata? Primi passi - **4.** Brevi sintesi di start-up innovativa a variazione sociale e incubatore certificato. Definizione varie - **5.** Le agevolazioni per le start-up innovative: Quadro generale - **6.** Approfondimento: incentivi fiscali in de minimis per le start-up innovative - **7.** Detrazione IRPEF (art. 29, commi 1-3 Decreto 179/2012 - art. 4, commi 1-2, 7 DM 30/01/2014) - **8.** Approfondimenti sugli esoneri dai diritti commerciali alle imposte di bollo - **10.** Risultati di ricerca e conclusioni

1. Metodologia, Criterio di Ricerca, Fonti e domanda di ricerca

La metodologia utilizzata per il seguente lavoro è la revisione sistemica della letteratura, prendendo in considerazione le fonti dall'anno 2021 ad oggi. Le banche date utilizzate sono: Juris, Researchgate, Scopus, Google Scholar. Inoltre, sono state prese in considerazione molti testi presenti presso la biblioteca dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Le parole chiave di ricerca sono state:– Fiscalità delle start-up – agevolazione Iva – benefici fiscali start-up – costituzione start-up.

La revisione sistemica della letteratura è stata svolta in questo modo:

- 1) Raccolta degli articoli attraverso le banche dati;
- 2) Attenta analisi degli articoli;
- 3) Messa in evidenza tutte le componenti che forniscono una panoramica chiara per poter rispondere in modo esaustivo alle domande di ricerca poste nel corso del seguente lavoro. Le domande di ricerca poste sono le seguenti:

- 1) In che modo i modelli fiscali possono adeguarsi allo sviluppo economico e

precoce delle start-up?

2) Quale potrebbe essere un modello fiscale adeguato allo sviluppo delle start-up?

Il lavoro attraverso una revisione delle varie linee guida applicate dal 2020 ad oggi

cerca di rispondere alle seguenti domande di ricerca e cerca inoltre di offrire nei risultati di ricerca e conclusioni importanti spunti di ricerca futura per cercare di equilibrare il nostro ordinamento ai fini fiscali per le start-up con l'ordinamento giuridico.

2. Piccolo cenno di start-up innovativa; Definizione forme societarie, requisiti, costituzione ed iscrizione nel registro delle imprese

La definizione di start-up innovativa è data dal Decreto-legge n. 179/2012 art. 25, il quale indica con la denominazione di start-up innovativa “una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano oppure Società europea le cui azioni o quote non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione”. Dalla stessa definizione, emergono due possibili categorie di forme societarie per le start-up innovative.

In particolare:

1. Società di capitali
2. Società Europea

Tale forma societaria¹, può essere costituita all'interno del territorio dell'UE ed è disciplinata dal Regolamento UE n. 2157 dell'8 ottobre 2011 e che dovrà essere residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del T.U.I.R. Tra le società Europea rientrano anche le società cooperative europee disciplinate dal Regolamento (CE) n. 1435/2003. Il comma 2 del medesimo articolo poi, ne disciplina anche i REQUISITI:

1. È un'impresa nuova o costituita da non più di 5 anni;
2. Ha residenza in Italia, o in un altro paese dello Spazio Economico Europeo ma con sede produttiva o filiale in Italia.

¹ N. GENTILE ROSAZZA, E. GIANIN, “Startup innovative: le agevolazioni sul work for equity”, Altalex, 2017.

3. A partire dal secondo anno di vita il valore della produzione² risultante dal Conto Economico deve essere inferiore a 5 milioni di euro, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro 6 mesi dalla chiusura dell'esercizio.

4. Non è quotata in un mercato regolamentato o in una piattaforma multilaterale di negoziazione;

5. Non distribuisce e non ha distribuito utili;

6. Ha come oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di un prodotto o altro servizio tecnologico;

7. Non è risultato di fusione, scissione o cessione di ramo d'azienda.

Infine, una start-up è innovativa se rispetta almeno 1 dei seguenti 3 requisiti soggettivi:

1) sostiene spese in Ricerca e Sviluppo e innovazione pari ad almeno il 15 per cento del maggiore valore tra fatturato e costo della produzione.

2) impiega personale altamente qualificato

3) è titolare, depositaria o licenziataria di almeno un brevetto o titolare di un software registrato.

In sintesi, la definizione di start-up innovativa, non implica vincoli di natura anagrafica in capo alla compagine societaria, né limitazioni legate al settore di attività, proprio perché l'obiettivo ultimo del provvedimento è la promozione dell'innovazione tecnologica in ogni ramo economico. L'unica differenza prevista dal Decreto-Legge riguarda le start-up innovative "a vocazione sociale" (d'ora avanti SIAVS). La start-up innovativa può essere già stata costituita al momento dell'entrata in vigore del Decreto Legge n. 179/2012 o può essere un'impresa di nuova costituzione. Più in particolare la norma in commento prevede testualmente: "le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e in possesso dei requisiti previsti dal comma 2, sono considerate start-up innovative ai fini del presente decreto se depositano presso l'Ufficio del Registro delle imprese, di cui all'articolo 2188 del codice civile, una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti il possesso dei requisiti previsti dal comma 2.

² A. TUCCILLO "Aiuto alla crescita economica (ace): incentivo alla patrimonializzazione delle imprese", C&S informa 2012.

In tal caso, la disciplina³ di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la start-up innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti.” La decisione della Commissione europea (2013) ha autorizzato, infatti, gli incentivi fiscali di cui all’articolo 29 del Decreto Legge 179/2012 per gli investimenti agevolabili effettuati nel periodo di imposta 2013, 2014 e 2015, precisando che ogni modifica della misura deve essere notificata alla Commissione. Il periodo d’imposta 2016, introdotto per effetto delle modifiche apportate al Decreto 179/2012 dalla legge di conversione del Decreto Legge n. 76 del 2013, non essendo stato oggetto di valutazione a livello comunitario, necessita pertanto di specifica autorizzazione per poter essere considerato anch’esso un periodo agevolato. Con riferimento alla cosiddetta clausola standstill, di cui al comma 9 dell’articolo 29, in base alla quale l’attuazione della misura notificata dipende dall’autorizzazione preventiva da parte dell’autorità comunitaria, la citata decisione C(2013)8827 final precisa che la misura non deve essere applicata prima della pubblicazione su Internet del testo integrale della misura stessa, in particolare sui siti web della Gazzetta ufficiale italiana e del Ministero dello Sviluppo Economico nelle sezioni dedicate alle notizie. La pubblicazione sui richiamati siti web della misura integrale e, nello specifico del decreto attuativo previsto dal comma 8, dell’articolo 29, è avvenuta in data 20 marzo 2014. In ogni caso le start-up innovative sono considerate tali, in base al possesso dei requisiti, se risultano iscritte in apposita sezione del Registro delle Imprese. Non possono rientrare nella fattispecie delle start-up innovative le società⁴ costituite in base ad un’operazione straordinaria di fusione, scissione o a seguito di cessione d’azienda o di ramo d’azienda. Infatti, come si legge nella relazione illustrativa al Decreto 179/2012, la norma cerca di incoraggiare nuovi potenziali imprenditori ad avviare una start-up innovativa ed a contribuire, complessivamente, allo sviluppo di una cultura dell’innovazione e dell’imprenditorialità tra tutti i cittadini

³ Si veda P. ALBERT - F. TOSCO - R. VITALE, *“Disciplina di favore per le start up innovative”* - Eutekne 2013.

⁴ S. MELONI *“Start Up innovative, i labili confini dei modelli societari”*, Il Sole 24 2013.

e in particolare tra i “ragazzi” (come espressamente indicato nella relazione illustrativa al Decreto), così come alla promozione della mobilità sociale, della trasparenza e del merito quali obiettivi primari per il rilancio del paese. Tra le recenti precisazioni si segnala che per le società costituite anteriormente al 19 dicembre 2012 è stata emessa dal MiSe una risoluzione da cui si rileva che per tali società non è necessario che entro tale data sia stata anche iniziata l'attività, ma l'unico parametro da tenere in considerazione sia quello attinente alla data di costituzione (MiSE protocollo 145186 del 12 agosto 2014). La sezione speciale del Registro delle Imprese consente la condivisione delle informazioni relative all'anagrafica, all'attività svolta, ai soci fondatori e agli altri collaboratori, al bilancio, ai rapporti con gli altri attori della filiera quali incubatori⁵ o investitori. L'iscrizione alla sezione speciale del Registro delle Imprese avviene a seguito della compilazione e presentazione della domanda, in formato elettronico, contenente le seguenti informazioni:

- a) data e luogo di costituzione, nome e indirizzo del notaio;
 - b) sede principale ed eventuali sedi periferiche;
 - c) oggetto sociale;
 - d) breve descrizione dell'attività svolta, comprese l'attività e le spese in ricerca e sviluppo;
 - e) elenco dei soci, con trasparenza rispetto a fiduciarie, holding, con autocertificazione di veridicità;
 - f) elenco delle società partecipate;
 - g) indicazione dei titoli di studio e delle esperienze professionali dei soci e del personale che lavora nelle start-up innovative, esclusi eventuali dati sensibili;
 - h) indicazione dell'esistenza di relazioni professionali di collaborazione o commerciali con incubatori certificati, investitori istituzionali e professionali, università e centri di ricerca;
 - i) ultimo bilancio depositato, nello standard XBRL;
 - l) elenco dei diritti di privativa su proprietà industriale e intellettuale.
- Con una recente precisazione il MiSE (prot. 169135 del 29 settembre 2014)

⁵ G. ANDREANI - A. TUBELLI, "Apporti di opere e servizi a favore di start-up innovative e incubatori certificati" Corriere Tributario 24/2013.

ha sottolineato che “la procedura in questione non contempla la presentazione alla camera di commercio di una esaustiva documentazione tecnica circa il prodotto o servizio innovativo che si intende produrre e commercializzare; per cui la camera di commercio non avrebbe a propria disposizione, in ogni caso, compiuti elementi istruttori su cui basare una propria eventuale valutazione di merito. Ovviamente, ciò non esclude che tale valutazione di merito sia svolta successivamente da altri soggetti”. Il compito del Registro delle Imprese è, con riferimento all’iscrizione nella apposita sezione, solo quello della verifica della corretta compilazione e allegazione di tutti i documenti e moduli previsti dalla disciplina in esame. Ulteriore precisazione, sempre indicata nella risoluzione di cui sopra, evidenzia che per l’iscrizione nell’apposita sezione deve essere indicato il complessivo avvio delle attività di “sviluppo ... produzione⁶ e ... commercializzazione di prodotti e servizi innovativa ad alto valore tecnologico”, con specificazione della natura dei prodotti o servizi in parola. È evidente che se per lo svolgimento di tali attività le norme vigenti prevedono l’attivazione di procedimenti autorizzatori o para- autorizzatori, dovrà anche darsi prova della corretta esecuzione degli stessi nel momento in cui si richiede l’iscrizione nella sezione speciale. La semplice ricerca non permette di avere i requisiti per essere iscritti nella sezione speciale delle start-up innovative. Avvenuta l’iscrizione, le start-up innovative devono aggiornare le informazioni i cui sopra con cadenza non superiore a sei mesi, comma 14, e entro trenta giorni dall’approvazione del bilancio e, comunque, entro sei mesi dalla chiusura dell’esercizio, comma 15.

In buona sostanza la conferma dei requisiti⁷ deve essere comunicata almeno due volte l’anno, una in occasione dell’approvazione del bilancio. Si rileva che devono essere confermate ogni sei mesi anche le notizie già comunicate ed iscritte, anche nel caso in cui non vi siano state modifiche nei dati.

Come è stato precisato nella circolare 3672/C del 29.8.2014 del MiSE a partire dal secondo adempimento, le scadenze per l’effettuazione della dichiarazione semestrale al Registro delle Imprese competente sono

⁶ T. ALON, D., BERGER, R., DENT, B. PUGSLEY, “*Older and slower: The start-up deficit’s lasting effects on aggregate productivity growth*”, *Journal of Monetary Economics*, pp. 68-85, 2018.

⁷ A. D’ANDREA, “*Start Up liinnovative: requisiti e nuove agevolazioni*”, *Forexinfo* 2017.

uniformate al 30 giugno e al 31 dicembre di ciascun anno, con la precisazione che il secondo adempimento avrà scadenza al 30 giugno o 31 dicembre immediatamente successivo alla scadenza dell'anno di iscrizione alla sezione speciale del Registro delle Imprese. Ad esempio, una start-up innovativa iscritta alla sezione speciale il 15 maggio 2014 deve effettuare il primo aggiornamento entro il 15 novembre 2014 e uniforma il secondo aggiornamento semestrale che avrebbe normalmente scadenza al 15 maggio 2015, al 30 giugno 2015, il terzo al 31 dicembre 2015 e così via⁸.

Inoltre, come è stato precisato, in ottica semplificatrice e al fine di ridurre a due il numero degli adempimenti annui, senza compromettere gli obiettivi informativi, è previsto che la dichiarazione semestrale di cui al comma 14, la quale scada nel semestre successivo al termine dell'esercizio sociale, possa essere effettuata unitamente all'attestazione del mantenimento dei requisiti prevista dal comma 15. Ad esempio, una start-up innovativa, che abbia esercizio solare al 31 dicembre di ciascun anno ed approvi il proprio bilancio il 30 aprile 2015, depositerà l'attestazione del mantenimento dei requisiti di cui al comma 15 dell'art.25, entro 30 giorni, e cioè il 30 maggio 2015, e potrà integrare nella stessa l'aggiornamento delle informazioni di cui a commi 12 e 13 dando così contestuale adempimento all'obbligo di informazione semestrale previsto con scadenza al 30 giugno 2015. Ove la medesima società, non approvi il bilancio relativo all'esercizio 2014 entro il 30 giugno 2015 dovrà comunque depositare l'attestazione di mantenimento dei requisiti di cui al comma 15 entro tale termine semestrale (30 giugno 2015). Per le società con esercizio non coincidente all'anno solare, le disposizioni vanno raccordate. Ad esempio, ove la società abbia chiuso l'esercizio al 30 aprile di ciascun anno e approvi il bilancio al 28 agosto, dovrà depositare l'attestazione di cui al comma 15 entro il 27 settembre (30 giorni dall'approvazione del bilancio) e potrà uniformare alla stessa, integrandone i dati, la comunicazione di cui al comma 14 in scadenza al 31 dicembre 2014 per l'aggiornamento dei dati relativi al semestre solare successivo alla data di chiusura dell'esercizio. Ove la stessa società non approvi il bilancio o lo approvi oltre il 30 settembre 2014, dovrà in ogni caso

⁸ C.DE STEFANIS, *"Doppia via per costituire una start-up ordinaria nella forma di S.r.l."*, Sistema Ratio, 2017

depositare l'attestazione di cui al comma 15 entro il 31 ottobre 2014, potendo integrare l'adempimento previsto dal comma 14 per il semestre in scadenza al 31 dicembre 2014. La presentazione della domanda e delle successive comunicazioni devono essere effettuate in forma telematica con firma digitale tramite "Comunica" (Comunicazione Unica al Registro delle Imprese) e tutti i documenti allegati devono essere firmati digitalmente dal rappresentante legale della società.

3. Come favorire l'accesso delle start-up attraverso la fiscalità agevolata?

Primi passi

Nelle moderne economie la presenza di un ambiente innovativo che promuova la ricerca ed un tessuto imprenditoriale in grado di valorizzarne i risultati e le competenze dei singoli è una condizione ormai considerata necessaria per la competitività di un Paese.

Tra i più importanti fattori, alla base di tale condizione, si possono annoverare: chiarezza degli adempimenti fiscali, agilità delle procedure burocratiche, flessibilità e densità del mercato del lavoro⁹, giustizia funzionante, possibilità di reperire capitali di rischio. Tali fattori permettono di determinare la reputazione di un sistema- Paese sulla scena globale dell'imprenditoria innovativa e, quindi, la direzione dei flussi di capitale sia finanziario, sia umano. Un ecosistema frammentato e poco competitivo è destinato, in questa sempre più intensa competizione internazionale, a rallentare sempre più e a non attrarre talenti e risorse. Riuscire a creare condizioni di sistema, favorevoli alla nascita e allo sviluppo delle start-up innovative – qualsiasi sia il settore a cui appartengono – consente, pertanto, di fornire un contributo rilevante alla crescita economica e all'occupazione, in particolare a quella giovanile e favorisce lo sviluppo delle conoscenze su tutto il tessuto imprenditoriale del Paese, orientato all'high-tech e alle high skills. Tutto questo, favorisce, inoltre, una maggiore equità e una maggiore mobilità sociale, rafforzando il legame tra università e impresa e promuovendo una maggiore propensione all'assunzione

⁹ Si faccia riferimento a J. HALTIWANGER., R.S JARMIN., J. MIRANDA., "Who creates jobs? Small versus large versus young", *Review of Economics and Statistics*, pp 347–361. 2013

di rischio imprenditoriale. In ambito europeo, non esiste una definizione unica di start-up innovativa ma, nel quadro della politica di ricerca europea e, più precisamente, nell'ambito del 7° Programma Quadro, è possibile identificare alcune caratteristiche che la start-up innovativa deve presentare affinché gli aiuti che riceve siano compatibili con il mercato comune. Per poter garantire la concessione di un prestito da parte di banche ed altri intermediari finanziari, è necessario infatti che la start-up innovativa che ne beneficia soddisfi, a titolo esemplificativo, almeno uno dei seguenti requisiti:

(i) sia un'impresa "ad alta crescita", guidata dalla ricerca e sviluppo o dall'innovazione¹⁰;

(ii) ricorra ad un prestito per investire nella produzione o nello sviluppo di prodotti, processi e/o servizi innovativi;

(iii) abbia vinto un premio di innovazione negli ultimi ventiquattro mesi, ecc.

Trattasi, tuttavia, di indicatori che non possono essere utilizzati tout court per misurare l'innovazione in quanto, spesso, sono legati al contesto giuridico all'interno del quale si sono sviluppati.

Come ricordato all'interno di Restart, Italia, Rapporto del 13 settembre 2012 della Task Force sulle start-up, istituita dal Ministero dello Sviluppo Economico, l'Italia ha una grande storia di innovazione, di scienza e di tecnologia¹¹ che è stata alimentata dallo stile di vita e dalla cultura sviluppate nel Territorio. Tuttavia, l'innovazione, che rappresenta un fattore moltiplicativo per lo sviluppo, deve essere sempre alimentata: pertanto l'Italia, come spiegato nel suddetto Rapporto, dovrebbe sostenere maggiormente la propria industria, investire nelle proprie infrastrutture e diventare più ospitale per le imprese innovative.

Infatti, coloro che vogliono realizzare in Italia una nuova impresa, si trovano spesso a fronteggiare un sistema fiscale e burocratico gravoso, che li porta a scegliere forme contrattuali che non valorizzano le loro competenze o che li costringe a trasferirsi all'estero per realizzare la propria attività. A loro volta, coloro che vorrebbero investire in tali imprese innovative, ne sono scoraggiati e scelgono strade alternative. In tale contesto di incertezza, il Rapporto redatto

¹⁰ AA.VV. "Le start-up innovative" – I Focus del Sole 24 Ore 2014.

¹¹ M. COLOMBO L. GRILLI., S. MARTINU., "R&D subsidies and the performance of high-tech start-ups", Economics Letters, pp. 97–99. 2011

dalla Task Force sulle start-up, ispirandosi alle diverse esperienze europee ed internazionali e contestualizzandole all'interno dello scenario nazionale, ha formulato un insieme di proposte al Governo, affinché l'Italia diventi un Paese in cui la nascita e la crescita delle start-up innovative siano eventi facilmente realizzabili. Abbracciando questa visione, quindi, anche l'Italia ha inteso dotarsi, con il Decreto-legge 179/2012, (di seguito per brevità anche "Decreto 179/2012" o "Decreto") recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" di misure atte a favorire la nascita e lo sviluppo delle start-up innovative, promuovendo un approccio rinnovato al sostegno¹² pubblico all'imprenditorialità. Il medesimo Decreto è stato convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, entrata in vigore il 19 dicembre 2012. Le nuove misure rappresentano un corpus normativo organico, che comprende tutti gli aspetti più rilevanti del ciclo di vita di una start-up, dalla nascita alla fase di sviluppo, fino alla sua eventuale chiusura. Inoltre, le medesime mirano ad introdurre "per la prima volta nel panorama legislativo italiano, un quadro di riferimento nazionale coerente per le start-up". Tali misure hanno condotto l'Italia all'avanguardia nel confronto con gli ordinamenti dei principali partner europei e hanno risposto a specifiche raccomandazioni dell'Unione Europea, che identificavano nelle start-up un motivo di crescita e di creazione dell'occupazione per l'Italia. Il Decreto 179/2012 definisce la start-up innovativa come una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una Societas Europaea, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (in breve, anche T.U.I.R.), le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione. Per essere identificata quale start-up innovativa, l'impresa deve altresì possedere i requisiti elencati dall'art. 25 del Decreto 179/2012: in particolare, l'attività deve essere finalizzata in modo esclusivo o prevalente allo sviluppo, alla produzione e alla commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico. La nuova normativa italiana sulle start-up innovative interviene, pertanto, con

¹² Ministero dello Sviluppo Economico, "Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive" 2018.

l'obiettivo di promuovere la crescita¹³ sostenibile, lo sviluppo tecnologico, l'occupazione (in particolare giovanile), lo sviluppo di una nuova cultura imprenditoriale, la creazione di un ecosistema più incline all'innovazione: misure tali da favorire una maggiore mobilità e l'incremento di capitali e talenti esteri. In tal senso, il Governo si prefigge di raggiungere gli obiettivi sopra indicati attraverso la semplificazione delle procedure, la riduzione degli oneri a carico delle start-up innovative, alcune deroghe al diritto societario, il ricorso ad una procedura liquidatoria semplificata e favorendo gli investimenti in tali imprese. Infatti, per rafforzare la crescita e l'investimento in imprese start-up innovative è prioritario cercare di creare un clima favorevole al loro sviluppo, aumentando la capacità di attrarre capitali privati, anche attraverso la leva fiscale. In merito, l'art. 29 del Decreto 179/2012 rappresenta il quadro di riferimento degli incentivi fiscali a sostegno degli investimenti in start-up innovative: occorre evidenziare tuttavia che, con Decreto interministeriale del 30 gennaio 2014, il Governo ha inteso disciplinare le modalità di attuazione dei predetti incentivi fiscali, la cui efficacia resta vincolata all'autorizzazione comunitaria¹⁴. Occorre inoltre precisare che, poiché la policy relativa alle start-up innovative è in continua evoluzione, l'articolo 32 del Decreto 179/2012 ha previsto la creazione di un sistema strutturato di monitoraggio e di valutazione ponendo, a partire dal 1° marzo 2014, l'obbligo in capo al Ministero dello Sviluppo Economico di relazionare, annualmente in Parlamento, sull'impatto¹⁵ delle misure a sostegno delle start-up innovative. Un ulteriore pilastro della disciplina è teso a favorire lo sviluppo dei c.d. "incubatori certificati": trattasi di imprese che ospitano, sostengono e accompagnano lo sviluppo delle start-up, offrendo attività di formazione, sostegno operativo e manageriale, fornendo strumenti e luoghi di lavoro e favorendo, infine, il contatto tra gli investitori. I requisiti qualificanti degli incubatori certificati sono stati definiti con Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 22 febbraio 2013, a seguito di una consultazione che

¹³ C. CRISCUOLO, P. GAL, C. MENON, *"The Dynamics of Employment Growth: New Evidence from 18 Countries"*, OECD Science Technology and Industry Policy Papers, No. Paris. 2014

¹⁴ G. ALBANESE, G. DE BLASIO, *"I programmi comunitari 2014-2020: un confronto internazionale"*, Eyesreg, pp. 46-53, 2017.

¹⁵ D.B AUDRETSCH., A COLOMBELLI., L GRILLI., T MINOLA., E RASMUSSEN., *"Innovative startups and policy initiatives: heterogeneity, impact and implications"*, Research Policy 2019.

ha coinvolto numerose strutture, di natura pubblica e privata, esistenti su tutto il territorio nazionale. Tali requisiti sono costituiti dalla disponibilità di adeguate strutture immobiliari, di attrezzature e di una struttura tecnico manageriale di riconosciuta esperienza, nonché dall'esistenza di regolari rapporti di collaborazione con Università, Centri di ricerca, istituzioni pubbliche e partner finanziari. La norma prevede, inoltre, che l'incubatore debba disporre di un'adeguata esperienza maturata nell'attività di sostegno a start-up innovative. Alcune delle misure agevolative previste per le start-up innovative sono estese anche agli incubatori certificati. Per quanto riguarda, invece, gli aspetti non fiscali della disciplina¹⁶ contenuta nella Sezione IX del D.L. 179/2012, si fa rinvio ai chiarimenti forniti dal MiSE e da Unioncamere, reperibili sui rispettivi siti internet.

4. Brevi sintesi di start-up innovativa a variazione sociale e incubatore certificato. Definizione varie

La start-up innovativa a vocazione sociale possiede tutti i requisiti delle start-up innovative e opera in alcuni settori specifici che la legge considera di particolare valore sociale. La Circolare 3677/C emanata dal Ministero dello Sviluppo Economico il 20 gennaio 2015 ha introdotto una nuova procedura di autocertificazione, estremamente agile e flessibile, fondata sulla rendicontazione dell'impatto sociale, sulla trasparenza e sul controllo diffuso delle informazioni per il riconoscimento delle start-up innovative a vocazione sociale. A tal fine è stata predisposta una guida per la redazione del Documento di Descrizione di Impatto Sociale. L'incubatore certificato è lo strumento individuato dalla legge per valorizzare le strutture che offrono efficacemente servizi fisici di incubazione a nuove imprese innovative ad alto valore tecnologico. Devono soddisfare alcuni requisiti specifici relativi ai locali, al management, alle attrezzature e, soprattutto, devono dimostrare comprovata esperienza nelle attività di sostegno all'avvio di imprese innovative. Gli incubatori certificati beneficiano di alcune delle agevolazioni previste per le start-up innovative:

¹⁶ M.FURLÒ "Legge di bilancio 2017: agevolazioni per start up e PMI innovative", 2017

- esonero da diritti camerali e imposte di bollo
 - possibilità di adottare piani di incentivazione in equity per dipendenti e collaboratori esterni
 - accesso semplificato e gratuito al Fondo Centrale di Garanzia
- Inoltre, possono rivestire un ruolo di certificatori nelle operazioni di equity crowdfunding e nell'ambito dei programmi Italia Start-up Visa e Hub.

5. Le agevolazioni per le start-up innovative: Quadro generale

Le start-up innovative godono di agevolazioni fiscali rilevanti, in questo paper vengono brevemente esposte tutte per la vastità dell'argomento. Vengono poi approfondite nel successivo paragrafo solo quelle più attinenti alla disciplina oggetto di studio.

Quali sono le agevolazioni¹⁷ fiscali riguardanti le start-up innovative?

1) Incentivi all'investimento nel capitale delle start-up innovative:

A partire dal 1° gennaio 2017, per gli investitori che effettuano investimenti in capitale di rischio di start-up innovative è disponibile un importante sgravio fiscale (Legge di Bilancio 2017).

L'incentivo all'investimento è così configurato:

- per le persone fisiche, una detrazione dall'imposta lorda Irpef pari al 30% dell'ammontare investito, fino a un massimo di 1 milione di euro;
- per le persone giuridiche, deduzione dall'imponibile Ires pari al 30% dell'ammontare investito, fino a un massimo di 1,8 milioni di euro.

A partire dal 2017, la fruizione dell'incentivo è condizionata al mantenimento della partecipazione nella start-up innovativa (holding period) per un minimo di tre anni. Gli incentivi, esercitabili in forma automatica in sede di dichiarazione dei redditi¹⁸, valgono sia in caso di investimenti diretti in start-up innovative e PMI innovative, sia in caso di investimenti indiretti per il tramite di OICR (Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio) e altre società che

¹⁷ A. D'ANDREA "Start Up e Imprese: le agevolazioni fiscali della Legge di Bilancio", Forexinfo 2017

¹⁸ Si faccia riferimento ad AA.VV. "IRES Redditi di impresa Imprese start-up innovative" Sole 24 Ore 2014.

investono prevalentemente in start-up e PMI innovative. L'incentivo prevede una detrazione IRPEF del 50% destinata alle persone fisiche che investono nel capitale di rischio di start-up innovative o PMI innovative. Le agevolazioni sono concesse ai sensi del Regolamento "de minimis" (Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013). Ai fini della fruizione dell'incentivo e prima dell'effettuazione dell'investimento, il legale rappresentante della start-up innovativa o della PMI innovativa è tenuto a presentare istanza sulla piattaforma informatica "Incentivi¹⁹ fiscali in regime «de minimis» per investimenti in start-up e PMI innovative". L'agevolazione si rivolge a start-up innovative, pmi innovative e incubatori certificati iscritti nella relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Per investimenti effettuati in start-up innovative, l'investimento agevolabile ammonta ad un massimo di 100mila euro per ciascun periodo di imposta. Ai sensi del Regolamento "de minimis", la start-up innovativa destinataria dell'investimento non può ottenere aiuti in "de minimis" per più di 200mila euro nell'arco di tre esercizi finanziari. Le start-up innovative beneficiano di un intervento semplificato, gratuito e diretto del Fondo di Garanzia per le Piccole e Medie Imprese, un fondo a capitale pubblico che facilita l'accesso al credito attraverso la concessione di garanzie sui prestiti bancari. La garanzia, applicabile sia in via diretta che su operazioni effettuate tramite confidi, copre fino allo 80% del credito erogato dalla banca alle start-up innovative e agli incubatori certificati, fino a un massimo di 5 milioni di euro. La garanzia è concessa in forma:

1) Automatica: il Fondo non esegue alcuna valutazione²⁰ di merito dei dati di bilancio della start-up, affidandosi alla due diligence effettuata dall'istituto di credito che ha in carico l'operazione;

2) Prioritaria: le istanze provenienti da start-up innovative o incubatori certificati vengono valutate più rapidamente rispetto a quelle ordinarie;

3) Gratuita: non sono previsti costi per l'accesso al Fondo.

Inoltre, l'istituto di credito coinvolto non può richiedere garanzie reali,

¹⁹ Si veda G. MOLINARO "Incentivi fiscali per le start up innovative", in Corriere Tributario 2017.

²⁰ Si veda T. DE STEFANO, F. MANARESI, C.MENON, P. SANTOLERI, G. SOGGIA, "The evaluation of the Italian "Start Up Act", OECD Science, Technology and Industry Policy Papers", OECD Publishing, Paris, 2018.

assicurative o bancarie sulla parte del finanziamento coperta da garanzia pubblica.

L'agevolazione si rivolge a start-up innovative e incubatori certificati iscritti nella relativa sezione speciale del Registro delle Imprese.

Anche per le PMI innovative è presente una simile agevolazione, ma con alcune differenze. Smart&Start Italia è l'incentivo nato con l'obiettivo di sostenere la nascita e lo sviluppo di start-up innovative mediante l'erogazione di un finanziamento a tasso zero per progetti di sviluppo imprenditoriale con un programma di spesa di importo compreso tra 100mila e 1,5 milioni di euro. Il finanziamento copre, senza alcuna garanzia, fino all'80% delle spese ammissibili; questa percentuale può salire al 90% se la start-up è costituita interamente da donne e/o da giovani sotto i 35 anni, oppure se tra i soci è presente un esperto col titolo di dottore di ricerca italiano (o equivalente) che lavora all'estero e vuole rientrare in Italia. Le start-up con sede in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia possono godere di un contributo a fondo perduto pari al 30% del mutuo e restituire così solo il 70% del finanziamento ricevuto. Il finanziamento va restituito in 10 anni a partire dal 12° mese successivo all'ultima quota di finanziamento ricevuto. La misura è gestita da Invitalia, in collaborazione con il Ministero dello Sviluppo Economico. Possono chiedere i finanziamenti le start-up innovative costituite da non più di 60 mesi e iscritte alla sezione speciale del registro delle imprese. ICE fornisce assistenza in materia normativa, societaria, fiscale, immobiliare, contrattualistica e creditizia: le start-up innovative hanno diritto a uno sconto del 30% sull'acquisto di beni e servizi a catalogo (esclusi i costi esterni). Inoltre, se l'azienda²¹ raggiungerà la soglia di 1.000,00 € di spesa (esclusi costi esterni e IVA) per servizi a catalogo acquistati nel corso dell'anno solare, maturerà il diritto a uno sconto del 10% sul costo dei servizi a catalogo che saranno erogati nell'anno successivo. Per ottenere gli sconti indicati è necessario registrarsi gratuitamente sul sito dell'ICE - Agenzia: ice.it. Tra le iniziative dell'Agenzia ICE a sostegno delle start-up si segnala inoltre il Global Start-up Program. Le imprese selezionate ricevono una formazione qualificata su tematiche inerenti

²¹ J. HALTIWANGER., R.S. JARMIN., R. KULICK., J. MIRANDA, *"High growth young firms: Contribution to job, output, and productivity growth"*, NBER Chapters, pp. 11–62 2016.

all'internazionalizzazione e un contributo economico per uno stage di 3-6 mesi presso incubatori. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. In caso di successo, le start-up innovative diventate mature che continuano a caratterizzarsi per una significativa componente di innovazione possono trasformarsi in PMI innovative, passando direttamente dalla sezione speciale del Registro delle Imprese dedicata alle start-up innovative a quella delle PMI innovative, continuando a mantenere l'iscrizione nella sezione speciale e quindi senza perdere il diritto ai benefici disponibili. In questo modo, il legislatore ha inteso estendere il proprio campo d'intervento a tutte le imprese innovative, a prescindere dal loro livello di maturità. Le PMI innovative beneficiano infatti della gran parte delle misure previste per le start-up innovative. Alcune di esse sono applicabili senza nessuna differenziazione tra le due tipologie. Per maggiori informazioni sulle agevolazioni dedicate alle PMI innovative si invita a consultare la relativa sezione sul sito del MiSE. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese che desiderano trasformarsi in PMI innovative. I requisiti²² per diventare PMI innovativa e le agevolazioni previste sono simili a quelle per le start-up innovative, ma con alcune differenze. L'impresa può decidere liberamente se accedere allo status di PMI innovativa o meno. Le start-up innovative e gli incubatori certificati dal momento della loro iscrizione nella sezione speciale del Registro delle Imprese sono esonerate dal pagamento dell'imposta di bollo e dei diritti di segreteria dovuti per gli adempimenti relativi alle iscrizioni nel Registro delle Imprese, nonché dal pagamento del diritto annuale dovuto in favore delle camere di commercio. Tali agevolazioni hanno durata di cinque anni e sono comunque condizionate dalla permanenza dell'impresa all'interno della sezione speciale. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Nel 2013, l'Italia ha regolamentato il mercato dell'equity crowdfunding, anche attraverso la creazione di un apposito registro di portali online autorizzati (link). Inizialmente previsto per le sole start-up innovative, l'equity crowdfunding

²² G. LEO *"Rivisti i requisiti per le start-up innovative"*, Finanziamenti & credito, 2013, volume 15, fascicolo 1, pp. 8-10.

è stato gradualmente esteso dapprima alle PMI innovative, agli OICR e alle società di capitali che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative (2015) e poi, con la Legge di Bilancio 2017, a tutte le piccole e medie imprese italiane. Lo strumento ricade sotto la responsabilità di Consob, l'Autorità di vigilanza dei mercati finanziari: disposizioni attuative sono date nel Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line adottato con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013, aggiornato con delibera n. 20264 del 17 gennaio 2018. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Alle start-up innovative costituite in forma di s.r.l. è consentito di:

1) creare categorie di quote dotate di particolari diritti (ad esempio, si possono prevedere categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che ne attribuiscono in misura non proporzionale alla partecipazione);

2) effettuare operazioni sulle proprie quote;

3) emettere strumenti finanziari partecipativi;

4) offrire al pubblico quote di capitale.

La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. La retribuzione dei lavoratori assunti da una start-up innovativa è costituita da una parte non inferiore al minimo tabellare previsto dal contratto collettivo applicabile, e da una parte variabile consistente in trattamenti collegati all'efficienza o alla redditività dell'impresa o altri indicatori concordati dalle parti. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese, costituite da meno di 60 mesi. Le start-up innovative e gli incubatori certificati possono remunerare i propri collaboratori con strumenti di partecipazione al capitale sociale (come le stock option), e i fornitori di servizi esterni attraverso schemi di work for equity. Il reddito derivante dall'assegnazione di tali strumenti non concorre alla formazione del reddito imponibile, né ai fini fiscali, né ai fini contributivi²³. Inoltre, fatto salvo un minimo previsto dai contratti collettivi di categoria, le parti possono stabilire in totale autonomia le componenti fisse e variabili della retribuzione, concordate ad esempio sulla base all'efficienza o alla

²³ M. DUMONT, G., RAYP, M. VERSHELDE., B. MERLEVEDE, "The contribution of start up and young firms to industry-level efficiency growth", Applied Economics, pp. 5786-5801, 2016.

redditività dell'impresa, alla produttività del lavoratore o del gruppo di lavoro²⁴, o ad altri obiettivi o parametri di rendimento, anche attraverso strumenti di partecipazione al capitale aziendale. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. La normativa ordinaria, che prescrive l'apposizione del visto di conformità per la compensazione dei crediti IVA superiori a 5.000 euro tramite modello F24, può costituire un disincentivo all'utilizzo della compensazione cd. orizzontale (ossia a valere su tipologie d'imposta diverse dall'IVA). L'esonero dall'obbligo di apposizione del visto per la compensazione dei crediti IVA fino a 50.000 euro può comportare per le start-up rilevanti benefici in termini di liquidità. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. In caso perdite d'esercizio comportino una riduzione del capitale aziendale di oltre un terzo, in deroga²⁵ al Codice civile, il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo viene posticipato al secondo esercizio successivo (invece del primo esercizio successivo). In caso di riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale, l'assemblea, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento dello stesso ad una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare il rinvio della decisione alla chiusura dell'esercizio successivo. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Le start-up innovative non sono soggette alla disciplina delle società di comodo e delle società in perdita sistematica. Pertanto, nel caso conseguano ricavi "non congrui" oppure siano in perdita fiscale sistematica, non scattano nei loro confronti le penalizzazioni fiscali previste per le cosiddette società di comodo, come ad esempio l'imputazione di un reddito minimo e di una base imponibile minima ai fini Irap, l'utilizzo limitato del credito IVA, l'applicazione della maggiorazione Ires del 10,5%. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. In caso di insuccesso, le start-up innovative possono contare su procedure più rapide e meno gravose rispetto a quelle ordinarie per concludere

²⁴ Si veda N. GENTILE, G. CALIARI, G. MAGGI, *"Work for equity e startup innovative"*, in *Il Sole 24 ore*, 29 ottobre 2013.

²⁵ Si faccia riferimento A. FERRARIO, L. SCAPPINI., *"Start Up innovative. Tra deroghe e incentivi"*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, n. 11, 2014.

le proprie attività. Nello specifico, esse sono assoggettate in via esclusiva alla procedura di composizione della crisi da sovra-indebitamento e di liquidazione del patrimonio, con l'esonero, in particolare, dalle procedure di fallimento, concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa. Le start-up innovative sono dunque annoverate tra i cd. soggetti "non fallibili", allo scopo di consentire loro l'accesso alle procedure semplificate per la composizione della crisi in continuità e di ridurre i tempi per la liquidazione giudiziale, limitando gli oneri connessi al fallimento. In maniera correlata, inoltre, decorsi 12 mesi dall'apertura della liquidazione, l'accesso ai dati di fonte camerale relativi ai soci e agli organi sociali della stessa è consentito esclusivamente alle autorità²⁶ giudiziarie e di vigilanza. La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. La misura "Voucher 3i – investire in innovazione" ha l'obiettivo di supportare la valorizzazione del processo di innovazione delle start-up innovative, fornendo agevolazioni per l'acquisizione di servizi di consulenza per la brevettazione. Con il Decreto Direttoriale del 19 febbraio 2020 sono stati definiti i criteri e le modalità per la formazione e la gestione degli elenchi dei consulenti in proprietà industriale²⁷ e degli avvocati abilitati a fornire alle start-up innovative i seguenti servizi di consulenza:

- verifica della brevettabilità dell'invenzione ed effettuazione delle ricerche di anteriorità preventive al deposito della domanda di brevetto;
- stesura della domanda di brevetto e deposito della stessa presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi;
- deposito all'estero della domanda nazionale di brevetto. L'iscrizione negli elenchi è condizione necessaria per offrire alle start-up innovative i servizi pagabili attraverso il voucher 3i.

La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Il Fondo Nazionale Innovazione (FNI) viene gestito dalla Cassa Depositi e Prestiti, attraverso una cabina di regia che ha l'obiettivo di riunire e moltiplicare risorse pubbliche e private dedicate al tema

²⁶ Si veda A.SCACCO *"Legge di bilancio, start up innovative e autoimprenditorialità"*, McHaw-Grill 2017.

²⁷ M. DUMONT, G.RAYP, M. VERSHELDE, B. MERLEVEDE, *"The contribution of start up and young firms to industry-level efficiency growth"*, Applied Economics: pp. 5786-5801, 2016.

strategico dell'innovazione. Lo strumento operativo di intervento del Fondo Nazionale è il Venture Capital, ovvero investimenti diretti e indiretti in minoranze qualificate nel capitale di imprese innovative con Fondi generalisti, verticali o Fondi di Fondi, a supporto²⁸ di start-up, scale-up e PMI innovative. Il fondo è stato istituito per difendere l'interesse nazionale contrastando la costante cessione e dispersione di talenti, proprietà intellettuale e altri asset strategici.

Fanno parte del Fondo Innovazione:

- Fondo Acceleratori
- Fondo Boost Innovation
- Fondo Evoluzione
- Fondo Italia venture I
- Fondo Italia venture II
- Fondo Imprese Sud
- FOF Venturitaly
- Fondo Technology Transfer
- Fondo Boost Innovation
- Fondo Evoluzione
- Fondo rilancio Start-up

La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese. Il Fondo per piccole e medie imprese creative è stato istituito dall'articolo 1, commi 109 e ss., della legge 30 dicembre 2020, con una dotazione di 40 milioni di euro per gli anni 2021 e 2022, al fine di promuovere la nascita, lo sviluppo e il consolidamento delle imprese operanti nel settore creativo, attraverso la concessione di contributi, l'agevolazione nell'accesso al credito e la promozione di strumenti innovativi di finanziamento, nonché altre iniziative per lo sviluppo del settore. Il Fondo è istituito nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico, che si avvale, in qualità di Soggetto gestore, dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. – Invitalia. Il Fondo è rivolto a sostenere imprese di

²⁸ C. MASON., R. BROWN., "Creating good public policy to support high-growth firms, *Small Business Economics*", pp. 211- 225 2013.

micro²⁹, piccola e media dimensione, con sede legale e operativa ubicata su tutto il territorio nazionale, operanti nel settore creativo, attraverso la concessione di agevolazioni nell'ambito di una delle tre seguenti linee di azione:

- 1) Programmi di investimento realizzati da singole imprese creative;
- 2) Programmi di investimento realizzati da imprese creative con una prospettiva di collaborazione rispetto ad altre imprese creative o a imprese anche non operanti nel settore creativo.
- 3) Investimenti nel capitale di rischio delle imprese creative, a beneficio esclusivo di quelle che costituiscono start-up innovative e PMI innovative.

Il Fondo si rivolge, altresì, alle imprese di micro, piccola e media dimensione operanti in qualunque settore, fatte salve le esclusioni derivanti dalla normativa in materia di aiuti di Stato applicabile, che intendono acquisire un supporto specialistico nel settore creativo. Sperimentazione Italia consente alle start-up, alle imprese, alle università ed ai centri di ricerca di poter sperimentare un proprio progetto innovativo, per un periodo limitato di tempo attraverso una deroga temporanea alle norme vigenti. Se l'esito della sperimentazione risulta positivo verrà richiesta una modifica normativa per rimuovere l'impedimento. La norma permetterà in primis di ridurre il gap in innovazione rispetto al resto d'Europa e promuovere applicazioni di tecnologie emergenti, trasformando l'Italia in un laboratorio di innovazione che sviluppi tecnologie e idee innovative, con impatti positivi per cittadini, PA e imprese. Obiettivi principali di Sperimentazione Italia:

- 1) l'impatto positivo sulla qualità dell'ambiente, della vita e del tessuto economico-sociale del Paese;
- 2) la riduzione dei costi della PA (tramite la digitalizzazione);
- 3) la competitività del Paese attraverso la sperimentazione di nuove tecnologie;
- 4) l'aggiornamento delle normative vigenti ogni volta che una sperimentazione risultasse positiva, abilitando quindi opportunità tecnologiche

²⁹ Si faccia riferimento a C. CRISCUOLO, P. GAL., C. MENON, "Do micro start-ups fuel job creation? Cross-country evidence from the DynEmp Express database", Small Business Economics: pp. 393-412 2017

e di business e semplificando le procedure a favore del nostro Paese.

La misura si rivolge a tutte le start-up innovative iscritte alla relativa sezione speciale del Registro delle Imprese, alle imprese, alle università ed ai centri di ricerca.

6. Approfondimento: incentivi fiscali in de minimis per le start-up innovative

L'art. 29 del Decreto 179/2012 rappresenta il quadro di riferimento degli incentivi fiscali a sostegno degli investimenti in start-up innovative. In sintesi, in base a tale disposizione, le persone fisiche e le persone giuridiche che hanno investito e investiranno in start-up innovative nel periodo di riferimento possono detrarre o dedurre tali impieghi dal proprio reddito imponibile.

Nel dettaglio l'art. 29(36) recita quanto segue:

1. Per gli anni 2013, 2014, 2015 e 2016, all'imposta lorda sul reddito delle persone fisiche si detrae un importo pari al 19 per cento della somma investita dal contribuente nel capitale sociale di una o più start-up innovative direttamente ovvero per il tramite di organismi di investimento collettivo³⁰ del risparmio che investano prevalentemente in start-up innovative.

2. Ai fini di tale verifica, non si tiene conto delle altre detrazioni eventualmente spettanti al contribuente. L'ammontare, in tutto o in parte, non detraibile nel periodo d'imposta di riferimento può essere portato in detrazione dall'imposta sul reddito delle persone fisiche nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il terzo.

3. L'investimento massimo detraibile ai sensi del comma 1, non può eccedere, in ciascun periodo d'imposta, l'importo di euro 500.000 e deve essere mantenuto per almeno due anni; l'eventuale cessione, anche parziale, dell'investimento prima del decorso di tale termine, comporta la decadenza dal beneficio e l'obbligo per il contribuente di restituire l'importo detratto, unitamente agli interessi legali.

4. Per i periodi d'imposta 2013, 2014, 2015 e 2016, non concorre alla formazione del reddito dei soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle

³⁰ Si veda F. ISOTTA *"La progettazione organizzativa: problemi e soluzioni"*, , Cedam, Padova 2011.

società, diversi da imprese start-up innovative, il 20 per cento della somma investita nel capitale sociale di una o più start-up innovative direttamente ovvero per il tramite di organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investano prevalentemente in start-up innovative.

5. L'investimento massimo deducibile ai sensi del comma 4 non può eccedere, in ciascun periodo d'imposta, l'importo di euro 1.800.000 e deve essere mantenuto per almeno due anni. L'eventuale cessione, anche parziale, dell'investimento prima del decorso di tale termine, comporta la decadenza dal beneficio ed il recupero a tassazione dell'importo dedotto, maggiorato degli interessi legali.

6. Gli organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società che investano prevalentemente in imprese start-up innovative non beneficiano dell'agevolazione prevista dai commi 4 e 5.

7. Per le start-up a vocazione sociale così come definite all'articolo 25, comma 4 e per le start-up che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico la detrazione di cui al comma 1 è pari al 25 per cento della somma investita e la deduzione di cui al comma 4 è pari al 27 per cento della somma investita.

8. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono individuate le modalità di attuazione delle agevolazioni previste dal presente articolo.

9. L'efficacia della disposizione del presente articolo è subordinata, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'autorizzazione della Commissione europea, richiesta a cura del Ministero dello sviluppo economico." Tale disposizione ha autorizzato la misura agevolativa, classificandola come un aiuto³¹ di Stato "compatibile con il mercato interno" in linea con quanto previsto dagli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato volti a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese. Inoltre, come riportato dal comma 8 dell'art. 29, la

³¹ Si faccia riferimento a M.G. COLOMBO, S. GIANNANGELI, L. GRILLI, "Public subsidies and the employment growth of high-tech start-ups: assessing the impact of selective and automatic support schemes", *Industrial and Corporate Change*, pp. 1273–1314. 2013

norma vincolava l'attuazione ad un apposito decreto recante le modalità di attuazione delle agevolazioni. La pubblicazione in data 20/03/2014 in Gazzetta Ufficiale n. 66 del decreto interministeriale riguardante le modalità di attuazione delle agevolazioni previste da parte del Ministero dell'Economia³² e dello Sviluppo 30/01/2014 (d'ora innanzi DM 30/01/2014 o "decreto interministeriale") ha realizzato questo ultimo tassello delineando le misure attuative del Decreto 179/2012. Tuttavia, il decreto attuativo ha introdotto delle significative differenze rispetto alla norma originaria, aprendo alcune questioni qui sintetizzate:

- un nuovo vincolo all'ambito soggettivo di applicazione: sono infatti esclusi dall'agevolazione anche i soggetti che detengono nella start-up innovativa una quota di capitale superiore al 30 per cento;

- una sfasatura temporale nell'intervallo di applicazione: il DM 30/01/2014 lo circoscrive a tre periodi di imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2012 e quindi, in caso di periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, ai soli anni 2013, 2014 e 2015; diversamente da quanto previsto dalla norma originaria che comprendeva anche il 2016;

- l'estensione della definizione di start-up innovativa anche ai non residenti, valida ai soli fini dell'agevolazione fiscale;

- il limite pari a 2.500.000 euro all'investimento massimo ottenibile dalla singola start-up innovativa per ogni periodo di imposta;

- il vincolo all'ambito oggettivo di applicazione: sono ammessi dal decreto attuativo solo i conferimenti iscritti alla voce del capitale sociale e non, come originariamente previsto, qualsiasi tipo di apporto al patrimonio;

- l'introduzione di obblighi documentali il cui possesso diventa condizione necessaria per l'accesso all'agevolazione fiscale;

- l'inserimento di una lista chiusa dei codici di attività che circoscrivono le start-up che sviluppano e commercializzano prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico.

La modifica introdotta dal Decreto-legge 76/2013 all'art.29 del Decreto 179/2012 ha esteso l'agevolazione, inizialmente limitata al triennio 2013-2015,

³² Si veda P. AGHION, R. BLUNDELL, R.GRIFFITH, P. HOWITT, S. PRANTL, *"The effects of entry on incumbent innovation and productivity"*. Review of Economics and Statistics, pp. 20-32. 2009

agli anni 2013, 2014, 2015 e 2016. Il decreto attuativo ha nuovamente circoscritto l'arco temporale alle annualità 2013, 2014 e 2015, in conformità con la decisione della Commissione europea che ha autorizzato il periodo di imposta 2013, 2014 e 2015, riferendosi all'intervallo del previgente testo del Decreto 179/2012 e precisando che ogni modifica della misura deve essere notificata alla Commissione. Pertanto, come chiarito dalla Circolare 16/E dell'Agenzia delle Entrate, finché il periodo di imposta 2016, introdotto dal Decreto-legge 76/2013, non sarà oggetto di una specifica autorizzazione a livello comunitario, non si potrà considerare un periodo di imposta agevolato. In sintesi, ad oggi, stanti le attuali interpretazioni normative, sono agevolabili gli investimenti effettuati, direttamente o indirettamente, nel capitale di start-up innovative, nei periodi di imposta 2013, 2014 e 2015 per i soggetti IRPEF e nei periodi d'imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2012 e fino a quello in corso al 31 dicembre 2015 per i soggetti IRES, avendo riguardo al periodo di imposta del conferente³³. I soggetti investitori possono fruire delle agevolazioni fiscali a partire dalla dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta 2013, utilizzando il Modello 730/2014 ovvero il Modello Unico/2014. Il decreto interministeriale ripercorre le definizioni espresse dal Decreto 179/2012 per quanto concerne "le start-up innovative", "le start-up a vocazione sociale" e "l'incubatore certificato".

A differenza della norma originaria, è stata estesa ai fini della misura agevolativa la definizione di start-up innovativa anche ai non residenti a condizione che:

- siano in possesso dei medesimi requisiti richiesti dall'art. 25 del Decreto 179/2012, "ove compatibili",
- siano residenti in Stati membri o in Stati aderenti allo Spazio Economico Europeo (SEE);
- esercitino nel territorio dello Stato italiano un'attività d'impresa mediante una stabile organizzazione.

L'incentivo fiscale si applica:

- ai soggetti passivi IRPEF di cui al titolo I del TUIR,

³³ G. FERRANTI *"La detassazione degli investimenti nelle start-up innovative"*, in Corriere tributario, volume 35, fascicolo 42, pp. 3233-3238. 2012

- ai soggetti passivi IRES, di cui al titolo II del TUIR

che effettuano un investimento agevolato ai sensi dell'art. 3 Dm 30/01/2014 in una o più start-up innovative che posso essere stabiliti solamente nei periodi di efficacia temporale già descritti e definiti³⁴. L'investimento può avvenire direttamente ad opera del contribuente o indirettamente tramite organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR d'ora innanzi) che investano prevalentemente in start-up innovative. L'investimento indiretto può essere effettuato anche per il tramite di altre società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative (cosiddette "società intermediarie"), in questo caso tuttavia, le agevolazioni spettano in misura proporzionale agli investimenti effettuati nelle start-up innovative da tali società, come risultanti dal bilancio chiuso relativo all'esercizio in cui è effettuato l'investimento. Al fine di evitare duplicazioni fittizie di investimenti e di garantire, al contempo, l'immissione di nuovi capitali nelle start-up innovative sono espressamente esclusi dall'agevolazione fiscale i soggetti stessi beneficiari degli investimenti agevolati e i soggetti deputati a promuovere tali investimenti, ossia:

- le start-up innovative,
- gli incubatori certificati,
- gli OICR e le altre società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative.

In linea con gli orientamenti comunitari atti a promuovere le piccole e medie imprese sono inoltre esclusi gli investimenti effettuati:

- tramite organismi di investimento collettivo del risparmio e società, direttamente o indirettamente, a partecipazione pubblica;
- in start-up innovative che si qualificano come:
 - "imprese in difficoltà" in base alla definizione della Commissione europea;
 - imprese del settore della costruzione navale e dei settori del carbone e dell'acciaio;

Infine, per conformarsi alla giurisprudenza comunitaria ed escludere i soggetti che esercitano un'influenza notevole sulle start-up innovative, il decreto interministeriale introduce un ulteriore limite soggettivo, non previsto dal

³⁴ S. GUIDANTONI "Start up innovative: esigenze per la crescita", *il fisco*, n.15, 2014.

Decreto originario. Ossia, sono esclusi:

– gli investimenti diretti, o indiretti per il tramite delle altre società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative, promossi dai soggetti che, alla data in cui l'investimento si intende effettuare, possiedono partecipazioni, titoli o diritti nella start-up innovativa oggetto dell'investimento che rappresentino complessivamente una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria o di partecipazione al capitale o al patrimonio della start-up innovativa superiore al 30 per cento. Tale vincolo vale sia per le persone fisiche che per i soggetti giuridici. A differenza di quanto originariamente stabilito dal Decreto 179/2012 che considerava agevolabili tutti gli aumenti di capitale reali mediante l'immissione di nuove risorse in una o più start-up innovativa, il decreto interministeriale circoscrive il campo di applicazione ai soli versamenti iscritti alla voce del capitale sociale o nella riserva da sovrapprezzo azioni. Ciò al fine, come spiegato nella relazione illustrativa, di garantire l'effettività³⁵ del capitale sociale ed evitare difficoltà valutative intrinseche nella determinazione del beneficio. L'agevolazione si applica:

– ai conferimenti in denaro iscritti alla voce del capitale sociale e della riserva da sovrapprezzo di azioni o quote delle start-up innovative o delle società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative, anche in seguito alla conversione di obbligazioni convertibili in azioni o quote di nuova emissione;

– agli investimenti in quote degli OICR che investono prevalentemente in start-up innovative.

I conferimenti in denaro possono essere effettuati sia in sede di costituzione della start-up innovativa che in sede di aumento del capitale sociale in caso di start-up già costituite. Non sono rilevanti gli investimenti diversi da somme erogate, quali per esempio i conferimenti in natura e le prestazioni di opere e servizi, né i conferimenti in denaro iscritti in altre voci del patrimonio netto, quali per esempio i versamenti a fondo perduto o in conto capitale, diverse dal capitale sociale e dalla riserva da sovrapprezzo. Si considera conferimento in

³⁵ Si veda P. FINALDI RUSSO, S. MAGRI., C. RAMPAZZI, *"Innovative start up in Italy: their special features and the effects of the 2012 law"*, Bank of Italy Occasional Papers, n. 339, 2016.

denaro e pertanto è incluso tra gli investimenti agevolati, la compensazione dei crediti in sede di sottoscrizione dell'aumento di capitale ad eccezione dei crediti risultanti da cessioni di beni o prestazioni di servizi diverse da quelle previste dall'art. 27 del Decreto 179/2012. Infine, considerato il disallineamento tra la norma primaria e il decreto attuativo che ha introdotto la condizione dell'iscrizione dei conferimenti alla voce del capitale sociale e della riserva sovrapprezzo delle società³⁶ intermediarie, la Circolare n. 16/E ha precisato che qualora queste ultime nelle more della pubblicazione del decreto attuativo abbiano iscritto le somme ricevute dagli investitori in altre riserve patrimoniali, le stesse devono procedere ad aumentare il capitale sociale mediante imputazione di tale riserve entro il 31 dicembre 2014, al fine di consentire al soggetto conferente di poter beneficiare dell'agevolazione sulle somme conferite. Il periodo di imposta del conferimento coincide normalmente con quello in cui il conferente ha diritto di operare la detrazione dall'imposta o la deduzione dal reddito. In particolare, i conferimenti rilevano nel periodo d'imposta in corso alla data del deposito per l'iscrizione nel Registro delle imprese dell'atto costitutivo o della deliberazione di aumento del capitale sociale. Se successiva, alla data di deposito dell'attestazione che l'aumento di capitale è stato effettuato (artt. 2444 e 2481-bis c.c.). I conferimenti derivanti dalla conversione di obbligazioni convertibili rilevano nel periodo d'imposta in corso alla data in cui ha effetto la conversione. In caso di rinuncia del credito l'investimento si considera perfezionato alla data dell'atto di rinuncia. Con riguardo alle start-up innovative non residenti che esercitano nel territorio dello Stato un'attività di impresa mediante una stabile organizzazione, la misura del beneficio è proporzionale all'incremento del fondo³⁷ di dotazione delle stesse stabili organizzazioni site in Italia. Tali conferimenti si considerano effettuati nel periodo d'imposta nel corso del quale si verifica l'incremento del fondo di dotazione risultante dalla dichiarazione dei redditi della stabile organizzazione e sempreché sia stato rilevato un aumento di capitale sociale da parte della start-up innovativa non residente. Anche per quanto riguarda gli investimenti indiretti

³⁶ Si faccia riferimento a F. NIEDDU ARRICA *"I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva di tutela dei creditori"*, Giappichelli Torino, 2017

³⁷ Si veda B. PAGAMICI, *"Legge di Bilancio 2017: nuove risorse per Fondo Garanzia PMI e Sabatini ter"* McGraw-Hill 2017.

nelle start-up innovative, i conferimenti rilevanti sono agevolabili nel periodo di imposta in cui si perfeziona l'aumento di capitale nella start-up innovativa.

7. Detrazione IRPEF (art. 29, commi 1-3 Decreto 179/2012 - art. 4, commi 1-2, 7 DM 30/01/2014)

Per i soggetti passivi IRPEF che investono direttamente l'agevolazione consiste in una detrazione pari al 19% della somma investita nel capitale sociale di una o più start-up innovativa.

L'investimento deve avere le seguenti caratteristiche:

- non può eccedere, in ciascun periodo di imposta, l'importo di euro 500.000 (per una detrazione massima annua di 95.000 euro per soggetto conferente);
- deve essere mantenuto per almeno due anni.

Per i soci di società in nome collettivo e in accomandita semplice che investono per il tramite della suddetta società l'importo per il quale spetta la detrazione è determinato in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili e il suddetto limite di 500.000 euro si applica con riferimento al conferimento in denaro effettuato dalla società. Qualora l'investimento sia effettuato da un'impresa familiare, la detrazione compete all'imprenditore e ai collaboratori familiari tenuto conto delle disposizioni di cui all'articolo 5, comma 4, del T.U.I.R. per l'imputazione agli stessi del reddito prodotto dall'impresa familiare. In deroga al principio generale secondo cui le detrazioni assumono rilevanza sino a concorrenza dell'imposta, l'ammontare, in tutto o in parte, non detraibile nel periodo d'imposta di riferimento può essere portato in detrazione dall'imposta sul reddito delle persone fisiche nei successivi tre anni. Per le start-up a vocazione sociale e le start-up che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico ai sensi dell'art. 25 comma 4 del citato Decreto 179/2012 la detrazione spettante è innalzata al 25%.

8. Approfondimenti sugli esoneri dai diritti commerciali alle imposte di bollo

L'art. 26, comma 8, stabilisce l'esonero per la start-up innovativa e per l'incubatore certificato dal versamento dei diritti di bollo e di segreteria dovuti

agli adempimenti per l'iscrizione al Registro delle Imprese, nonché del pagamento del diritto annuale dovuto in favore delle Camere di commercio. Con riferimento all'esonero del versamento dei diritti di segreteria Unioncamere, sulla base di esplicita richiesta da parte del MiSE, ha chiarito che l'esonero deve essere interpretato nella sua più ampia accezione possibile, anche su atti come il deposito del bilancio di esercizio e su tutti gli atti successivi all'iscrizione all'apposita sezione del Registro delle Imprese³⁸. Tale esenzione è dipendente dal mantenimento dei requisiti previsti dalla legge per l'acquisizione della qualifica di start-up innovativa e di incubatore certificato e dura, comunque, non oltre il quarto anno di iscrizione. La perdita dei requisiti per la qualifica di start-up innovativa e di incubatore certificato comporta l'obbligo di versamento di quanto dovuto ai fini dell'imposta di bollo e dei diritti di segreteria.

9. Approfondimento sull'esonero dall'obbligo di apposizione del visto di conformità per compensazione dei crediti IVA

Il bene o servizio fornito, apportato alla start-up innovativa o all'incubatore certificato, deve essere assoggettato ad IVA in sede di emissione della relativa fattura, come peraltro precisato nella Circolare n. 16/E e nella "Guida all'uso dei piani azionari e del work for equity". A tal proposito, si richiama ancora la Ris. n. 35/E del 16 marzo 2005, secondo la quale "qualora le operazioni che possano riguardare i conferimenti siano rilevanti anche per tutto ciò che riguardi l'Iva³⁹, in quanto ricorrono tutti i requisiti territoriali, soggettivi ed oggettivi di cui al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, si deve considerare come momento di effettuazione dell'operazione, a norma dell'art. 6, comma 3, del citato D.P.R. n. 633, quello in cui la società conferitaria registra il costo relativo all'operazione sempre che precedentemente non sia stata emessa fattura, nel qual caso, a norma del successivo comma 4, l'operazione si considera effettuata alla data di emissione". Come noto l'utilizzo in compensazione del credito IVA 2021, risultante dal mod. IVA 2022, fino a € 5.000 non richiede alcun adempimento "preventivo", mentre per importi superiori a € 5.000 è necessario presentare la

³⁸ Z. ACS, W. PARSONS, T. SPENCER, *"High impact firms: Gazelles revisited, office of advocacy"*. Small Business Administration, 2008.

³⁹ E. ABRUZZESE M. CORNACCHIA, *"Start-up innovative, doppio «tetto» per il premio fiscale"*, Il Sole 24 ore, Norme e tributi, p. 45 2014.

dichiarazione IVA con apposizione del visto di conformità. Tale visto deve essere rilasciato da parte di un soggetto abilitato, che deve provvedere ad effettuare determinate verifiche prima del rilascio (es. controllo della correttezza del codice attività, della documentazione contabile, ecc.). L'articolo 17 del D.Lgs. n. 241/1997 prevede limitazioni alla compensazione dei crediti IVA annuali, nel caso in i questi siano superiore ad € 5.000 (o 50.000 nel caso di start-up innovative). In tale ipotesi, infatti, la compensazione orizzontale del credito Iva richiede l'apposizione del visto di conformità alla dichiarazione annuale. L' utilizzo del credito Iva può essere utilizzato fino a € 5.000. E superiore a € 5.000 (o 50.000 nel caso di start-up innovative). Gli obblighi invece sono i seguenti:

- Non è prevista alcuna limitazione alla compensazione;
- devono essere comunque rispettate le ordinarie regole previste per la compensazione dei crediti tributari o previdenziali;
- non è necessario presentare preventivamente la dichiarazione annuale.

La compensazione orizzontale, nel mod. F24, può essere effettuata dal decimo giorno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale; la dichiarazione annuale va presentata munita del visto di conformità da parte di un soggetto abilitato. Possono rilasciare il visto di conformità sulla dichiarazione IVA i seguenti soggetti (art. 35 del D.lgs. n. 247 del 1997): I SOGGETTI ABILITATI AL RILASCIO DEL VISTO DI CONFORMITÀ SONO:

- Gli iscritti nell'Albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o in quello dei consulenti del lavoro, abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni.
- I soggetti iscritti alla data del 30.9.93 nei ruoli dei periti ed esperti tenuti dalle Camere di commercio per la subcategoria tributi, in possesso della laurea in giurisprudenza o economia, o equipollenti, ovvero del diploma di ragioneria, abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni.
- I responsabili dell'assistenza fiscale⁴⁰ dei CAF-imprese.

LE CONDIZIONI PER IL RILASCIO DEL VISTO sono le seguenti:

⁴⁰ E.M BAGAROTTO. "Considerazioni critiche sul regime fiscale delle start-up innovative", in Diritto e Pratica Tributaria, n. 4, CEDAM 2015

- 1) Stipulare una apposita polizza assicurativa della responsabilità civile
 - 2) Presentare una specifica comunicazione alla Direzione regionale delle Entrate (DRE) territorialmente competente
 - 3) Avere l'abilitazione alla trasmissione telematica delle dichiarazioni fiscali.
- Una volta effettuata la comunicazione di cui al punto 2, la DRE:
verifica il possesso dei requisiti richiesti;
iscrive il professionista in un apposito elenco informatizzato.

10. Risultati di ricerca e conclusioni

Il seguente paper offre una panoramica veloce del modo di costituzione delle start-up, della loro relativa iscrizione nel registro delle imprese e delle loro agevolazioni fiscali attualmente in vigore. Attraverso una revisione della letteratura accademica, possiamo notare i passi che l'ordinamento giuridico ha cercato di concretizzare per stare a passo con le start-up. Poiché le start-up rappresentano il modo di fare impresa ormai negli ultimi anni.

L'economia in tal senso corre veloce, ma l'ordinamento è a passo lento. Come può "la giurisprudenza tributaria" adattarsi allo sviluppo di queste nuove forme d'impresa, soprattutto ai fini fiscali? Visto ciò che ci offre la letteratura accademica e soprattutto le recenti linee guida del bistro ordinamento si potrebbe pensare ad un modello a fiscalità "più ridotta" di quella attuale e "super agevolata". La tassazione dovrebbe essere "AD-HOC", cioè una tassazione che varia al variare del settore in cui si sviluppa la start-up. Per i beni di prima necessità (quindi per le start-up che nascono con l'intento di soddisfare i bisogni di prima necessità, si dovrebbero adottare tassazioni ancora più ridotte. Quindi, in conclusione ci vorrebbero molte più agevolazioni di quelle attualmente presenti nel nostro ordinamento e ampiamente descritte nel seguente paper. Questo aiuterebbe ancor più lo sviluppo economico e favorirebbe lo sviluppo dell'imprenditorialità a fiscalità agevolata. Si spera che le future ricerche giuridiche siano attente "a modelli giuridici ad hoc" a passo con lo sviluppo dei modelli economici.

Crisi del mercato del gas: cause, risposte legislative, contesto attuale e prospettive future

di Serafino Sandro Masoni

Dottorando di ricerca in Diritto tributario - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ABSTRACT

This article explores the gas price crisis that struck the European Union between 2021 and 2022 (before easing during 2023), the consequential European legislative responses, the current trend of the gas market and its likely future developments.

Firstly, the survey focuses on the aspects that have affected the demand and the supply of this hydrocarbon at European level, and then points out the element that, according to several experts, was the main cause of the crisis, namely the pricing mechanisms characterizing the gas import contracts.

The second part of the article regards the analysis of the price cap to the price of the gas adopted from the European legislator in order to reduce the episodes of surges of the prices on the Dutch Stock exchange of the gas TTF, benchmark for the European Exchanges.

The final part of the article analyzes the 2023 conjuncture of the gas market and its possible future developments, considering the potential impact on the price cap and the global ecological transition targets.

SINTESI

Il presente articolo esamina la crisi dei prezzi del gas che ha investito l'Unione europea tra il 2021 e il 2022 (per poi attenuarsi nel 2023), le consequenziali risposte legislative europee, l'attuale andamento del mercato del gas e i suoi probabili sviluppi.

In primo luogo, l'indagine si focalizza sugli aspetti che hanno inciso sulla domanda e l'offerta di questo idrocarburo a livello europeo e susseguentemente mette in luce quella che, ad avviso di diversi esperti, ha costituito la causa principale della crisi ovvero i meccanismi di pricing contenuti nei contratti d'importazione del gas.

La seconda parte del contributo è dedicata all'analisi del price cap al prezzo del gas, predisposto dal legislatore europeo al fine di contenere i rialzi di prezzo sulla Borsa olandese del gas TTF, benchmark di riferimento per le Borse europee.

La parte conclusiva dell'articolo analizza la congiuntura del mercato del gas del 2023 e le sue possibili evoluzioni future, considerandone il potenziale impatto sul price cap e sugli obiettivi globali di transizione ecologica.

SOMMARIO

1. Premessa: le cause della crisi del mercato del gas - 2. Il meccanismo di pricing nei contratti di importazione - 3. Il price cap al prezzo del gas - 4. La congiuntura del 2023 - 5. Prospettive future del mercato del gas e osservazioni conclusive

1. Premessa: le cause della crisi del mercato del gas

I prezzi delle bollette di luce e gas nel corso del 2022 hanno raggiunto valori mai registrati prima.

Non si è trattato di una specificità italiana, ma di un problema generale che ha investito altri Paesi dell'Unione europea, estendendosi anche al di fuori dei suoi confini, divenendo una questione di rilevanza globale.

A livello europeo, in risposta alla crisi dei prezzi del gas, sono stati approntati alcuni significativi interventi legislativi, tra cui il meccanismo di correzione del mercato del gas TTF (Title Transfer Facility) che verrà analizzato nel prosieguo.

Le cause di questi inusitati aumenti sono state in larga misura imputate all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia; tuttavia, già mesi prima dell'avvio delle ostilità, la situazione non era troppo diversa.

Infatti, la crisi dei prezzi del gas naturale è insorta nel corso del 2021 e la sua origine non è che uno dei tanti effetti della ripresa economica globale dalla pandemia di COVID-19.

Contestualmente ad essa si è assistito all'impennata dei costi di altre materie prime, quali: cemento, acciaio, petrolio e suoi derivati.¹

Tra marzo e giugno 2020, con la pandemia di COVID-19 da poco iniziata, i prezzi del gas toccavano i loro minimi storici nei principali *hub* europei.²

¹ WORLD BANK GROUP. 2021. *Commodity markets outlook: Urbanization and Commodity Demand*, p. 1, October 2021. World Bank, Washington, D.C.

² *Ice dutch ttf gas c1 future streaming chart*, <https://it.investing.com/commodities/ice-dutch->

Questo calo iniziato prima della pandemia e consolidatosi durante la stessa, era riconducibile, secondo alcuni esperti del settore, al processo di liberalizzazione del mercato europeo del gas, ormai realizzatosi pienamente; invece, altri, pur riconoscendo il ruolo delle liberalizzazioni degli ultimi vent'anni, che hanno permesso di sfruttare le congiunture caratterizzate da eccesso di offerta di gas, sostenevano si trattasse di una fase contingente, legata principalmente ad un *surplus* globale di questo idrocarburo, precisando che, «*sebbene le politiche di liberalizzazione possano essere strumenti efficaci per ridurre i prezzi in periodi di abbondanza di gas, esse non rappresentano una soluzione di lungo termine qualora l'abbondanza dovesse derivare principalmente da importazioni*» e avvertendo che questa fase di diminuzione dei prezzi avesse carattere temporaneo e che lo scenario sarebbe potuto mutare a pandemia finita, a seguito della diminuzione dell'offerta di metano sui mercati internazionali.³

Tale scenario si è in effetti realizzato; infatti, la crescita dei prezzi sulla Borsa olandese del gas TTF, *benchmark* per tutte le borse europee, si è iniziata a registrare a partire dalla fine dell'estate del 2021; precisamente, tra settembre ed ottobre si è assistito ad un forte incremento dei prezzi rispetto ai mesi precedenti, da allora l'indice TTF ha progressivamente continuato a innalzarsi fino a raggiungere un primo picco storico il 21 dicembre 2021 pari a 180€/MWh;⁴ poi, a seguito dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, si è attestato su un nuovo massimo il 7 marzo 2022 a 227€/MWh; da ultimo, il 26 agosto 2022, il prezzo ha raggiunto il valore mai registrato prima di 339€/MWh.

A partire da tale data l'indice si è progressivamente abbassato,⁵ ma i rischi di nuovi aumenti sono sempre presenti.

Per comprendere quali sono state le cause scatenanti di questa crisi, è necessario, in primo luogo, analizzare i fattori di varia natura che, tra il 2021 e il 2022, hanno inciso sulla domanda e l'offerta di gas globale.

ttf-gas-c1-futures-streaming-chart, ultima consultazione 29/07/2023.

³ R. CARDINALE, *Riflessione sull'effetto delle liberalizzazioni sui prezzi del gas*, in *Energia*, 2020, 3.20, pp. 64-74.

⁴ Megawatt/ora.

⁵ *Ice dutch ttf gas c1 future streaming chart, cit.*

Nel 2021 si è assistito ad uno scenario che può essere considerato la “tempesta perfetta” in termini di incremento di domanda e riduzione dell’offerta di metano.

Infatti, si è verificata una forte diminuzione della produzione di energia elettrica da parte di fonti energetiche diverse dal gas.

Il Brasile, secondo più grande produttore di energia idroelettrica a livello mondiale nel 2020,⁶ ha vissuto un’annata negativa, riducendo considerevolmente la produzione rispetto agli anni precedenti.⁷

Al contempo nel mare del Nord il vento era ridotto, e ciò ha comportato una riduzione della produzione di energia da generatori eolici;⁸ conseguentemente si è reso necessario produrre una maggiore quantità di energia elettrica da gas naturale.

Sotto il profilo dell’offerta di questa risorsa, sono stati compiuti plurimi interventi di manutenzione straordinaria a vari gasdotti che hanno provocato svariate difficoltà di approvvigionamento, a cui si sono aggiunti alcuni guasti e incendi; in aggiunta, la pandemia di COVID-19 ha comportato un rallentamento degli investimenti in attività di esplorazione e produzione di metano facendo in modo che, alla ripresa economica post pandemia, la sua offerta risultasse inadeguata.⁹

A livello economico, a partire dalla primavera del 2021, sostanzialmente tutto il mondo ha superato la fase critica della pandemia di COVID-19 e di conseguenza i consumi globali sono aumentati sensibilmente; quelli di gas sono cresciuti a livello mondiale del 4,5%, giungendo oltre la soglia dei 4.000 G(m)^{3,10} livelli superiori a quelli pre-COVID.

⁶ INTERNATIONAL HYDROPOWER ASSOCIATION. 2021. *Hydropower status report: Sector trends and insights*, IHA Central office, London (United Kingdom), p. 6.

⁷ Si veda D. MASTROGIACOMO, “la doccia solo nei fine settimana”, *Il Brasile fa i conti con la siccità*, in *La Repubblica*, 8 settembre 2021, https://www.repubblica.it/green-and-blue/2021/09/08/news/la_doccia_solo_nei_fine_settimana_il_brasile_fa_i_conti_con_la_siccita_-316940289/, ultima consultazione 13/07/2023.

⁸ M. NICOLAZZI, *il lungo, il corto, il russo*, in *Rlenergia*, 8 febbraio 2022, <https://rienergia.staffettaonline.com/articolo/34920/Il+lungo,+il+corto,+il+russo/Nicolazzi>, ultima consultazione 13/07/2023.

⁹ Si veda G. GOLDONI - G. P. REPETTO, *Crisi dei prezzi del gas, tra mercati e politica*, in *Energia*, 2022, 1.22, pp. 22-31.

¹⁰ ARERA, *Relazione annuale sullo Stato dei servizi e sull’Attività svolta, 2022, Vol.1- Stato dei*

In Cina, uno dei Paesi che aveva adottato le misure più stringenti per fronteggiare la pandemia, l'economia è tornata repentinamente a crescere, tanto che le importazioni del secondo trimestre 2021 hanno toccato il massimo storico per il gigante asiatico.

Questo Paese, inoltre, già ad inizio 2021, assieme ad altre Nazioni asiatiche aveva dovuto rapidamente approvvigionarsi di gas e materie prime, a causa di problemi politici con due suoi importanti fornitori di GNL¹¹ quali Australia e Stati Uniti, oltre che per effetto di una riduzione della produzione da Russia e Norvegia,¹² giungendo addirittura ad incrementare i suoi consumi del 12% su base annua.¹³

Questo sensibile aumento dei consumi asiatici ha determinato un primo innalzamento dei prezzi del gas; progressivamente, poi, la domanda in Cina, soprattutto dopo l'uscita dal *lockdown*, è proseguita, a causa del rimbalzo della sua economia ed ai crescenti impieghi del metano nei vari usi.

A partire dalla primavera del 2021 anche l'economia europea si è ripresa e conseguentemente i suoi consumi sono aumentati con contestuale incremento della richiesta di gas pari al 4,3% rispetto al 2020.¹⁴

Va inoltre ricordato che, nel corso del 2021, si sono registrati bassi livelli di stoccaggio, tanto che a settembre i depositi europei erano riempiti al 71%, il 15% in meno rispetto alla media quinquennale,¹⁵ anche a causa di una

servizi, p. 34.

¹¹ GNL è l'acronimo di Gas Naturale Liquido, portando il gas a questo stato di aggregazione delle molecole (processo che si ottiene portando il gas a temperature molto basse) è possibile trasportarlo senza dover ricorrere a tubature. Attraverso il processo di liquefazione, infatti, il volume del gas si riduce di oltre 600 volte e può essere trasportato via mare, tramite navi appositamente progettate, dette metaniere. Una volta giunto a destinazione, viene riconvertito allo stato aeriforme per l'uso definitivo. La riconversione avviene in impianti chiamati rigassificatori della cui realizzazione tanto si discute (come testimonia la vicenda di quello realizzato a Piombino da parte di SNAM), che sono collegati direttamente alla rete di gasdotti nazionali, in cui la miscela gassosa viene introdotta per essere consegnata ai consumatori. Si veda S. CIOTTI, *Gas naturale*, in AA. VV., *Le accise sui prodotti energetici e l'elettricità*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 140.

¹² A. CODEGONI, *i folli prezzi di gas ed elettricità e le cause dell'aumento*, in *qualenergia.it*, 1° dicembre 2021, <https://www.qualenergia.it/articoli/folli-prezzi-gas-elettricit%C3%A0-cause-aumento/>, ultima consultazione 10/07/2023.

¹³ A. CODEGONI, *op. cit.*

¹⁴ ARERA, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵ Redazione RivistaEnergia.it, *la sicurezza delle forniture gas secondo il GECF*, in

primavera fredda e a problemi nell'approvvigionamento dai gasdotti per le ragioni summenzionate.

Ecco, dunque, realizzata la "tempesta perfetta" responsabile dell'aumento dei prezzi del metano, dove due gigantesche economie, quella europea e quella cinese, si sono trovate in competizione per gli approvvigionamenti di gas.

In specie negli ultimi anni la domanda di gas in Asia è sempre stata sostenuta, riuscendo ad attrarre circa il 70% dei volumi di GNL, nella maggioranza dei casi tramite contratti di compravendita con scadenza a medio-termine indicizzati al prezzo del petrolio.

I consumi europei, invece, sono stati coperti per il 67% da importazioni via *pipeline*¹⁶ con prevalente indicizzazione ai prezzi *hub*, mentre la produzione interna è calata di 25 mld a fronte di 500 consumati,¹⁷ per cui, quando nel 2021 il restante 30% di GNL offerto sui mercati *spot* è diventato essenziale per la copertura della domanda sia in Europa che in Asia, la competizione tra i due mercati si è accesa.¹⁸

Nel corso dell'anno, anche a causa delle elevate quotazioni raggiunte, i prezzi asiatici e quelli europei sono diventati sempre più correlati: problemi caratteristici del mercato europeo, quali bassi stoccaggi e problemi di approvvigionamento dai metanodotti, hanno fatto crescere i prezzi dell'*hub* continentale, costringendo i compratori asiatici a pagare prezzi più elevati per coprire la domanda interna.

Viceversa, una riduzione della richiesta in Asia ha permesso di attrarre verso l'Europa maggiori quantitativi di GNL, come accaduto nel dicembre del 2021.¹⁹

RivistaEnergia.it, 30 settembre 2021, <https://www.rivistaenergia.it/2021/09/contratti-a-lungo-termine-e-prezzi-del-gas-indicizzati-al-petrolio-la-sicurezza-delle-forniture-secondo-il-gecf/>, ultima consultazione 19/07/2023.

¹⁶ J. SHARPLES, *A Series of Unfortunate Events Supply-side factors in the European gas price rally in 2021 and outlook for the rest of winter*, in *Oxford Energy Insight 108*, 16 dicembre 2021, p. 4, <https://www.oxfordenergy.org/publications/a-series-of-unfortunate-events-supply-side-factors-in-the-european-gas-price-rally-in-2021-and-outlook-for-the-rest-of-winter/>, ultima consultazione 29/07/2023.

¹⁷ A. CODEGONI, *op. cit.*

¹⁸ G. GOLDONI - G. P. REPETTO, *op.cit.*, pp. 22 e ss.

¹⁹ G. GOLDONI - G. P. REPETTO, *op.cit.*, pp. 22 e ss.

Ad inizio 2022 l'indice TTF, pur rimanendo sugli elevati livelli di ottobre 2021 si era abbassato; tuttavia, è tornato a crescere a partire da febbraio.²⁰

L'anno scorso, infatti, gli elementi che hanno maggiormente inciso sulla crescita dei prezzi sono stati: i bassissimi livelli degli stoccaggi di metano europei, che al 31 gennaio 2022 hanno toccato i minimi storici,²¹ oltre alla speculazione finanziaria,²² ma, soprattutto, la guerra in Ucraina²³ e la forte dipendenza dell'Unione europea dalle importazioni di gas russo.²⁴

Per avere un'idea precisa della rilevanza della Russia sulle forniture di metano in Europa è bene delineare il quadro delle fonti di approvvigionamento europee alla data dello scoppio del conflitto.²⁵

In base ai dati *Eurostat*, nel 2021, l'Unione europea registrava un tasso di dipendenza di gas naturale, ossia la quantità di metano che un Paese è costretto ad importare per soddisfare il proprio fabbisogno interno, pari all'83% e in 15 Nazioni il livello di dipendenza era superiore al 90%.²⁶

²⁰ *Ice dutch ttf gas c1 future streaming chart, cit.*

²¹ G. GOLDONI - G. P. REPETTO, *op. cit.*, pp. 22 e ss.

²² Si veda *Resoconto stenografico dell'Informativa del Ministro della transizione ecologica sui recenti ulteriori rincari del costo dell'energia e sulle misure del Governo per contrastarne gli effetti e conseguente discussione*, 19 maggio 2022, p. 10, <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1343136.pdf>, ultima consultazione 22/07/2023.

²³ Si veda in argomento P. KOTEK et al., *What can the Eu do to address the high natural gas prices*, in *Energy Policy*: 173, 2023, p. 1, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421522005316#:~:text=A%20gas%20market%20model%20analysing,%2Dor%2Dpay%20obligations%2C%20price>, ultima consultazione 26/07/2023.

²⁴ Per una ricostruzione storica della dipendenza europea dal gas russo si veda M. OZAWA, *The Russia-Ukraine War and the European Energy Crisis*, in *War in Europe: Preliminary Lessons*, edited by Thierry Tardy, *NATO Defense College*, 1° maggio 2022, pp. 42-44, *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/resrep41406.9>, ultima consultazione 29/07/2023.

²⁵ In argomento si veda M. FLANAGAN et. al, *How a Russian Natural Gas Cutoff Could Weigh on Europe's Economies*, *International Monetary Fund*, 19 luglio 2022, <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/07/19/blog-how-a-russias-natural-gas-cutoff-could-weigh-on-european-economies>, ultima consultazione 29/07/2023.

²⁶ *Eurostat statistics explained: natural gas supply statistics*, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Natural_gas_supply_statistics, ultima consultazione 26/10/2022. Da questi dati si evince come le più pessimistiche previsioni della Commissione europea circa i livelli di dipendenza europei dalle importazioni di gas si siano avverate; infatti, la Commissione auspicava una riduzione dei livelli di dipendenza dalle importazioni di gas, ammonendo che, qualora si fossero mantenute le tendenze del 2007, al 2030 esse avrebbero raggiunto l'84%; si veda COM. (2007) 1 definitivo, p. 4.

Delle importazioni, il 13,7% proveniva da esportatori vari, il 6,7% dal Regno Unito, il 7,2% dagli Stati Uniti, l'8,2 % dall'Algeria, il 24,9 % dalla Norvegia e il restante 39,7% dalla Russia,²⁷ ²⁸rendendo quest'ultima la maggiore Nazione esportatrice di gas in Europa.²⁹

Alcuni Paesi del continente europeo poi dipendevano in misura ancora maggiore dall'import russo, rappresentando nel 2021 il 43,3% di quello italiano³⁰ e il 55 % di quello tedesco.³¹

Il gas russo, nel 2022, giungeva in Europa prevalentemente tramite quattro *pipelines*, il *Soyuz* in Ucraina, il *Yamal* in Bielorussia, il *Nord Stream 1* nel mar Baltico, e attraverso il mar Nero con il *Turkish Stream* e il *Blue stream*, mentre il resto tramite navi metaniere.

Con la deflagrazione del conflitto russo-ucraino i timori di possibili interruzioni degli approvvigionamenti di gas russo all'Europa, uniti alla speculazione finanziaria, hanno fatto nuovamente innalzare i prezzi.

Dopo un periodo di relativo abbassamento, il costo del gas ha raggiunto un nuovo picco storico il 7 marzo 2022 pari a 227€/MWh.³²

Il peso della dipendenza europea dalle forniture russe di gas e i pericoli connessi erano già ben noti alle istituzioni europee nel 2014, come emerge chiaramente dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e

²⁷ Eurostat statistics explained: EU imports of energy products- recent developments, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_imports_of_energy_products_-_recent_developments#Main_suppliers_of_natural_gas_and_petroleum_oils_to_the_EU, ultima consultazione 26/07/2023.

²⁸ Nonostante i numerosi moniti levatisi, affinché l'Europa riducesse le sue importazioni di gas russo, tra il 2010 e il 2021 esse sono aumentate di oltre il 50% passando da livelli intorno ai 100 miliardi di Smc (standard metro cubo) ai 155 registrati nel 2021. Si veda A. CLÒ, *La dipendenza italiana dal gas russo tra economia e politica*, in *Energia*, 2022, 2.22, p. 34.

²⁹ Al 2021 la Russia risultava, inoltre, il principale fornitore di energia dell'Europa: con il 40 % delle sue complessive importazioni di metano, il 25% di quelle di petrolio, il 55% di quelle di carbone, il 20 % di quelle di uranio, A. CLÒ, *op. cit.*, p. 34.

³⁰ Ministero della Transizione Ecologica, *analisi e statistiche energetiche e minerarie*, https://dgsaie.mise.gov.it/pub/gas_naturale/importazioni/ImportazioniGasMensiliPerPaeseDiOrigine_2020.xlsx, ultima consultazione 26/07/2023.

³¹ Reuters, *Factbox: what happens if Russia turns off gas to Germany*, 29 marzo 2022, <https://www.reuters.com/business/energy/what-happens-if-russia-turns-off-gas-flows-germany-2022-03-29/>, ultima consultazione 26/07/2023.

³² *Ice dutch ttf gas c1 future streaming chart*, cit.

al Consiglio intitolata “Strategia europea di sicurezza energetica”, dedicata alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici europei, in cui si sottolinea che la questione più urgente sul fronte della sicurezza delle forniture è la forte dipendenza da un unico fornitore estero, la Russia; problema afferente in particolare il gas, ma anche l’energia elettrica.³³

Con l’adozione delle sanzioni da parte della UE nei confronti della Russia, in risposta all’invasione bellica dell’Ucraina, Mosca ha reagito iniziando a usare il gas come strumento di pressione politica nei confronti dell’Europa, dapprincipio imponendo il pagamento delle proprie forniture in rubli, che a fine maggio ha determinato una interruzione dei rifornimenti in Bulgaria, Polonia, Finlandia, Danimarca e Olanda, mercati approssimativamente equivalenti al 15% delle importazioni russe all’Unione europea.³⁴

³³ Si veda anche l’intervista in *Der Spiegel* ad Angela Merkel, *Merkel: Guantanamo Mustn’t Exist in Long Term*, 9 gennaio 2006, <https://www.spiegel.de/international/spiegel-interview-merkel-guantanamo-mustn-t-exist-in-long-term-a-394180.html>, ultima consultazione 13/07/2023 «*It’s become very clear to us [...] how what is really an economic issue, namely the purchase and delivery of gas, is deeply political. We must not allow ourselves to become dependent*»; si veda inoltre, Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento europeo, COM. (2007) 1 definitivo, più in generale sulla consapevolezza dell’Unione europea circa rischi derivanti dalla dipendenza energetica da altri Paesi, in cui si sottolineava che la dipendenza dalle importazioni comporta rischi politici ed economici; si veda inoltre, Relazione finale sul Libro verde “Verso una strategia europea di sicurezza dell’approvvigionamento energetico”, COM (2002) 321 definitivo, sull’importanza del dialogo avviato con la Russia volto a creare “una nuova solidarietà energetica”.

³⁴ *Commodity quarterly note* - Gruppo Intesa San Paolo, <https://group.intesasanpaolo.com/content/dam/portalgroup/repository-documenti/newsroom/area-media-dsr/2022/Focus%20Commodity%20Scenario%20Trimestrale%20Giugno%20-2022.pdf>, ultima consultazione 26/07/2023.

La situazione sul fronte prezzi nel mercato di Amsterdam si è ancor più aggravata, quando *Gazprom*³⁵ ha tagliato del 60 % i rifornimenti alla Germania e del 50 % quelli all'Italia.³⁶

Le forniture sono state ulteriormente ridotte da *Gazprom* in vista del Consiglio europeo del 23-24 giugno 2022, che ha portato alla concessione all'Ucraina dello *status* di candidato all'adesione.³⁷

Nella estate del 2022 i prezzi hanno continuato a salire, non solo per le continue minacce incrociate tra Mosca e Bruxelles, tra cui la proposta europea di introdurre un tetto al prezzo del gas e per la speculazione finanziaria, ma anche per effetto della siccità, che ha comportato una crisi generale del comparto elettrico, tanto che in Francia due centrali nucleari sono state spente³⁸ e in Italia si è verificato un crollo della produzione idroelettrica, calata del 40% rispetto alla media storica.³⁹

I rialzi, accompagnati da forte volatilità che ha caratterizzato l'indice per tutto il 2022, hanno fatto toccare al TTF un valore di 339 €/MWh il 26 agosto, il maggior picco mai registrato per il prezzo del gas.⁴⁰

³⁵ *Gazprom* è una multinazionale russa, controllata dal Governo della Federazione Russa, attiva nel settore energetico; è stata definita dal suo amministratore delegato Alexei Miller come «*half a business, and half a state policy army*», trovandosi sotto il controllo assoluto del Presidente Vladimir Putin per il quale riveste un'importanza fondamentale per il raggiungimento dei suoi obiettivi in campo energetico, espressi nella *Energy Strategy of Russia for the period up to 2020* «1) *The state Energy policy must be directed on the change from the role of supplier of raw resources to the role of substantive member of the world energy market* 2) *The role of the country in the global energy markets largely determines its geopolitical influence*». Per realizzare questi progetti *Gazprom* è stata usata per espandere l'influenza politica della Russia all'estero, massimizzando i profitti dalle esportazioni, sul piano politico questo ha richiesto la conclusione di partnership privilegiate, specie con Paesi europei e, sul piano economico, innanzitutto la costruzione di gasdotti, tra cui quelli che convogliano il gas russo in Europa, ovvero *Nord stream*, *Blue stream*, *Turkish stream* e *Yamal*, e la conclusione di contratti di lungo termine che avrebbero bloccato queste partnership. Si veda A. CLÒ, op. cit., p. 35.

³⁶ *Commodity quarterly note* - Gruppo Intesa San Paolo, <https://group.intesasanpaolo.com/content/dam/portalgroupp/repository-documenti/newsroom/area-media-dsr/2022/Focus%20Commodity%20Scenario%20Trimestrale%20Giugno%20-2022.pdf>, ultima consultazione 26/07/2023.

³⁷ Si veda *Conclusioni, Consiglio Europeo 23, 24 giugno 2022*, p. 4.

³⁸ Si veda C. CONDINA, L. DEL FABBRO, webinar *Italian Energy summit, 28-29 settembre 2022*, in *Il Sole 24 ore*.

³⁹ Si veda J. GILIBERTO, R. MAZZONCINI, webinar *Italian Energy summit, 28-29 settembre 2022*, in *Il Sole 24 Ore*.

⁴⁰ *Ice dutch ttf gas c1 future streaming chart*, cit.

Da questa data l'indice, pur rimanendo particolarmente volatile, è progressivamente diminuito e sotto questo profilo un ruolo centrale è stato rivestito a livello nazionale da condizioni meteorologiche particolarmente favorevoli tra settembre ed ottobre 2022, che hanno consentito una riduzione del consumo di gas. Successivamente, a livello europeo, dall'importante accordo raggiunto all'unanimità nel Consiglio europeo del 20-21 ottobre 2022 sull'indirizzo politico da seguire per fronteggiare la crisi energetica, frutto di una interlocuzione già avviata a partire dal Consiglio europeo di Praga.

Tale accordo programmatico ha portato all'adozione ravvicinata di molteplici regolamenti europei.

Tra i vari atti legislativi europei entrati in vigore per contenere gli effetti della crisi dei prezzi del gas e i problemi di approvvigionamento, tre rivestono particolare rilevanza:

- il Regolamento (UE) 2022/2578 del Consiglio, del 22 dicembre 2022, che istituisce un meccanismo di correzione del mercato per proteggere i cittadini dell'Unione e l'economia da prezzi eccessivamente elevati,⁴¹ che è intervenuto direttamente sul mercato TTF e di cui si tratterà nel presente articolo;⁴²

- il Regolamento (UE) 2022/1369, del 5 agosto 2022, relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas, con cui vengono invitati gli Stati europei a ridurre, volontariamente, il proprio consumo di gas del 15% dal 1° agosto 2022 al 31 marzo 2023, riduzione che diverrebbe obbligatoria nel caso in cui il Consiglio dell'Unione europea decretasse l'allerta energetica. Tale percentuale è in realtà il tetto massimo della riduzione richiesta, infatti, alcuni Paesi, inclusa l'Italia, potranno usufruire di una serie di deroghe che, mediamente, fanno scendere il taglio obbligatorio di otto punti percentuali.

- Il Regolamento (UE) 2022/1032 che modifica i regolamenti (UE) 2017/1938 e (CE) n. 715/2009 per quanto riguarda lo stoccaggio del gas che richiede agli Stati membri di riempire i propri siti di immagazzinamento al 90% della loro capacità entro il 1° novembre di ogni anno⁴³ (l'obiettivo per il 2022 è

⁴¹ Alla cui analisi è dedicato il par. 3.

⁴² ACER e ESMA nelle loro relazioni preliminari al MCM introdotto dal Regolamento (UE) 2022/2578, tuttavia affermano che la riduzione dei prezzi pare più che altro essere guidata dai fattori di domanda ed offerta.

⁴³ Obiettivo fissato per il 1° novembre 2023 a 94, 2 miliardi di metricubi. Si veda Direttorato

stato dell'80%) e di seguire specifiche misure ed indicazioni per raggiungere tale risultato.

2. Il meccanismo di pricing nei contratti di importazione

Gli eventi in precedenza esposti hanno influenzato la domanda e l'offerta di gas, incidendo a loro volta sui prezzi della *commodity* in esame, ma la ragione per cui le fluttuazioni di domanda e offerta sono state così determinanti per la formazione dei costi è da ricondurre al meccanismo di *pricing* del gas contenuto, al 2022, nella maggioranza dei contratti europei di importazione del metano che, a giudizio di molti esperti del settore energetico,⁴⁴ costituisce la vera causa della crisi.

Preliminarmente va precisato che l'Unione europea si presenta fortemente dipendente dalle importazioni di gas da Paesi extracomunitari.

La domanda di gas in Europa, nel corso del 2021, è stata soddisfatta per l'1% da prelievi netti di stoccaggio, per il 13% da produzione interna, per il 19% da importazioni di GNL e per il 67% da importazioni via gasdotto.⁴⁵

Quest'ultimo tipo di meccanismo di distribuzione crea un legame indissolubile tra mercato di produzione e mercato di destinazione.

I gasdotti hanno costi elevatissimi, da qui la peculiare struttura dei contratti di importazione che è stata a lungo la prevalente nel nostro continente, ossia contratti pluriennali con clausole *take or pay*, ovvero indicanti una quantità minima di gas che gli importatori devono acquistare o ad ogni modo pagare, e indicizzazione del prezzo ai prodotti petroliferi.

generale per l'Energia della Commissione europea, *Commission sets trajectories for filling gas storage in 2023*. Press Release, 24 novembre 2022. https://commission.europa.eu/news/commission-sets-trajectories-filling-gas-storage-2023-2022-11-24-0_en, ultima consultazione 05/08/2023.

⁴⁴ Si vedano G. GOLDONI - G. P. REPETTO, *op. cit.*, pp. 22 e ss.; S. CAROLLO, *Svincoliamoci dal TTF: una proposta semplice e immediata*, in *RivistaEnergia.it*, 25 agosto 2022, <https://www.rivistaenergia.it/2022/08/svincoliamoci-dal-ttf-una-proposta-semplice-e-immediata-per-non-aggravare-la-crisi-gas/>, ultima consultazione 29/07/2023; *Resoconto stenografico dell'Informativa del Ministro della transizione ecologica sui recenti ulteriori rincari del costo dell'energia e sulle misure del Governo per contrastarne gli effetti e conseguente discussione*, *cit.*, p. 6.

⁴⁵ J. SHARPLES, *op. cit.*, p. 6.

La scelta di legare il prezzo del gas a quello del petrolio è volta a ridurre il rischio di fluttuazione improvvisa e garantire stabilità e capacità di previsione dei prezzi.

Il panorama dei contratti di importazione e dei meccanismi di *pricing* è mutato a partire dal 2008/2009, a seguito di specifiche condizioni di mercato venutesi a profilare dopo la grave crisi finanziaria che ha colpito il mondo intero.

Invero, a partire dal 2009, la disponibilità di grosse quantità di GNL dal Qatar non destinate ad un compratore specifico ha comportato un eccesso di offerta sui mercati europei.⁴⁶

Infatti, nella struttura dei contratti di compravendita di GNL, in passato anch'essi prevalentemente strutturati a lungo termine e indicizzati al petrolio, a partire dagli anni '90 si è assistito all'introduzione di condizioni contrattuali più flessibili che hanno permesso la fornitura di gas ai consumatori dei mercati liberalizzati, in particolare in quei casi in cui vi era eccesso di disponibilità di gas naturale liquido rispetto agli impegni previsti dai contratti di lunga durata e dove esisteva la possibilità di accesso agli impianti di distribuzione.⁴⁷

Ebbene, l'eccesso di offerta di GNL sul mercato europeo del 2009 ha fatto in modo che i prezzi negli *hub*, ossia i mercati fisici e virtuali in cui avvengono gran parte delle contrattazioni di gas sul mercato europeo, siano drasticamente calati in quanto determinati dalle dinamiche di domanda e offerta, mentre i prezzi dei prodotti petroliferi a cui il gas trasportato via gasdotto era prevalentemente indicizzato sono rimasti su livelli ben più elevati.

I fornitori di gas si sono trovati nella posizione di dover acquistare il gas a prezzi indicizzati al petrolio, ma, contestualmente, nell'impossibilità di venderlo ai clienti finali, in quanto più costoso rispetto a quello indicizzato ai prezzi *hub*.

I distributori hanno così esercitato forti pressioni sui produttori di gas per ottenere rinegoziazioni dei contratti che portassero ad avere prezzi in linea con quelli degli *hub*.

⁴⁶ Si veda L. FRANZA, *Contratti di importazione del gas in Europa: evoluzione dei meccanismi di pricing*, in *Energia*, 2015, 2/2015, pp. 38-41.

⁴⁷ Si veda P. GRIFFIN - S. M. GOLDBERG, *Contratti di importazione e trasporto di gas*, in AA. VV., *Enciclopedia degli idrocarburi*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani in collaborazione con Eni, Roma, 2007, IV, p. 867.

Da allora l'indicizzazione ai prezzi *hub* o meccanismi di indicizzazione misti *hub*-petrolio, hanno preso il sopravvento sui tradizionali modelli di *pricing*, prima in Europa Nord-occidentale e poi nel resto del continente, con minore penetrazione nei mercati iberici, balcanici e baltici.

Nel corso degli anni il mercato di riferimento per la formazione dei prezzi, capace di influenzare tutte le altre borse del gas nazionali europee è diventato il TTF, ossia la Borsa del gas olandese,⁴⁸ che nei primi otto mesi del 2022⁴⁹ e, già nel 2021, deteneva una quota sul commercio totale di gas europeo pari all'80%, con incremento del 10% rispetto al 2020,⁵⁰ e non a caso; infatti, i Paesi Bassi sono il più grande produttore di metano dell'Unione europea.⁵¹

Il problema insito in questa forma di indicizzazione risiede nel fatto che la Borsa del gas di Amsterdam è un mercato di *commodity* piuttosto piccolo; infatti, quotidianamente le contrattazioni si aggirano su 1/2 miliardi di €, a differenza del mercato petrolifero del *Brent*, in cui avvengono le negoziazioni di prodotti petroliferi che si aggirano giornalmente all'incirca sui 2000 miliardi di \$.⁵²

Ciò fa sì che anche variazioni relativamente modeste nella domanda e nell'offerta generino imponenti fluttuazioni del prezzo e possano dare luogo ad elevata volatilità dell'indice.

L'entità della indicizzazione al TTF è altissima. L'ARERA ha stimato che nel 2022 il 70-80% del gas complessivamente oggetto dei contratti di importazione

⁴⁸ Il TTF nacque come *hub* prevalentemente legato al fisico e con rilevanza subregionale da cui transitavano il gas olandese, quello norvegese diretto al resto d'Europa, e consistenti volumi di GNL. Questi elementi, nel corso del tempo hanno contribuito a fargli acquisire sempre maggiore importanza, tanto da sostituire l'*hub* inglese (NBP) come principale "mercato" europeo del gas. Da lì a breve, il TTF è diventato il principale mercato dei *futures*. Si veda M. NICOLAZZI, *Le parole dell'emergenza gas*, ISPI, 30 settembre 2022, <https://www.ispionline.it/it/publicazione/le-parole-dellemergenza-gas-36313>, ultima consultazione 29/07/2023.

⁴⁹ Regolamento (UE) 2022/2578 del 22 dicembre 2022, che istituisce un meccanismo di correzione del mercato per proteggere i cittadini dell'Unione e l'economia da prezzi eccessivamente elevati, *considerando* 4.

⁵⁰ ARERA, *op. cit.*, p. 39.

⁵¹ Enerdata, *Global Natural Gas Production - World Energy Statistics*, <https://yearbook.enerdata.net/natural-gas/world-natural-gas-production-statistics.html>, ultima consultazione 26/10/2022.

⁵² Si veda S. CAROLLO, *op. cit.*

facesse riferimento a indici legati alle quotazioni di prodotti del gas scambiato su diversi *hub* all'ingrosso, europei e nazionali, mentre la parte residua, ossia il 20/30% dei contratti, fosse indicizzata alle quotazioni medie dei prodotti petroliferi.⁵³

3. Il price cap al prezzo del gas

La risposta europea più rilevante, per quanto concerne il contenimento delle impennate del prezzo del gas sul mercato TTF, ma anche, negli altri VTP,⁵⁴ è rappresentata dal Regolamento (UE) 2022/2578 del Consiglio del 22 dicembre che istituisce un meccanismo di correzione del mercato per proteggere i cittadini della Unione e l'economia da prezzi eccessivamente elevati.

Il Consiglio dell'Unione europea, sebbene consideri il TTF uno strumento idoneo a conseguire l'obiettivo di bilanciare la domanda e l'offerta di gas nell'Europa nord-occidentale, ha ritenuto imprescindibile intervenire per limitare gli effetti degli episodi di picchi anomali dei prezzi sul TTF, rispetto ad altri mercati regionali dell'Unione europea; del pari, ha giudicato necessario un intervento in tal senso rispetto ad altri *hub*.

Oltre alla previsione del meccanismo di correzione del mercato (definito MCM dal Regolamento), il Regolamento suggerisce, quale possibile mezzo, per le imprese energetiche, tramite cui superare le difficoltà legate all'attuale modello di formazione dei prezzi, di tentare la rinegoziazione dei contratti esistenti basati su TTF con le proprie controparti.

Orbene, venendo all'analisi del Regolamento (UE) 2022/2578, vi sono preliminarmente da considerare due aspetti.

Innanzitutto, il meccanismo di correzione del mercato è stato elaborato considerando la contingente complessa situazione geopolitica e i pericoli di

⁵³ Comunicato stampa ARERA "Monitoraggio dei contratti di approvvigionamento destinati all'importazione di gas in Italia", trasmesso al Governo e al Parlamento.

⁵⁴ VTP o punto di scambio virtuale è definibile come: il punto commerciale non fisico all'interno di un sistema di entrata-uscita presso il quale il gas è scambiato tra venditore e acquirente senza bisogno di prenotare capacità di trasporto o di distribuzione; invece il derivato VTP è un derivato su merci quali definiti all'articolo 2, paragrafo 1, punto 30, del Regolamento (UE) n. 600/2014, che è negoziato su un mercato regolamentato e ha per sottostante un'operazione in un punto di scambio virtuale nell'Unione.

natura economica che la sua attivazione potrebbero innescare; perciò, lo strumento è stato concepito per non mettere a rischio la sicurezza di approvvigionamento dell'Unione, già indebolita dai tagli di forniture russe, né compromettere gli obiettivi di riduzione del consumo di gas stabiliti dal Regolamento (UE) 2022/1369, né mettere a repentaglio gli scambi di gas intraunionali e la stabilità dei mercati dei derivati. A tal fine sono previste apposite "misure di salvaguardia", che verranno analizzate nel prosieguo del paragrafo.

In secondo luogo, la sua approvazione da parte del Consiglio dell'Unione europea è giunta a seguito di una prolungata e turbolenta trattativa politica tra gli Stati membri; per cui, il testo che ne è scaturito costituisce un punto di equilibrio, tra le posizioni dei Paesi più restii a introdurre un *price cap*, quali Germania e Olanda⁵⁵ e quelle delle Nazioni più intenzionate in tal senso, tra cui Italia, Francia e Spagna.

In particolare, la discussione sul tema è stata avviata a seguito dell'invito del Consiglio europeo, risalente al 21 ottobre 2022 e rivolto a Commissione e Consiglio dell'Unione europea, a presentare, con urgenza, decisioni sul problema dell'elevato livello dei prezzi del gas sul mercato TTF;⁵⁶ a tale richiesta, ha fatto seguito una proposta della Commissione europea, volta all'adozione di un Regolamento del Consiglio "introduttivo di un meccanismo di correzione del mercato, in grado di prevenire episodi di picchi estremi del prezzo del gas, parzialmente determinati da inefficienze nei meccanismi di formazione del prezzo".⁵⁷

Tuttavia, i Paesi fautori del tetto si sono detti contrari alla misura,⁵⁸ facendola sostanzialmente naufragare, dato che, dovendo essere adottata sulla

⁵⁵ La posizione olandese non deve sorprendere, tale Paese, infatti, si è sempre opposto ad ogni intervento calmieratore del mercato europeo del gas poiché gestisce nel proprio territorio l'*hub* di riferimento europeo per il prezzo del gas, il TTF; grazie a tale mercato, in controtendenza con il resto dell'Europa, l'Olanda registra costanti surplus commerciali nello scambio con l'estero. Si veda in argomento O. PINI, *Verso un nuovo ordine di valori per l'Europa del futuro, Le istituzioni del federalismo*, 2022, p. 285. Si veda, inoltre, F. FUBINI, *Crisi del gas, perché l'Olanda ci sta guadagnando (e non vuole un tetto ai prezzi)*, *Il Corriere della Sera*, 27 agosto 2022.

⁵⁶ Si veda *Conclusioni, Consiglio europeo 20-21 ottobre 2022*, pp. 5-7.

⁵⁷ COM (2022) 668 *final*.

⁵⁸ F. BISOZZI - G. ROSANA, *Nuova beffa Ue sul gas. Il premier: basta rinvii: le famiglie ora tagliano*, in *Il Messaggero*, 25 novembre 2022.

base dell'art. 122, par. 1 TFUE,⁵⁹ per essere approvata, necessita della maggioranza qualificata dei membri del Consiglio.

Le ragioni dell'affossamento della misura derivano, non solo dall'entità del limite al prezzo del gas fissato in tale progetto, considerato eccessivo e non realistico,⁶⁰ ma, soprattutto, dal fatto che quello prospettato dalla Commissione è un tetto fisso e non un corridoio di prezzo, come richiesto nel corso della riunione del Consiglio europeo del 20 e 21 ottobre 2022.⁶¹

Proprio per questo motivo, la presidenza del Consiglio dell'Unione europea, in occasione della riunione straordinaria del Consiglio "Trasporti, telecomunicazioni e energia" del 24 novembre 2022, aveva concluso che fossero necessari maggiori lavori per concordare i parametri del meccanismo e aveva assicurato il massimo impegno da parte sua, per progredire, il prima possibile, verso un accordo, con l'obiettivo di raggiungere un'intesa politica, in vista del successivo summit del Consiglio trasporti, telecomunicazioni, energia, previsto per il 13 dicembre 2022.

Ebbene, dopo alcune riunioni del Consiglio "Trasporti, telecomunicazioni ed energia", il 29 dicembre 2022 il Regolamento (UE) 2022/2578 è stato pubblicato sulla G.U.E. ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2023, però in tale data, solo parzialmente; infatti le disposizioni di cui all'art. 8 sono operative già dal 1° gennaio 2023, mentre quelle relative all'evento di correzione del mercato che consente all'MCM di attivarsi (art. 4) vigono dal 15 febbraio 2023.

Corre l'obbligo di precisare che, accanto al Regolamento in esame, esistono testi normativi che intervengono sui mercati in presenza di volatilità estrema dei

⁵⁹ «Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia».

⁶⁰ In particolare, la proposta del 22 novembre 2022, COM (2022) 668 final, prevedeva un limite massimo di prezzo di 275 €, esclusivamente per uno strumento finanziario a termine, ossia il derivato TTF a un mese, che sarebbe scattato automaticamente al verificarsi di due condizioni: a) per due settimane il prezzo di riferimento del derivato TTF a un mese eccede i 275 €; b) durante queste due settimane l'indice a pronti del gas europeo TTF è più alto di 58 € rispetto al prezzo di riferimento del GNL durante gli ultimi 10 giorni di contrattazione prima della fine delle due settimane in cui il TTF si è mantenuto su livelli superiori ai 275 €. I prezzi elevatissimi in base ai quali si sarebbe attivato il meccanismo sono stati registrati solo durante la "crisi di agosto" durante la quale il valore del gas raggiunse il massimo storico di 339 €/MWh.

⁶¹ Si veda *Conclusioni, Consiglio europeo 20-21 ottobre 2022*, pp. 5-7.

prezzi, ossia la Direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, la quale già prevede alcuni strumenti di salvaguardia per limitare gli episodi di volatilità estrema, ad esempio, imponendo che i mercati regolamentati prevedano i cosiddetti “interruttori di circuito” a breve termine, che limitano gli aumenti estremi dei prezzi in determinate fasce orarie.

Altra misura di questo tipo, è lo strumento temporaneo di gestione dell'eccesso di volatilità infragiornaliera sui mercati dei derivati energetici, introdotto dal Regolamento (UE) 2022/2576 del Consiglio, che contribuisce a limitare la volatilità estrema dei prezzi nell'arco di una giornata nei mercati dei derivati energetici.

Tuttavia, tali meccanismi funzionano a breve termine e non sono volti a impedire che i prezzi di mercato raggiungano livelli eccessivi; ecco perché il Regolamento (UE) 2022/2578 assume tanta rilevanza.

Il Regolamento *«istituisce un meccanismo temporaneo di correzione del mercato (MCM) per gli ordini effettuati per la negoziazione di derivati TTF⁶² e derivati collegati ad altri punti di scambio virtuale (VTP) [...], al fine di limitare gli episodi di prezzi eccessivamente elevati del gas nell'Unione che non riflettono i prezzi del mercato a livello mondiale»*,⁶³ applicato per un anno a partire dal 1° febbraio 2023.

La scelta del legislatore europeo, di estendere l'MCM ad altri VTP oltre al TTF, deriva dal rischio concreto che, una volta applicato al TTF il meccanismo di correzione, le transazioni si spostino su derivati collegati ad altri punti di scambio virtuale; tuttavia, l'estensione del meccanismo a derivati collegati ad altri VTP è procedura complessa che ha richiesto ulteriori valutazioni tecniche.

Per questo motivo e in considerazione della necessità di intervenire con urgenza sul derivato più importante (*id est* il TTF), alla Commissione europea è stato attribuito il potere di adottare entro il 31 marzo 2023, con atto di esecuzione, i dettagli tecnici concernenti l'applicazione dell' MCM ai derivati

⁶² I derivati TTF sono i derivati su merci quali definiti all'articolo 2, paragrafo 1, punto 30, del Regolamento (UE) 2014/600 del Parlamento europeo e del Consiglio, che vengono negoziati su un mercato regolamentato e hanno per sottostante un'operazione nel *Title Transfer Facility* (TTF), punto di scambio virtuale, gestito da *Gasunie Transport Services B.V.*

⁶³ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 1.

collegati ad altri VTP,⁶⁴ sulla base di appositi criteri⁶⁵ e di un'apposita valutazione compiuta congiuntamente da ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) e ACER (Agenzia per la cooperazione europea fra i regolatori nazionali dell'energia).⁶⁶

Tale atto è stato adottato, in data 31 marzo 2023. Si tratta del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/736 della Commissione, con cui, a partire dal 31 maggio 2023 viene estesa l'operatività del Regolamento (UE) 2022/2578 agli ordini effettuati per la negoziazione di derivati collegati a VTP situati nell'Unione diversi dai TTF, prevedendo alcune specifiche eccezioni.⁶⁷

Il Regolamento (UE) 2022/2578 non si applica ai contratti derivati TTF conclusi prima del 1° febbraio 2023, agli atti di acquisto e di vendita di derivati TTF, effettuati al fine di compensare o ridurre i contratti derivati TTF conclusi prima del 1° febbraio 2023 e agli atti di acquisto e vendita di derivati TTF nel quadro della procedura di gestione degli inadempimenti di una controparte centrale di compensazione (CCP), comprese le OTC registrate nel mercato regolamentato ai fini di compensazione.⁶⁸

⁶⁴ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 9, par. 1.

⁶⁵ Tali criteri sono: «a) la disponibilità di informazioni sui prezzi dei derivati collegati ad altri VTP; b) la liquidità dei derivati collegati ad altri VTP; c) l'impatto dell'inclusione dei derivati collegati ad altri VTP flussi di gas intra-UE e sulla sicurezza dell'approvvigionamento; c) l'impatto che l'estensione dell'MCM avrebbe sulla stabilità dei mercati finanziari, tenendo conto dell'impatto di eventuali maggiori addizionali come garanzia». Si veda Regolamento (UE) 2022/2578, art. 9, paragrafo 2. In base a tali criteri la Commissione potrà, inoltre, decidere di escludere determinati derivati collegati ad altri VTP.

⁶⁶ «L'ESMA e l'ACER valutano gli effetti dell'MCM sui mercati finanziari e dell'energia e sulla sicurezza dell'approvvigionamento al fine di verificare in particolare se gli elementi chiave dell'MCM sono ancora adeguati alla luce degli sviluppi dei mercati finanziari e dell'energia e della sicurezza dell'approvvigionamento». Così Regolamento (UE) 2022/2578, art. 8, par. 1.

⁶⁷ Il Regolamento non si applica: a) ai contratti in derivati collegati ad altri VTP conclusi prima del 31 maggio 2023; b) le negoziazioni di derivati collegati ad altri VTP al fine di compensare o ridurre i contratti in derivati collegati ad altri VTP conclusi prima del 31 maggio 2023; c) le negoziazioni di derivati collegati in altri VTP nel quadro della procedura di gestione degli inadempimenti di una CCP, comprese le negoziazioni OTP registrate nel mercato regolamentato ai fini della compensazione. Regolamento di esecuzione (UE) 2023/736, art. 6.

⁶⁸ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 12; Le ragioni di tale esclusione sono da ricercare nella volontà del legislatore europeo di mantenere il buon funzionamento dei mercati dei derivati e di ridurre al massimo la necessità di richiedere margini addizionali di garanzia. Per questo motivo, alle parti viene consentito di ridurre o compensare le posizioni sul mercato del TTF. Inoltre, le CCP svolgono un ruolo fondamentale nel garantire il buon andamento dei derivati TTF, in quanto attenuano il rischio di controparte, per cui le attività delle CCP e più precisamente le procedure di gestione degli adempimenti organizzate da CCP non devono essere ostacolate

L'MCM è strutturato in modo tale da soddisfare due criteri che sono concretizzati nelle condizioni cumulativamente previste perché scatti il meccanismo di correzione; da un lato, fungere da efficace strumento di contrasto a episodi di prezzi eccessivamente elevati del gas e, dall'altro, essere attivato solo se i prezzi raggiungono livelli eccezionali rispetto ai mercati mondiali.

Il meccanismo di correzione per il prezzo dei derivati TTF *front year*⁶⁹ con scadenze da un mese ad un anno si attiva in conseguenza della verifica di un «evento di correzione del mercato», ossia quando il prezzo di regolamento dei derivati TTF *front month*:⁷⁰

- a) supera 180 €/MWh per tre giorni lavorativi;⁷¹ e
- b) è superiore di 35 € al prezzo di riferimento⁷² nel periodo di cui alla lettera a).⁷³

L'ACER, che è tenuta a monitorare costantemente l'andamento del prezzo di riferimento ed il prezzo dei derivati TTF *front month* e quelli collegati ad altri

dall'MCM. Si vedano i *considerando* n. 51 e 52 del Regolamento (UE) 2022/2578.

⁶⁹ Derivato TTF che ha la scadenza più vicina tra i derivati a scadenza di dodici mesi negoziati su un mercato regolamentato. Regolamento (UE) 2022/2578, art. 1, n. 5.

⁷⁰ Derivato TTF che ha la scadenza più vicina tra i derivati a scadenza di un mese negoziati su un mercato regolamentato. Regolamento (UE) 2022/2578, art. 1, n. 4.

⁷¹ Il riferimento ai 180 €/MWh deriva dal fatto che, come ricordato, il meccanismo mira a impedire fenomeni di impennate eccessive nei prezzi del derivato TTF e il picco storico dei prezzi del gas registrati durante l'agosto del 2022, secondo il Regolamento (UE) 2022/2578, è stato, per l'appunto, pari a 180 €/MWh.

⁷² Il prezzo di riferimento è un termine di paragone che riflette le tendenze del prezzo gas e in particolare del GNL a livello mondiale; esso rientra tra le condizioni che fanno scattare l'MCM, in quanto il meccanismo di correzione non intende limitare i prezzi dei derivati sul gas solo in quanto genericamente elevati, ma anche, in quanto eccezionalmente più elevati rispetto ai mercati mondiali del gas; gli esatti parametri di riferimento usati per far scattare l'MCM sono indicati all' art. 2, n. 6 del Regolamento (UE) 2022/2578 e, qualora siano disponibili, consistono in prezzi medi giornalieri. La scelta di prendere in considerazione, in particolare, le tendenze mondiali di prezzo del GNL, piuttosto che del solo gas trasportato mediante gasdotto, dipendono dal fatto che il GNL è negoziato a livello mondiale, per cui i prezzi del GNL consentono di valutare meglio l'andamento dei prezzi del gas a livello mondiale e possono fungere da parametro più affidabile per valutare se i livelli di prezzo degli *hub* continentali si discostano anormalmente dai prezzi internazionali.

⁷³ La necessità, quale ulteriore condizione perché scatti l'MCM, che il prezzo dei derivati TTF *front month* sia superiore di 35 € al prezzo di riferimento è giustificata dal fatto che, di norma, per ragioni strutturali, i prezzi dei derivati TTF sono superiori a quelli del GNL; in specie, 35 € era il differenziale medio, nel periodo giugno-agosto 2022 tra il prezzo di riferimento e quello dei derivati TTF.

VTP, una volta constatato il verificarsi di un evento di correzione del mercato, pubblica sul proprio sito web un avviso, che afferma che si è verificato tale evento («avviso di correzione del mercato») e ne informa il Consiglio, la Commissione, la BCE e l'ESMA.⁷⁴

A decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione dell'avviso, i gestori dei mercati non accettano e i partecipanti del mercato non presentano ordini di derivati TTF che giungono a scadenza nel periodo tra la data di scadenza del derivato TTF *front month* e quella del derivato TTF *front year* con prezzi superiori a 35 €/MWh, rispetto al prezzo di riferimento pubblicato dall'ACER il giorno precedente («limite dinamico di offerta»)⁷⁵

Il massimale di prezzo, che si attiva a seguito di un avviso di correzione del mercato, è dinamico e non statico in quanto è parametrato al prezzo di riferimento che viene pubblicato quotidianamente dall'ACER, sulla base delle informazioni ricevute a norma dell'art. 3, paragrafo 1, una sorta di prezzo medio del GNL a livello mondiale; i benefici di questa scelta risiedono nel fatto che, in tal modo, il massimale rimarrà sempre in linea con l'andamento del mercato del GNL e ridurrà anche i rischi di possibili impatti sul regolare funzionamento dei mercati dei derivati energetici.

Una volta attivato, il meccanismo di correzione rimane operativo per 20 giorni lavorativi, salvo che venga sospeso o disattivato.⁷⁶

La scelta di prevedere una durata di operatività dell'MCM così lunga, ovvero 20 giorni lavorativi, discende dalla volontà del legislatore europeo di evitare che il meccanismo venga azionato e interrotto con eccessiva frequenza.

É poi prevista un'ulteriore ipotesi di disattivazione che giustificherebbe una durata addirittura più lunga del meccanismo, ossia, che il prezzo di riferimento sia inferiore a 145 €/MWh per tre giorni lavorativi consecutivi;

Inoltre, è prevista una fattispecie che determina la disattivazione immediata del meccanismo, ossia «*Ove la Commissione ha dichiarato lo stato di emergenza a livello regionale o dell'Unione, in particolare in caso di deterioramento significativo della situazione di approvvigionamento di gas che porta a una*

⁷⁴ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 4, par. 3.

⁷⁵ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 4, par. 5.

⁷⁶ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 4, par. 7.

*situazione in cui l'approvvigionamento di gas è insufficiente a soddisfare la rimanente domanda di gas («razionamento»), a norma dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2017/1938, il limite dinamico di offerta di cui all'articolo 3 bis, paragrafo 1, lettera c), è disattivato».*⁷⁷

In questo caso, il riferimento all'articolo 3 bis potrebbe essere frutto di un refuso, forse da interpretare come un richiamo all'art. 4, in quanto nessun articolo 3 bis è contenuto nel Regolamento (UE) 2022/2578.

Una volta verificatosi un evento di disattivazione, l'ACER pubblicherà sul proprio sito web un avviso, notificandolo a Commissione, Consiglio, BCE ed ESMA.⁷⁸

La norma non specifica a partire da quando il meccanismo risulterà inattivo, ma si può ritenere che, conformemente a quanto previsto per l'attivazione, il meccanismo non opererà più a partire dal giorno successivo alla pubblicazione.

L'operatività del meccanismo può provocare effetti indesiderati e imprevedibili sull'economia, tra cui rischi per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e per la stabilità finanziaria.

Proprio per questo motivo, innanzitutto, l'ESMA, l'ACER, l'ENTSOG (la Rete europea dei gestori dei sistemi di trasporto del gas) e il GCG (Gruppo di coordinamento del gas) monitorano costantemente gli effetti del limite dinamico di prezzo su tali aspetti e sono istituite apposite misure di salvaguardia che consentono di sospendere il meccanismo in qualsiasi momento.⁷⁹

Infatti, sulla base di questo monitoraggio, la Commissione può sospendere in ogni istante l'MCM con decisione di esecuzione, e *«qualora si verificano turbative indesiderate del mercato o vi siano rischi evidenti di tali turbative, con ripercussioni negative sulla sicurezza dell'approvvigionamento, sui flussi di gas intra-Unione o sulla stabilità finanziaria («decisione di sospensione»)»*.⁸⁰

Nel valutare se sospendere il meccanismo, la Commissione dovrà considerare se l'attivazione dello stesso:

⁷⁷ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 5, par. 2.

⁷⁸ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 5, par. 3.

⁷⁹ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 6, par. 1.

⁸⁰ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 6, par. 2.

a) Metta a rischio la sicurezza dell'approvvigionamento di gas dell'Unione europea.

b) Si verifichi durante un periodo in cui gli obiettivi obbligatori di riduzione della domanda di gas sanciti dall'art. 5 del Regolamento (UE) 2022/1369 non sono conseguiti a livello di Unione o incida negativamente sui progressi compiuti nell'attuazione dell'obiettivo di risparmio di gas sanciti dall' art. 3 del Regolamento (UE) 2022/1369.

c) Impedisca i flussi di gas intraunionali.

d) Incida sulla stabilità e sul regolare funzionamento dei mercati dei derivati energetici.

e) Comporti differenze sostanziali tra l'andamento dei prezzi nei diversi mercati organizzati nell'Unione e in altri mercati organizzati pertinenti.

f) Incida sulla validità dei contratti di fornitura di gas preesistenti, compresi quelli a lungo termine.⁸¹

A decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione di sospensione in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e nella misura in cui l'atto lo specifichi, il limite dinamico di offerta cessa di essere applicato.⁸²

La Commissione, nello svolgimento dei compiti ad essa assegnati dagli art. 4, 5 e 6, viene assistita da ACER, ESMA, ENTSOG e GCG e può consultare la BCE per consulenza su qualsiasi questione relativa al suo compito ai sensi degli art. 127, paragrafo 5, TFUE, ossia contribuire ad una buona conduzione delle politiche per quanto concerne la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario.⁸³

Il Regolamento prevede, inoltre, che ESMA e ACER presentino alla Commissione, entro il 1° marzo 2023, una relazione valutativa degli effetti dell'MCM sui mercati finanziari e dell'energia e sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico, al fine di accertare se gli elementi centrali del meccanismo di correzione risultino ancora adeguati, alla luce degli sviluppi dei mercati finanziari e dell'energia e della sicurezza dell'approvvigionamento.⁸⁴

⁸¹ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 6, par. 2.

⁸² Regolamento (UE) 2022/2578, art. 6, par. 3.

⁸³ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 6, par. 4, 5.

⁸⁴ Si tratta dell' *Assessment report on the market effects resulting from the gas Market Correction Mechanism* di ACER, (1° marzo 2023,

Una relazione preliminare sui dati concernenti l'introduzione dell'MCM è stata notificata alla Commissione, il 23 gennaio 2023, conformemente a quanto stabilito dal Regolamento.⁸⁵

Viene poi attribuito un potere di riesame del Regolamento alla Commissione, che potrà proporre specifiche modifiche volte ad includere i contratti derivati OTC o relative agli elementi presi in considerazione per determinare il prezzo di riferimento.⁸⁶

Sono, inoltre, stabilite apposite norme in materia di segreto professionale dall'art. 7 del Regolamento (UE) 2022/2578.

4. La congiuntura del 2023

Se il 26 agosto 2022 l'indice TTF ha raggiunto il valore mai registrato prima di 339 €/MWh, come ricordato, a partire da settembre 2022 la situazione sul fronte dei prezzi del gas è nettamente migliorata.

Da tale data, infatti, il costo del gas sulla borsa TTF ha progressivamente continuato a scendere, almeno fino alla prima metà di giugno, attestandosi, a luglio 2023, su un valore compreso tra i 35 e i 25€/MWh, livelli di prezzo pur sempre superiori di quasi il doppio rispetto a quelli anteriori alla crisi.

https://acer.europa.eu/Publications/ACER_FinalReport_MCM.pdf, ultima consultazione 24/07/2023) e dell'*Effects Assessment of the impact of the market correction mechanism on financial markets* di ESMA (1° marzo 2023, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ESMA70-446-794_MCM_Effects_Assessment_Report.pdf, ultima consultazione 24/07/2023). In linea con i resoconti preliminari pubblicati il 21 gennaio 2023, entrambe le Agenzie non hanno rilevato alcun impatto sul mercato del gas, ricollegabile all'MCM. Inoltre, è stato stabilito che l'estensione del meccanismo di correzione agli altri VTP non comporta effetti negativi significativi sui mercati finanziari o del gas, potendo, invece, apportare benefici aggiuntivi, per quanto limitati.

⁸⁵ Si tratta del *Preliminary data report on the introduction of the market correction mechanism* di ESMA (23 gennaio 2023, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-446-775_preliminary_data_report_on_mcm.pdf, ultima consultazione 24 luglio 2023) e del *Preliminary report on the effects of the Market Correction Mechanism (MCM) on energy markets and security of supply* di ACER (23 gennaio 2023, https://acer.europa.eu/Publications/ACER_PreliminaryReport_MCM.pdf, ultima consultazione 24/07/2023). Entrambi i rapporti concludono di non aver rilevato impatti significativi sul mercato (positivi o negativi) direttamente riconducibili all'adozione del regolamento. Tuttavia, per entrambe le Agenzie non sono da escludere impatti futuri sui mercati finanziari ed energetici. Per tale ragione sono stati proposti alcuni indicatori per continuare a monitorare gli sviluppi del mercato e aiutare a rilevare i potenziali impatti futuri del meccanismo.

⁸⁶ Regolamento (UE) 2022/2578, art. 10.

Questa discesa dei prezzi in Europa è il risultato di una serie di fattori combinati, tra cui: la riduzione della domanda di gas a livello europeo,⁸⁷ l'introduzione di misure di efficientamento energetico tanto nel settore industriale, quanto in quello domestico, livelli di stoccaggio del gas ben al di sopra della media dell'anno scorso,⁸⁸ un inverno più mite del solito in Europa che, unito al crescente ricorso alla produzione di energia elettrica a partire da fonti rinnovabili e ad una ripresa del comparto nucleare, ha contribuito a ridurre considerevolmente la domanda di gas a livello europeo.

In aggiunta, l'offerta di tale *commodity* è rimasta consistente, e, in particolare, i livelli di importazione di GNL sono stati piuttosto elevati.⁸⁹

A livello mondiale, rilevante è stata la riduzione di consumo di gas da parte dell'Asia che, negli ultimi mesi dell'anno scorso, è rimasto limitato e ha continuato a rimanere relativamente basso durante i primi mesi del 2023,⁹⁰ anche in ragione della crescita economica medio-bassa della Cina, nonostante l'eliminazione delle restrizioni legate al COVID-19 a partire da gennaio 2023.

⁸⁷ Durante i primi sei mesi del 2023, la domanda di gas a livello europeo è stata inferiore del 11% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente e le prospettive di una rapida ripresa della domanda sono limitate. Si vedano A. HONORÉ, *European gas demand fundamentals-H1 2023 review and short term outlook*, in *Oxford energy insights*: 134, 27 luglio 2023, pp. 1-25, <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2023/07/Insight-134-European-gas-demand-fundamentals.pdf>, ultima consultazione 29/07/2023; B. MCWILLIAMS - G. ZACHMAN, *European natural gas demand tracker*, in *Bruegel*, <https://www.bruegel.org/dataset/european-natural-gas-demand-tracker>, ultima consultazione 27/07/2023.

⁸⁸ Al 18 gennaio 2023, i livelli di stoccaggio in Europa hanno raggiunto l'80,5% della loro capacità, rispetto al 47% del 2022 e alla media del 65% dei 4 anni precedenti. Si veda ACER, *Preliminary report on the effects of the Market Correction Mechanism (MCM) on energy markets and security of supply*, 23 gennaio 2023, p. 5, https://acer.europa.eu/Publications/ACER_PreliminaryReport_MCM.pdf, ultima consultazione 24/07/2023.

⁸⁹ Le importazioni europee di GNL nel 2022 sono aumentate del 66% rispetto all'anno precedente; tale crescita è provenuta principalmente dagli Stati Uniti che rappresentano il principale fornitore di tale prodotto all'Unione europea, con la Russia al secondo posto, sebbene molto distaccata rispetto agli Stati Uniti. Si veda B. MCWILLIAMS et al., *The EU can manage without Russia liquified natural gas*, in *Bruegel*, 28 giugno 2023, pp. 1-4, https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-06/the-eu-can-manage-without-russian-liquified-natural-gas-%289197%29_7.pdf, ultima consultazione 29/07/2023.

⁹⁰ La domanda di GNL da parte dell'Asia è cresciuta solo dello 0,4% nei primi mesi del 2023, anche se il significativo incremento delle importazioni cinesi a giugno potrebbe suggerire una maggiore crescita nella seconda metà del 2023.

La domanda cinese di GNL rimane un fattore chiave per l'evoluzione dei prezzi del gas a livello globale.

Eventuali innalzamenti degli indici asiatici potrebbero determinare una risalita dei prezzi del GNL su scala mondiale e, ancor più significativamente, potrebbero comportare una riduzione dei volumi disponibili.

Ad oggi gli indici asiatici si aggirano su livelli all'incirca equivalenti a quelli europei, per cui non si è accesa la competizione per accaparrarsi il gas liquido e a febbraio 2023 la differenza di prezzo tra i TTF *front-month* e il GNL importato in Europa si aggirava tra i 3 e i 6 €/MWh,⁹¹ ben al di sotto dei livelli richiesti per l'integrazione di una delle condizioni cumulativamente previste per l'attivazione dell'MCM, ovvero che il prezzo di regolamento dei derivati TTF *front month* sia superiore di 35€/MWh al prezzo di riferimento per tre giorni lavorativi.⁹² Altro elemento che sta contribuendo a garantire prezzi più bassi sul mercato è il flusso di gas russo trasportato tramite *pipelines* verso l'Europa che, ad oggi, continua la dinamica avviata a partire dal 1° settembre 2022, rimanendo stabile sui 70 milioni di metricubi trasportati al giorno, equivalenti a 22 miliardi di metricubi all'anno (40 miliardi in meno rispetto al 2022).⁹³

Ad oggi tali flussi non paiono minacciati da possibili interruzioni, sebbene rimanga una preoccupazione il transito attraverso l'Ucraina, in quanto gli accordi di passaggio di gas russo su tale Paese scadono il 31 dicembre 2024.⁹⁴

Un ruolo fondamentale nell'equilibrare il mercato europeo del gas negli ultimi diciotto mesi è poi stato svolto dalle forniture via gasdotto norvegesi; infatti, tale Stato è diventato il principale fornitore di metano dell'Unione europea.

⁹¹ Si veda ACER, *Assessment report on the market effects resulting from the gas Market Correction Mechanism*, 1° marzo 2023, p. 6, https://acer.europa.eu/Publications/ACER_FinalReport_MCM.pdf, ultima consultazione 24/07/2023.

⁹² Regolamento (UE) 2022/2578, art. 4, par. 1.

⁹³ I flussi giornalieri di gas russo trasportato tramite gasdotto in Europa nel primo quadrimestre del 2023 sono stati significativamente inferiori rispetto a quelli dei due anni precedenti; in particolare, nei primi quattro mesi del 2023 sono stati trasportati di media 58 milioni di metricubi al giorno, a fronte dei 289 dell'anno precedente. J. SHARPLES et al., *Quarterly Gas Review: Gas Markets in 2023 Tracking Key Metrics*, 10 luglio 2023, p. 7, <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2023/04/Quarterly-Gas-Review-Issue-21.pdf>, ultima consultazione 08/08/2023.

⁹⁴ Si veda J. SHARPLES et al., *op. cit.*, p. 8.

Tuttavia, interventi di manutenzione in alcuni impianti della Nazione scandinava che erano stati ritardati, stanno ora avendo luogo e a tale fattore devono essere in parte ricondotti gli innalzamenti di prezzo registrati a giugno, a riprova del fatto che il mercato rimane instabile e facilmente influenzabile.⁹⁵

Elemento ulteriore da considerare, principalmente per quanto attiene il livello di offerta globale di gas è l'entità delle forniture di GNL, aumentate nel 2023 in misura inferiore a quanto prospettato da alcuni studiosi ad inizio 2022.⁹⁶

Situazione che, tuttavia, dovrebbe modificarsi, se le navi cargo attualmente in navigazione consegneranno i loro carichi più prontamente di quanto abbiano fatto nel corso dell'anno corrente.⁹⁷

5. Prospettive future del mercato del gas e osservazioni conclusive

All'esito della ricostruzione delle cause che hanno determinato la crisi dei prezzi del gas e dell'analisi del principale intervento legislativo europeo volto a mitigare il costo di tale *commodity*, pare opportuno svolgere alcune osservazioni conclusive.

In un contesto come quello delineato nel paragrafo precedente, caratterizzato da una diminuzione progressiva dei prezzi del gas, non sono mai state integrate le condizioni per l'attivazione del Meccanismo di correzione.

Tuttavia, per quanto lo scenario attuale renda inverosimile un'applicazione dell'MCM nell'immediato futuro, ciò non è da escludere, nei prossimi mesi del 2023.

In primis, è opportuno tenere a mente che questa situazione favorevole potrebbe essere pregiudicata da cambiamenti moderatamente contenuti nelle dinamiche di mercato; ciò potrebbe, innanzitutto, accadere nella Borsa olandese del gas TTF che, si ricorda, è un mercato abbastanza contenuto sotto il profilo delle contrattazioni e di conseguenza facilmente influenzabile anche da eventi relativamente marginali.

⁹⁵ Si veda J. SHARPLES et al., *op. cit.*, pp. 9-11.

⁹⁶ Si veda J. SHARPLES et al., *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷ Si veda J. SHARPLES et al., *op. cit.*, p. 1.

Si pensi al netto innalzamento dei prezzi verificatosi durante la metà di giugno in conseguenza dell'inaspettato prolungamento dei lavori di manutenzione in uno dei tre principali impianti di trattamento del gas norvegesi.⁹⁸

Più recentemente, significativo è stato l'improvviso incremento registrato sull'indice TTF il 9 agosto 2023 (43€/MWh) rispetto al giorno precedente (30€/MWh), equivalente ad un innalzamento del 40%, che ha fatto raggiungere i livelli di prezzo registrati a metà giugno, per poi tornare a diminuire a partire dal 10 agosto; tale fenomeno è stato determinato dai timori di interruzione dell'approvvigionamento di GNL in ragione degli annunciati scioperi in alcuni importanti impianti di gas naturale liquido in Australia.

Quest'ultimo evento è ancor più significativo alla luce del fatto che il GNL australiano raramente giunge direttamente in Europa ed è indicativo di quanto l'Unione europea, a seguito delle riduzioni di fornitura di gas russo via *pipeline*, sia diventata sempre più dipendente dai carichi marittimi globali di GNL.⁹⁹

Guardando ai mesi venturi, è immaginabile un'ulteriore discesa dei prezzi in ragione del riempimento totale degli impianti di stoccaggio europei verso l'inizio di settembre, a cui potrebbe, tuttavia, fare seguito un forte rialzo se l'inverno si avvierà con un clima freddo.¹⁰⁰

È poi da considerare che la recente tendenza europea ad approvvigionarsi di GNL piuttosto che attraverso gasdotti¹⁰¹ (anche in ragione dei tagli alle forniture da parte della Russia) suggerisce che in futuro si possa verificare una nuova corsa agli approvvigionamenti di gas naturale liquido.

⁹⁸ J. SHARPLES et al., p. 2.

⁹⁹ S. TANI, *European gas price jumps almost 40% over supply disruption fears*, in *Financial Times*, 9 agosto 2023, <https://www.ft.com/content/8b7609dc-9d51-48b6-b608-cbff3a9c1658>, 2023, ultima consultazione 11/08/2023.

¹⁰⁰ J. SHARPLES et al., p. 2.

¹⁰¹ In argomento si vedano B. MCWILLIAMS et al., *The EU can manage without Russia liquified natural gas*, in *Bruegel*, 28 giugno 2023, 1-4, https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-06/the-eu-can-manage-without-russian-liquified-natural-gas-%289197%29_7.pdf, ultima consultazione 29/07/2023; *Al Jazeera English*, *Qatar's LNG help Europe avoid Russia*, 20 febbraio 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=kl6NZzJNRU>, ultima consultazione 27/07/2023.

Tale situazione potrebbe riaccendere la competizione tra mercato europeo e cinese per l'acquisizione di volumi di GNL,¹⁰² soprattutto in ragione del significativo incremento di importazioni di GNL da parte della Cina che potrebbe suggerire una domanda più aggressiva durante la seconda metà dell'anno, con il rischio di innescare nuovamente dinamiche di crescita del prezzo del gas.

Alla luce di queste considerazioni, vi è il serio pericolo che la volatilità sia il tratto caratteristico del prosieguo del 2023;¹⁰³ conseguentemente il meccanismo di correzione del mercato rischia di essere attivato nel prossimo futuro.

In aggiunta ai timori di attivazione del *price cap*, in una prospettiva di medio termine è opportuno considerare che gli sconvolgimenti del mercato mondiale del gas e le crescenti incertezze legate alla sicurezza delle forniture rischiano di arrestare o quantomeno rallentare il processo di transizione ecologica globale.

È opportuno, in primo luogo, rammentare che i combustibili fossili gassosi sono inclusi nella Tassonomia europea delle attività economiche considerate sostenibili,¹⁰⁴ con la conseguenza che tali combustibili, a certe condizioni, sono da considerare eco-sostenibili.

La crisi del mercato del gas ha, tuttavia, suscitato profonde incertezze circa la possibilità di avere accesso, in futuro, a forniture di questo prodotto sicure ed a prezzi accessibili.

Attualmente le stime di crescita della domanda globale di gas tra il 2021 e il 2030 si aggirano sui 400 miliardi di metricubi, previsioni inferiori di circa 300 miliardi di metricubi a quelle anteriori all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia.

Se questa riduzione di domanda non può essere integralmente addebitata alla crisi energetica, almeno con riguardo al Nord America,¹⁰⁵ essa ha

¹⁰² Si veda l'intervista a Claudio Descalzi, *Europe can replace Russian Gas in 2-3 years, Eni CEO says*, *Bloomberg*, 28 febbraio 2023, <https://www.bloomberg.com/news/videos/2023-02-28/europe-can-replace-russian-gas-in-2-3-years-eni-ceo-says>, ultima consultazione 28/07/2023.

¹⁰³ J. SHARPLES et al., pp. 1 e 2.

¹⁰⁴ Si veda Regolamento delegato (UE) 2022/1214 della Commissione del 9 marzo 2022 che modifica il Regolamento delegato (UE) 2021/2139 per quanto riguarda le attività economiche in taluni settori energetici ed il Regolamento delegato (UE) 2021/2178 per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni specifiche relative a tali attività economiche.

¹⁰⁵ La riduzione per quest'area geografica si aggira all'incirca sui 200 miliardi di metricubi ed

sicuramente avuto un ruolo dirimente per quanto attiene alla Cina e all'Europa che vedono rispettivamente una diminuzione di domanda prospettata pari a 25 e 45 miliardi di metricubi.

Questa situazione crea incertezze sul futuro del gas e il processo di transizione ecologica; infatti, anteriormente alla crisi energetica, vi era unanimità nel ritenere che in ogni regione globale e, in particolare in quelle in cui il carbone era fortemente usato per la produzione di energia elettrica, il gas assieme alle energie rinnovabili avrebbe acquisito quote di mercato sempre maggiori a discapito del carbone che sarebbe stato progressivamente espunto dal mix energetico, nell'ottica di ridurre le emissioni di CO₂.¹⁰⁶

Questa era specialmente la situazione prospettata in Asia,¹⁰⁷ tuttavia, la crisi ha determinato una ripresa degli investimenti nel settore carbonifero in alcuni Paesi asiatici e se il gas non verrà percepito come economicamente conveniente potrebbe essere escluso dal mix energetico di tali Nazioni a vantaggio del carbone e delle fonti rinnovabili.

Un interrogativo centrale è, dunque, se il 2022 abbia rappresentato solo una battuta d'arresto nell'abbandono del carbone in favore del gas e delle rinnovabili o se, invece, la percezione di un prezzo futuro alto e volatile abbia provocato un cambiamento strutturale, accelerando il passaggio verso le fonti rinnovabili, combinato, tuttavia, con un mantenimento duraturo del carbone nel mix energetico, con conseguenti emissioni di CO₂ più elevate.

Sul punto i vari Stati si sono mossi in maniera e a ritmi diversi.

Nell'Unione europea e nel Regno Unito il carbone sta uscendo dal mix energetico a livelli che variano da Paese a Paese, ciò dipenderà anche da quanto sarà rapida la crescita delle fonti di produzione rinnovabili.

è attribuibile all'*Inflation Reduction Act* negli Stati Uniti. Si veda M. FULWOOD, *A new Global Gas Order? (Part 1): The Outlook to 2030 after the Energy Crisis*, in *Oxford Institute for Energy Studies*, 21 luglio 2023, ii, <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2023/07/NG-184-A-New-Global-Gas-Order-Part-1.pdf>, ultima consultazione 11/08/2023.

¹⁰⁶ Si veda M. FULWOOD, op. cit., p. ii.

¹⁰⁷ Si consideri che nel 2021 la Cina è stato il Paese ad emettere più emissioni di CO₂ a livello globale: il 33%, mentre l'India si è posizionata al terzo posto contribuendo per il 7%. Si veda G. DI DONFRANCESCO, *Cop 27, le emissioni di CO₂ Paese per Paese – Lab 24*, in *Il Sole 24 Ore*, 2022, <https://lab24.ilsole24ore.com/cop27-dati-CO2-mondo/>, ultima consultazione 11/08/2023.

Corea e Taiwan stanno progettando di ridurre significativamente il ricorso al carbone per la produzione di energia elettrica, mentre il gas dovrebbe rimanere un importante componente del loro mix energetico.

In Giappone la velocità con cui l'energia nucleare riprenderà piede impatterà tanto sul ricorso all'uso del gas, quanto sull'uso del carbone.¹⁰⁸

Con riguardo al Nord America, se l'*Inflation Reduction Act*¹⁰⁹ verrà effettivamente implementato è probabile che impatti negativamente sul carbone e sul gas nella produzione di energia; tuttavia, è previsto un aumento dell'uso del gas nel settore industriale.

Nord Africa e Medio Oriente presentano importanti quote di gas, mentre sono ridotte o nulle quelle di carbone; si sta assistendo, dunque, ad un graduale spostamento verso le energie rinnovabili.

In Oceania, e in Australia in particolare, il carbone riveste ancora una grande importanza, ma l'obiettivo è quello di espungerlo dal mix energetico il più rapidamente possibile sostituendolo con le energie rinnovabili che dovrebbero diventare preminenti, per quanto anche il gas pare poter beneficiare dell'eliminazione del carbone.

¹⁰⁸ M. FULWOOD, *op. cit.*, pp. 2, 21 e 22.

¹⁰⁹ Il 7 agosto 2022, il Senato degli Stati Uniti d'America ha approvato l'*Inflation Reduction Act* (IRA) del 2022 che combina il duplice obiettivo di ridurre gli effetti inflazionistici della crisi energetica globale e contrastare il cambiamento climatico. Tra gli obiettivi fissati nel settore energetico da tale atto vi è quello di ridurre il costo dell'energia e incrementare gli investimenti in materia di clima al fine di diminuire le emissioni di carbonio del 40% entro il 2030. Un totale di 369 miliardi di \$ verranno stanziati per migliorare la sicurezza energetica e raggiungere gli obiettivi in materia di cambiamento climatico. Con riguardo alla mitigazione dell'uso del metano, la legge include il *Methane Emissions Reduction Program* (Sec. 60113) che introduce una tassa sul gas emesso dalle compagnie petrolifere e del settore del gas che registrino emissioni non rispettose degli standard contenuti nel *Clean Air Act* (CAA) (la legge federale che regola le emissioni atmosferiche da fonti fisse e mobili). Il prelievo si applica alle strutture che emettono più di 25 000 tonnellate metriche di anidride carbonica all'anno ed eccedono le soglie di emissioni di rifiuti applicabili. Partirà da \$ 900 dollari per tonnellata metrica di metano registrate a partire dal 2024, aumentando a \$ 1500 a partire dal 2026 in poi; sono previste eccezioni per alcune tipologie di emissioni come quelle causate da irragionevoli ritardi nella concessione dei permessi ambientali per i gasdotti di trasmissione. Il programma stanziava inoltre \$ 1550 milioni per l'EPA (Agenzia statunitense per la protezione dell'ambiente) affinché fornisca assistenza tecnica per l'abbattimento delle emissioni di metano nel settore petrolifero e del gas. Vengono inoltre imposti dei canoni da corrispondere in relazione al metano prodotto su terreni e acque federali. Si veda INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Inflation Reduction Act of 2022*, 26 aprile 2023, <https://www.iea.org/policies/16156-inflation-reduction-act-of-2022>, ultima consultazione 11/08/2023.

Per quanto attiene all’Africa sub sahariana il carbone viene usato solo in tre Paesi meridionali,¹¹⁰ di conseguenza gas e rinnovabili paiono avere grandi opportunità di crescita.

Pure in Sud e Centro America il ruolo del carbone è marginale per cui gas e rinnovabili potrebbero assumere un ruolo sempre più fondamentale.

Diversamente ci sono alcune regioni asiatiche – Cina, Asia meridionale e Stati membri dell’ASEAN¹¹¹ – in cui il ricorso al carbone risulta ancora fondamentale.

Per queste aree è prevista una forte crescita della domanda di gas e delle importazioni di GNL, con un declino delle quote di carbone in favore del gas.

Tuttavia, alcuni Paesi della zona, in particolare la Cina, stanno ancora investendo in carbone e vi è il concreto rischio che, se il gas verrà percepito come non conveniente nel prossimo futuro, questa fonte faticherà a rimanere nel mix energetico.¹¹²

Le prospettive di ricorso alle energie rinnovabili non sono rosee neppure in Russia¹¹³ e negli ex Paesi sovietici tendenzialmente orientati su carbone e gas con progressi ridotti nel campo delle rinnovabili.

In conclusione, pare che la concatenazione della crisi energetica e dell’*Inflation Reduction Act* negli Stati Uniti porterà ad una riduzione della domanda globale di gas rispetto alle stime anteriori al conflitto russo-ucraino.

Tuttavia, permangono significative incertezze, in particolare, è dubbia la crescita della domanda in Cina, Europa e Stati dell’ASEAN.

Specificamente, i livelli di domanda prospettati dal 2021 al 2030 non paiono in grado di assorbire le crescenti forniture di GNL disponibili.

Tuttavia, se i prezzi reagiranno conformemente a questo incremento di offerta come hanno fatto precedentemente durante periodi di eccesso di

¹¹⁰ Sud Africa, Botswana e Zimbabwe.

¹¹¹ L’Associazione delle Nazioni del Sud-Est asiatico è stata fondata nel 1967 con lo scopo principale di promuovere la cooperazione e l’assistenza reciproca fra gli Stati membri per accelerare il progresso economico e aumentare la stabilità della regione. Ad oggi sono membri dell’ASEAN: Brunei, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malesia, Myanmar, Singapore, Thailandia e Vietnam.

¹¹² M. FULWOOD, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

¹¹³ La Russia, al 2021, emetteva il 5% delle emissioni globali di CO₂. Si veda G. DI DONFRANCESCO, *op. cit.*

disponibilità di GNL, allora costi inferiori potrebbero stimolare una maggiore richiesta di gas in Paesi e regioni sensibili alle variazioni di prezzo.¹¹⁴

¹¹⁴ M. FULWOOD, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

Il contributo straordinario sull'extra-profitto delle società energetiche, un prelievo fiscale tra principi costituzionali ed una efficace redistribuzione

di Maria Viscolo

Dottore di ricerca in "Scienza economica" presso Il Università di Napoli

ABSTRACT

Our legislature deemed it appropriate— following Community provisions— to establish in March 2022, in order to cope with the growth in the price of energy products, an extraordinary contribution against the high energy bills that was confirmed, with some modifications, for the year 2023; this solidarity contribution was to be applied on the extra profits made by companies operating in the energy sector. The emergency measures in favour of businesses and consumers envisaged by the European Commission had to be specified and justified by the Member States with the indication of objectively verifiable criteria and events.

The new discipline of the contribution, also through a collocation within the instruments of energy taxation, was aimed at a distribution of the revenue in favour of that part of the population that had borne the increased costs in respect of the principles of contributory capacity and equity. The purpose of this work is to analyse the nature of the extraordinary contribution and the consequent interventions linked to the doubts of constitutional legitimacy, and to detect the effects of the taxing power through the institution of this contribution on a greater contributive capacity considered socially equitable in respect of constitutional guarantees and in consideration the redistributive purpose of the contribution.

SINTESI

Il nostro legislatore ha ritenuto opportuno– seguendo disposizioni comunitarie – istituire nel marzo 2022, per fronteggiare la crescita del prezzo dei prodotti energetici, un contributo straordinario contro il caro bolletta confermato, con qualche modifica, per l’anno 2023; tale contributo di solidarietà era da applicarsi sugli extra profitti realizzati delle imprese operanti nel settore energetico. Le misure di emergenza a favore di imprese e consumatori come previste dalla Commissione europea dovevano essere specificate e giustificate dagli Stati membri con l’indicazione di criteri ed eventi oggettivamente verificabili.

La nuova disciplina del contributo, anche attraverso una collocazione all’interno degli strumenti di fiscalità energetica, era finalizzata ad una distribuzione del gettito in favore di quella parte di popolazione che aveva sopportato la maggiorazione dei costi nel rispetto dei principi di capacità contributiva ed equità. Il presente lavoro è finalizzato ad un’analisi della natura del contributo straordinario con i recentissimi interventi legati ai dubbi di legittimità costituzionale e a rilevare gli effetti della potestà impositiva attraverso l’istituzione di tale contributo su una maggiore capacità contributiva ritenuta socialmente equa nel rispetto delle garanzie costituzionali ed in considerazione della finalità redistributiva del contributo.

SOMMARIO

1. Introduzione - **2.** I contributi straordinari sugli extra profitti per le imprese energetiche: i lineamenti normativi alla luce dei recenti interventi - **3.** La capacità contributiva e l'uguaglianza tributaria applicate alle imposte straordinarie finalizzate alla redistribuzione del gettito - **4.** Il contributo straordinario sugli extra-profitti delle imprese energetiche "collocato" nel sistema tributario nazionale - **5.** Il contributo sugli extra profitti energetici e la compatibilità con i principi costituzionali - **6.** Considerazioni finali

1. Introduzione

La crisi energetica causata dalla guerra in Ucraina ha generato una moltitudine di effetti negativi tra i quali un aumento del fenomeno delle disuguaglianze qualitative più marcate di quelle di reddito già segnate dalla crisi pandemica.

In questo contesto è apparso doveroso l'intervento dello Stato, in attuazione al Regolamento (UE) n. 2022/1854,¹ finalizzato a tutelare le fasce più povere della popolazione, cercando un approccio equo ed efficace attraverso una redistribuzione della ricchezza derivante dalla tassazione degli extraprofitto delle compagnie energetiche che hanno visto aumentare i loro ricavi di molti miliardi anche a discapito degli appartenenti alle fasce deboli² segnate da difficoltà nell'ordinaria conduzione della vita quotidiana, nell'utilizzo dei beni di prima

¹ In data 7 ottobre 2022 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il Regolamento n. 2022/1854, contenente un pacchetto di interventi finalizzato a fronteggiare l'incremento del prezzo dell'energia. Tale Regolamento, in particolare, ha previsto un contributo di solidarietà temporaneo, avente carattere eccezionale, sugli utili eccedenti una certa soglia generati da attività nei settori del petrolio, del gas, del carbone e della raffinazione. Nello specifico, tale contributo si applica alle società e alle stabili organizzazioni residenti nell'UE – comprese quelle che fanno parte di un gruppo consolidato unicamente a fini fiscali – che generano almeno il 75% del loro fatturato nel settore dell'estrazione, della raffinazione del petrolio o della fabbricazione di prodotti di cokeria di cui al Regolamento (CE) n. 1893/2006.

necessità collegati direttamente e non al consumo dell'energia.³

Il legislatore europeo⁴ e quello nazionale– quest'ultimo come vedremo a seguire in misura ridotta– sono intervenuti in modo mirato sul settore energetico individuando una forma di contribuzione con finalità redistributiva applicabile nel breve periodo, trasferendo il denaro da coloro che stanno beneficiando del blocco energetico ai consumatori, sui quali vengono scaricati i costi finali. Raccogliere il gettito del settore energetico per far fronte alle principali condizioni da cui dipendono le difficoltà dei contribuenti è un atto doveroso che risponde a un principio di equità; in questo senso, il sistema fiscale di ciascun Paese europeo, nello stabilire in modo chiaro e anticipato le modalità di tassazione di tale gettito, non incorrerebbe in violazioni normative interne anche in virtù della natura straordinaria e solidaristica della tassazione.

Necessaria è apparsa da subito un'applicazione uniforme e paritaria di questa imposta sugli extra-profitti in tutti i Paesi europei, per non incidere negativamente sul principio della concorrenza leale, per non violare le norme in materia di aiuti di Stato e per la natura dei servizi di rete inerenti alla fornitura di energia; inoltre la condivisione delle imposte sugli extra-profitti potrebbe essere indirizzata a regolamentare sia la previsione che l'allocazione del gettito,

² Secondo i dati pubblicati dall' Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica (OIPE) 2023 nel nostro paese il 10% delle bambine, dei bambini e adolescenti vive in condizioni di povertà energetiche derivanti dalle condizioni di povertà delle famiglie di appartenenza il cui livello di consumi (al netto di quelli energetici) è inferiore alla soglia di povertà e tale fenomeno ha conseguenze importanti sul benessere fisico e mentale dei minori e sulla loro crescita.

³ Si veda Rapporto Oxfam 2023, pp. 8 e ss.: «...l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, con tutte le sue conseguenze geopolitiche, ha portato a una riduzione dell'approvvigionamento di gas dalla Russia...nel caso del cibo, i prezzi erano già in forte aumento prima dello scoppio del conflitto, e l'interruzione delle forniture di grano dall'Ucraina non ha fatto altro che aggravare un problema preesistente» (...) «...le maggiori perdite reddituali hanno interessato famiglie numerose con almeno cinque componenti e famiglie con almeno un componente straniero. La stratificazione delle disuguaglianze reddituali nel nostro Paese vede le famiglie con figli a carico, i giovani, i meno istruiti e gli stranieri in posizione di relativo svantaggio». All'interno del rapporto figura anche la disuguaglianza nell'accesso ai vaccini covid-19 con i tassi di vaccinazione estremamente bassi nei paesi poveri ove milioni di persone sono morte inutilmente durante la pandemia a causa della disparità di accesso ai vaccini causata dall'avidità delle case farmaceutiche e dall'accaparramento delle dosi da parte dei Paesi ricchi.

⁴ Con la comunicazione della Commissione europea dell'8 marzo 2022, «RePowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili», che ha previsto «misure di emergenza» a favore di imprese e consumatori, statuendo che «gli Stati membri possono prendere in considerazione misure temporanee di carattere fiscale sui proventi straordinari».

costituendo un valido strumento per operare in presenza di profitti inattesi (natura straordinaria), fornendo un impulso al processo di armonizzazione fiscale europea.

In questo saggio si pone l'attenzione alla diversa disciplina adottata dal legislatore italiano prima per il contributo straordinario contro il caro bollette previsto dal D.L. n. 21/2022 art. 37 poi alla tassa sugli extra profitti prevista dalla L. 193/2022 art. 1 quale strumento di finanza straordinaria tesa a far fronte all'emergenza finanziaria ed avente come *ratio* la riduzione delle disuguaglianze compatibili con la capacità contributiva quale principio di rango costituzionale disciplinata dall'art. 53 postulato dei canoni di ragionevolezza, equità, proporzionalità e di uguaglianza nella sua accezione sostanziale o sociale presidiata dall' art. 3, comma 2, della Costituzione.

L'analisi degli effetti è stata posta in essere con la consapevolezza delle difficoltà legate a previsioni normative di carattere straordinario che presentano per loro natura delle incertezze applicative tali da ridurre le previsioni di gettito sperato; si è altresì consapevoli che si generino conflitti con i principi costituzionali consolidati e il ruolo della fiscalità non sempre trova una collocazione funzionale il tutto accompagnato dalla mancanza di un legame diretto da cui si possa dedurre che i prezzi più alti dell'energia influenzino direttamente l'aumento del fenomeno delle disuguaglianze sociali.⁵

Ciò nonostante— anche in conseguenza degli interventi giurisprudenziali e della remissione alla Corte costituzionale— si vuole sottolineare in questo contributo come l'effetto di maggiori profitti connesso ad indici rilevatori di ricchezza nonché di capacità contributiva⁶ da parte delle aziende energetiche può portare ad una legittima applicazione di tassa straordinaria e di conseguenza ad una distribuzione in favore dei più poveri sulla scorta del principio di eguaglianza tributaria in forza del quale a situazioni eguali devono corrispondere eguali regimi impositivi e a situazioni diverse un trattamento

⁵ B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica e dimensione del fenomeno* in S. Supino - B. Voltaggio (a cura di) *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, Bologna, 2018, p. 52.

⁶ F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, Bologna 2007; *id.*, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012; *id.*, "Ancora in tema di uguaglianza tributaria", in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, n. 72, 2013, pp. 321-353.

tributario disuguale soddisfacendo l'esigenza che ogni prelievo tributario abbia causa giustificatrice in indici rilevatori di ricchezza.

2. I contributi straordinari sugli extra profitti per le imprese energetiche: i lineamenti normativi alla luce dei recenti interventi

Il contributo sugli extraprofitti introdotto dal decreto Ucraina ai sensi dell'art. 37 avrebbe dovuto intercettare, per l'anno 2022, i presunti extra-profitti di cui avrebbero beneficiato tutti coloro che lavoravano nel settore dell'energia, a prescindere dal fatto che erano produttori o distributori e indipendentemente dalla fonte dell'energia stessa; l'extra-prelievo era determinato in misura pari al 25% dell'incremento registrato tra il saldo delle operazioni attive e passive (al netto dell'IVA) risultanti dalle comunicazioni dei dati delle liquidazioni periodiche (LIPE) per il periodo che andava dal 1° ottobre 2021 - 30 aprile 2022 e il saldo delle LIPE in riferito agli stessi sette mesi del periodo per il periodo 1° ottobre 2020 - 30 aprile 2021 sempre che detto incremento risultasse maggiore o uguale a euro 5.000.000 e superiore al 10%.

La disposizione aveva anche previsto che doveva essere versato in due rate: l'acconto pari al 40%, entro giugno 2022, il saldo entro novembre 2022 lasciando all'Agenzia delle Entrate l'ambito di operatività attraverso l'emanazione di circolari le modalità di attuazione.⁷

Tali previsioni apparvero, da subito, in contrasto con i principi costituzionali nonché di difficile applicazione in considerazione del presupposto non definito in modo puntuale in quanto agganciato ad un dato temporale (periodo 1° ottobre 2020 - 30 aprile 2021) inattendibile perché non prendeva in considerazione un normale periodo di redditività fisiologica, bensì un semestre

⁷ Nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 22/E del 23 giugno 2022, è previsto espressamente che «Stante il tenore letterale della previsione di cui al comma 3 dell'articolo 37, nel caso in cui un soggetto svolga molteplici attività, di cui solo una (o più) rientrante in quelle indicate nella risposta n. 1.1, il dato a cui fare riferimento per verificare se il contributo straordinario sia dovuto e per la quantificazione della base imponibile è costituito dal complessivo importo delle operazioni attive e passive, al netto dell'IVA, desumibile dalle LIPE relative ai periodi 1° ottobre 2020 - 30 aprile 2021 e 1° ottobre 2021 - 30 aprile 2022. I dati riportati nelle LIPE, pertanto, in base a quanto previsto dalla norma, non possono essere emendati, estrapolando i valori riferibili alle attività non interessate dal contributo, ma devono essere assunti nella loro interezza, fermo restando che deve trattarsi di operazioni rilevanti ai fini IVA».

contrassegnato da produzione e consumi contratti dalla pandemia da Covid-19⁸ ed infine con una base imponibile che difettava di una puntuale intercettazione degli extraprofiti⁹

Il contributo – di indubbia natura tributaria¹⁰ – è stato qualificato dal legislatore come “straordinario”, anche al fine di sfuggire ai profili di incostituzionalità già emersi per precedenti interventi qualificati come straordinari ma che non si caratterizzavano per essere prelievi *una tantum*¹¹ con uno scollamento tra funzione e struttura del contributo.

Le caratteristiche tipicamente tributarie che contrassegnano il contributo sono da ravvedere nell'imposte “assegnate allo scopo” (o imposte di scopo in senso improprio) stante l'indicata destinazione specifica del gettito alle misure di contrasto della crisi ed ancora nel carattere coattivo della prestazione patrimoniale sancita per legge– la cui genesi prescinde dalla volontà degli obbligati– concepita e orientata a concorrere alle spese pubbliche.

Alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa di merito¹²– intervenute immediatamente all' entrata in vigore– confermarono la natura tributaria del prelievo sussistendo tutti gli indicatori indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza ossia la matrice legislativa; la doverosità della prestazione verso l'ente; l'obbligatorietà della prestazione; il nesso diretto con la spesa pubblica; la circostanza che il contributo colpisca un indice di capacità contributiva; la

⁸ P. PURI, *I troppi punti deboli di un tributo nato sotto cattiva stella*, in *Norme e tributi*, 21 aprile 2022.

⁹ Tale aspetto, ossia la determinazione della base imponibile, è uno degli elementi differenti rispetto ad un'altra tassa che aveva carattere simile ossia la Robin Hood tax introdotta con il D.L. n. 112/2008 poi convertito con alcune modifiche con L. n. 133/2008 e dichiarato successivamente incostituzionale per contrasto con i principi di ragionevolezza e capacità contributiva dalla Corte cost. con sent. n. 10/2015.

¹⁰ M. EMMA - R. RINALDI, *Il contributo straordinario sugli extra-profitto energetici: lineamenti e problematiche*, in *Il fisco*, n. 24/2022, p. 2334; L. SALVINI, *Sugli Extraprofitto prelievo a rischio costituzionalità*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 marzo 2022, 14; S. DE MARCO, *Riflessioni in tema di tassazione degli utili extraprofitto delle imprese energetiche*, in *Dir. Prat. Trib.*, n. 6/2022, p. 2093; F. FICHERA, *L'oggetto della giurisdizione tributaria e la nozione di tributo*, in *Rass. Trib.*, 2007, IV, pp. 1056 e ss.; A. FEDELE, *La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale* in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, I, pp. 1 e ss.

¹¹ D. STEVANATO, *“La Robin Hood Tax” e i limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2008, pp. 841 e ss.; G. INGRAO, *La c.d. Robin Hood Tax determina un corto circuito tra Corte costituzionale e giudice di merito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, pp. 118 e ss.

¹² TAR Lazio, sent. n. 15278/2022.

finalità del contenimento dell'aumento dei prezzi e delle tariffe.

Le medesime considerazioni, relativamente alla natura tributaria del contributo straordinario sul c.d. "caro bollette", possono essere estese anche al contributo di solidarietà straordinario, introdotto per l'anno successivo dalla Legge di Bilancio 2023.

Il nuovo contributo straordinario per l'anno 2023 è stato calcolato applicando l'aliquota del 50% su una quota del reddito complessivo determinato ai fini dell'imposta sul reddito delle società (IRES) relativo al periodo d'imposta 2022, che eccede per almeno il 10% la media dei redditi complessivi determinati ai sensi dell'IRES conseguiti nei quattro periodi d'imposta antecedenti a quello in corso al 1° gennaio 2023.

Il contributo non risulta dovuto dai soggetti il cui reddito complessivo IRES del 2022 eccede per meno del 10% la media dei redditi complessivi IRES del quadriennio precedente (2018-2021). Il legislatore ha disciplinato la modalità di determinazione della base imponibile del nuovo contributo in modo divergente dalla modalità di calcolo del precedente contributo introdotto con l'art. 37 del D. L. n. 21 del 2022 per l'evidente riferimento al reddito complessivo IRES (anziché ai saldi risultanti dalle LIPE).

A differenza del contributo ex art. 37 in relazione al quale era previsto che nessun importo era dovuto qualora l'incremento non eccedeva euro 5 milioni, la determinazione della base imponibile del contributo previsto dalla Legge di bilancio 2023 non è soggetta ad alcuna franchigia o limite assoluto.

Tuttavia, nonostante i miglioramenti apportati alla base imponibile del nuovo contributo straordinario rispetto al precedente, il legislatore, non ha tenuto conto del profilo che aveva condotto, in passato, la Corte Costituzionale alla declaratoria di incostituzionalità della c.d. *Robin Hood Tax* nella sentenza n. 10/2015, in quanto privo ancora de «*la predisposizione di un meccanismo che consenta di tassare separatamente e più severamente solo l'eventuale parte di imponibile "suppletivo" connesso alla posizione privilegiata dell'attività esercitata dal contribuente al permanere di una data congiuntura*».

Ebbene a distanza di circa due anni dall'entrata in vigore del primo contributo e di un anno dal secondo le questioni preoccupanti postulate nella fase iniziale (come di seguito si tratteranno) sembrano abbiano trovato fondamento.

Procedendo con ordine in un'analisi dei recentissimi interventi giurisprudenziali che rappresentano il preludio di cambiamenti per la struttura e l'applicabilità dei contributi previsto doveroso appare menzionare la recente sentenza del 19 ottobre 2023, n. 29023,¹³ emessa dalla Cassazione, Sezioni Unite, che ha disatteso precedenti pronunce emesse dal Tar Lazio statuendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione proposta contro i provvedimenti emanati dall'Agenzia delle Entrate in attuazione del contributo previsto dall'articolo 37 del D.L. n. 21/2022, quale prelievo straordinario posto a carico delle imprese del settore petrolifero ed energetico. Infatti, tali provvedimenti si configurano come atti tipicamente amministrativi, generali, meramente ricognitivi ed attuativi del disposto di legge, non contenenti una pretesa tributaria sostanziale e non rientranti nell'elenco contenuto nell'articolo 19 del D.Lgs. n. 546/1992.

Successivamente, il Tar del Lazio con diverse ordinanze il 16 gennaio 2024, tra cui la n. 767, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle previsioni contenute nella Legge di Bilancio per il 2023 all'art. 1, commi 115-119, L. 197/2022 muovendo dalle contestazioni degli operatori del settore energetico al contributo straordinario previsto dalla Legge di Bilancio ritenendolo contrario, sia alla disciplina del Regolamento (UE) 2022/1854, sia alle stesse finalità della misura, la quale grava in realtà sull'intero settore energetico ed è aggiuntiva rispetto al contributo già introdotto con il decreto Ucraina e modificato con il decreto Aiuti.

L'organo giudiziario amministrativo riconosce la contrarietà del contributo ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dal Regolamento UE 1854/2022 e dubita altresì della legittimità costituzionale della disciplina per contrasto con il principio di uguaglianza e di capacità contributiva in relazione agli articoli 3, 53 e 117 della Costituzione in quanto la misura include nella base di calcolo del contributo anche voci che non sarebbero extraprofitti derivanti dall'aumento dei

¹³ Quasi contestualmente la Corte di Cassazione, con le sentt. n. 29026 e n. 29042 del 2023, confermato condivisibilmente la giurisdizione del giudice amministrativo e relazioni agli atti generali adottati dall'Agenzia delle entrate per dare attuazione alla normativa che ha introdotto in Italia il contributo straordinario sugli extra profitti delle imprese petrolifere al fine di contestare l'aumento dei costi delle bollette conseguenti alla guerra in Ucraina. Appare chiaro che la tutela dei contribuenti trova così una strada complementare a quella del giudizio innanzi alla corte di giustizia tributaria.

prezzi dei prodotti energetici evidenziando anche che il contributo colpisce una manifestazione di capacità contributiva in parte già sottoposta a tassazione, perché riguarda redditi presi in considerazione dal precedente contributo per l'anno 2022 (art. 37 del D.Lgs. 21 del 2022) con conseguente possibile duplicazione dell'imposta stante anche l'assenza di meccanismi di deducibilità.

3. La capacità contributiva e l'uguaglianza tributaria applicate alle imposte straordinarie finalizzate alla redistribuzione del gettito

Il dovere di tutti di contribuire alla spesa pubblica è un mezzo per realizzare il principio di uguaglianza¹⁴ e nel contempo rappresenta una sua diretta espressione; il tributo si rileva, al pari e più della spesa, uno strumento di attuazione del principio di cui all'articolo 3 della Costituzione finalizzato alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impedendo il pieno sviluppo della persona umana.

Nel contempo la previsione di cui all'articolo 53 della carta costituzionale, espressione del principio di uguaglianza, chiede ai cittadini di contribuire e non impone il pagamento dei tributi così facendo il Legislatore li ha posti tutti su un piano di uguaglianza a parità di diritti e di doveri appartenenti ad una stessa collettività animata dagli stessi fini.¹⁵

¹⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Torino, 2011; A. DE VITI DE MARCO, *Principi di economia finanziaria*, Torino, 1953; G. FALSITTA, *Le origini storiche dei principi di giustizia tributaria (uguaglianza e capacità contributiva) codificati negli artt. 24 e 25 dello Statuto Albertino*, in *Neotera*, I, 2012. In argomento v. pure A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto legge e nuovo riparto della potestà normativa in materia tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, I, pp. 3 e ss., il quale afferma con forza l'essenziale funzione solidaristica e redistributiva del tributo e del sistema tributario nel suo complesso; A. FEDELE, *I principi costituzionali e l'accertamento tributario*, in *Riv. dir. Fin. Sc. Fin.*, 1992, III, p. 464; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, 1996, pp. 158 e ss.; A. FEDELE, *Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella Costituzione italiana*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, pp. 20 e ss.; S. MANGIAMELI, *Il diritto alla giusta imposizione. La prospettiva del "costituzionalista"*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, IV, p. 1388; C. COSCIANI, *La riforma tributaria, analisi critica del sistema tributario italiano*, Firenze, 1950.

¹⁵ E. M. RUFFINI, *Uguali per Costituzione. Storia di un'utopia incompiuta dal 1948 a oggi*, Milano, 2022. p. 257-277. L' A. sottolinea come a prima vista potrebbe non sembrare ma in realtà così non è ossia: il dettato contenuto nell' art. 53 della Cost. è un'espressione del principio di uguaglianza. I Costituenti, infatti, non si sono limitati ad imporre ma la norma "chiede ai cittadini di "con-tribuire", di essere "con-tribuenti". Con la scelta di quei termini hanno, secondo l'autore, collegato tale obbligo a un "con-corso" di volontà e di mezzi; nel concetto di

Connesso a tali aspetti di natura sostanziale vi è la consapevolezza che il tributo deve essere equo, ma vi è la cognizione che il tributo equo non esiste in sé e men che mai in natura dovendosi far riferimento all'equità quale categoria valoriale che cambia nella sua percezione rispetto alle esigenze sociali, culturali, etiche e temporali.¹⁶

Tuttavia il principio di uguaglianza subisce una particolare e fondamentale declinazione, poiché è un dovere che non è, e non può essere, uguale per tutti in assoluto, ma deve essere determinato, calibrato, quantificato sulla base della capacità contributiva di ognuno così come fu affermato durante i lavori dell'Assemblea costituente: "a ciascuno il suo: non a tutti lo stesso".¹⁷

Far pagare a tutti i cittadini, a tutti i contribuenti, la stessa cifra o richiedere proporzionalmente lo stesso sacrificio contribuirebbe a perdurare le disuguaglianze da cui tutti partiamo e che il principio di uguaglianza intende combattere.

Richiedere un maggior sacrificio e un maggior contributo a chi ha maggiori disponibilità economiche e finanziarie e uno dei modi in cui lo Stato può cercare di assolvere i compiti assegnati ponendo in essere politiche finalizzate alla rimozione degli ostacoli che limitano l'uguaglianza.

Il tributo è un indispensabile strumento di politica distributiva duttile

con-tribuzione alle spese pubbliche è contenuto anche il ripudio da parte dei Costituenti dell'idea che il tributo sia vera espressione della potestà pubblica del potere di imperio sostenendo inoltre che la causa del tributo si giustifica con le spese che lo stato e gli altri enti devono sostenere nell'interesse di tutti anche per questo motivo non si è solo, per così dire, "tribuenti" ma "con-tribuenti"; A. FEDELE, *La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, I, pp. 1 e ss.

¹⁶ F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e funzione del tributo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 2016, pp. e 1039 e ss.; *id.*, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, pp. 221 e ss.; *id.*, *L'Enciclopedia del diritto e l'evoluzione del diritto tributario*, in *Giur. Comm.*, 2009, III, pp. 553 e ss.; *id.*, *La funzione del tributo ovvero l'etica delle tasse*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, II, p. 399; *id.*, *I principi di diritto tributario: problemi attuali*, in *Rass. Trib.*, 2008, IV, p. 919; *id.*, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, Bologna, 2011; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; L. SALVINI - G. MELIS, *L'evoluzione del sistema fiscale ed il principio di capacità contributiva*, pp. 3 e ss.

¹⁷ Tali questioni erano già state portate all'attenzione dell'Assemblea costituente dalla commissione economica, che giunse a porre nel proprio rapporto un sistema basato su tre "pilastri": norme costituzionali su obbligo tributario e procedura legislativa; codice o legge fondamentale con le regole generali sui tributi; revisione organica delle singole leggi d'imposta, lasciando alla legge di bilancio la determinazione delle nuove aliquote. Cfr. Ministero per la Costituente - Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea costituente, V - Finanza, I, Relazione.

superare, senza aumenti della pressione tributaria, le disuguaglianze derivanti dalle maggiori o minori disponibilità dei beni della vita e per realizzare fini solidaristici. Al riguardo giova ricordare come la “torsione solidaristica”¹⁸ dell’obbligazione tributaria sia entrata– nel tempo– in crisi con riguardo agli effetti tra giustizia nell’ imposizione e tutela dell’interesse fiscale alla rapidità e certezza del prelievo.

La soggezione della materia tributaria ad una ragione fiscale effetto di continue emergenze impone un rapido procacciamento di risorse che, anche in passato,¹⁹ hanno condizionato– in parte– le norme prodotte attraverso decreti legge caratterizzati da ristretti tempi di approvazione e dalla eterogeneità dei contenuti.

Tali difficoltà trovano le cause anche in situazioni di emergenze finanziarie che si presentano sollecitando il ricorso a strumenti di finanza straordinaria quali possono considerarsi i tributi straordinari finalizzati a colpire manifestazioni di ricchezza immeritate (c.d. *windfall taxes* o *di excess profit*).²⁰

Le problematiche connesse a situazioni particolarmente pesanti, in grado di produrre lacerazioni sociali già in parte esistenti come avvenuto in conseguenza dei rincari delle bollette di gas e di energia per effetto della guerra in Ucraina, hanno legittimato il Legislatore europeo e quello nazionale alla introduzione, in fasi temporali differenti, di misure urgenti per il contenimento dei costi dell’energia elettrica e del gas naturale per garantire la liquidità delle imprese che effettuano stoccaggio di gas naturale e nel contempo per

¹⁸ M. LOSANNA, *Diseguaglianze e obblighi contributivi*, in *www.gruppodipisa.it*. L’A. sintetizza gli aspetti salienti dei rapporti tra l’obbligazione tributaria nel rapporto individuale tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, la quale cede il passo al rapporto tra individuo e comunità; considera come nella prospettiva dell’ art. 3, comma 2 della Cost., le risorse mobilitate tramite la fiscalità non sono destinate al mero funzionamento della “macchina” statale, bensì alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; continua sottolineando come l’introduzione del criterio della capacità contributiva e del criterio della progressività da un lato e gli obiettivi di giustizia materiali imposti dalla Costituzione giustifichino l’imposizione fiscale anche per finalità strettamente redistributive, sino a considerare che il dovere di contribuzione fiscale è – per il legame tra l’art. 53 e l’art. 2 della Cost. – «inderogabile»; D. CONTE, *L’indisponibilità dell’obbligazione tributaria: principi fondanti, limiti e sopravvissute ragioni di un mito*, in *Inn. Dir.*, 2017, VI, pp. 160-182.

¹⁹ E.M. RUFFINI, *Uguali per Costituzione. Storia di un’utopia incompiuta dal 1948 a oggi*, Milano, 2022, *op. cit.*

²⁰ A.F. URICCHIO, *Il costo dei diritti tra controllo del debito. Strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2018, I, pp. 11 e ss.

contenere l'aumento dei costi sostenuti dai contribuenti a causa delle forti diseguaglianze tra le aree territoriali e sociali.²¹

Le situazioni di carattere strutturale dell'extra-profitto connesso all'esclusivo esercizio dell'attività economiche originariamente riservate allo Stato e le situazioni di carattere "congiunturale" o "speculativo" in cui l'extra-profitto ha assunto la connotazione di guadagno non meritato hanno comportato un significativo aumento della ricchezza tale da determinare un maggior indice di capacità contributiva con un corrispondente incremento della tassazione operato a mezzo dei modelli astrattamente configurabili per la realizzazione della discriminazione qualitativa del reddito societario,²² quali soprattutto l'istituto della sovrapposizione di fattispecie tributarie ovvero la previsione di imposte straordinarie proprio nei casi di "*windfall profit tax*".²³

L'esperienza legislativa italiana aveva già conosciuto forme di prelievo sull'extra-profitto finalizzate a non far sì che un evento drammatico potesse risolversi in un affare per qualcuno con la previsione di contenere la funzione allocativa di tali risorse²⁴ senza perdere di vista la costante finalità di rispetto effettivo dei principi costituzionali con riguardo alla tutela dell'uguaglianza.

Un riferimento al passato lo si pone in essere rievocando l'imposta straordinaria sui profitti di guerra²⁵ poiché tale tipologia d'imposta è

²¹A. F. URICCHIO, *Crisi energetica, transizione ecologica e ruolo della fiscalità*, in *Rass. Trib.*, 2022, IV, pp. 867 - 893.

²²G. MORO, *Il contributo straordinario per il caro bollette: profili di legittimità costituzionale*, op. cit. L' A. sostiene che il fenomeno della discriminazione qualitativa dell'imposizione tributaria viene in rilievo ogni qualvolta si intenda pervenire ad una tassazione diversa da quella che si otterrebbe con gli ordinari metodi di applicazione dell'imposta con il preciso scopo di individuare il più corretto meccanismo che possa attuare le politiche redistributive e realizzare un'equità fiscale; R. LUPI, *Robin hood Tax: un altro tributo selettivo?*, in *Dial. Trib.*, 2011, IV.

²³P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2016, secondo questa parte della dottrina la sovrapposizione di fattispecie tributaria si verifica tutte le volte in cui uno stesso presupposto è assunto in tutto in parte a riferimento di tributi diversi posti ovviamente a carico di un medesimo soggetto passivo di imposta.

²⁴R. MUSGRAVE, *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Bologna, 1995.

²⁵L'imposta straordinaria sui profitti di guerra e sul patrimonio fu introdotta con il D.Lgs. n. 2164/1919 su una base imponibile formata dagli aumenti di patrimonio e di reddito dovuti alla guerra fra il 1° agosto 1914 e il 31 dicembre 1919 e colpiva sia le persone fisiche sia gli enti collettivi ad eccezione delle società per azioni. Durante la seconda guerra mondiale il primo luglio 1940 con la L. n. 813, rubricata "istituzione di un'imposta straordinaria sui maggiori utili relativi allo stato di guerra" venne applicata un'aliquota progressiva sulla parte eccedente gli utili realizzati dalle attività commerciali o industriali che avevano operato nel settore bellico.

tendenzialmente circoscritta alle epoche belliche e post belliche²⁶ quale strumento finalizzato a far fronte ad esigenze finanziarie dovute all'incremento delle spese militari nonché per effetto della formazione di sovraprofiti straordinari meritevoli di essere assoggettati a tassazione secondo i principi dell'equo riparto.²⁷

La tassazione degli extra profitti è considerata dalla dottrina²⁸ uno dei modi per accentuare la discriminazione qualitativa delle ricchezze: di quelle, come scrisse Benvenuto Griziotti, 'non meritate' perché conseguenza di eventi extra imprenditoriali (oscillazione dei prezzi delle materie prime, congiunture internazionali favorevoli, eventi politici, bellici o economici straordinari, che comportano, per alcune categorie di imprese, l'ampliamento dei margini di guadagno per la possibilità di speculare) ma è anche una tassazione difficile da applicare, perché difficile è determinare il sovraprofito generato da tali eventi.

Uno sguardo al recente passato impone di ricordare quanto di simile aveva la Robin Hood tax²⁹ introdotta sui profitti ottenuti per effetto di congiunture favorevoli dagli operatori economici nel mercato del greggio, dell'energia elettrica e del gas naturale. In quest' occasione la dinamica economica esogena vedeva colpiti gli operatori che avevano conseguito una eccezionale redditività dell'attività economica e quindi in astratto vi era un elemento idoneo a

Altre imposte straordinarie furono introdotte dopo il termine del secondo conflitto mondiale per risanare le finanze pubbliche statali duramente provate da spese militari e per la ricostruzione di larga parte del paese. A ridosso della crisi petrolifera, venne istituita l'imposta straordinaria speciale sui veicoli a motori, autoscafi e aeromobili "una tantum" applicata nel 1974 e nel 1976 su autovetture, autoveicoli per il trasporto promiscuo di persone e di cose. Ed ancora, nel 1992 all' indomani dello stress di cassa del Tesoro, il Governo, per consentire alla lira di restare nel sistema monetario europeo, impose un prelievo forzoso del 6 per mille su tutti i conti correnti bancari e sempre per la medesima finalità con la L. 8 agosto 1992, n. 359, venne introdotta l'Imposta Straordinaria sugli Immobili (ISI) ancorata alla rendita catastale, tramutatasi poi in Imposta Comunale sugli Immobili (ICI) che rafforzò l'autonomia impositiva dei Comuni.

²⁶ E. VANONI, *Primi indirizzi della finanza di guerra in Italia*, in *Scritti di finanza pubblica e politica economica*, A. Tramontana (a cura di), Padova, 1976, pp. 44 e ss.; ancora, B. GRIZIOTTI, *Imposta straordinaria sul patrimonio e prestito forzoso*, in *Giornale degli economisti e rivista di statistica*, 1919 pp. 125 e ss.; M. LEGNANI, *Sul finanziamento della guerra fascista*, in *Italia contemporanea*, n. 160, 1985, p. 29.

²⁷ A.F. URICCHIO, *Il costo dei diritti tra controllo del debito. Strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes*, op. cit.

²⁸ A. GIOVANNINI, *Equità impositiva e progressività*, in *Dir Prat. Trib.*, 2015, V, pp. 675 e ss.

²⁹ D.L. n. 112/2008, art. 81, co. 16-18, conv. in L. n. 133/2008.

giustificare un prelievo differenziato.³⁰

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 10 del 2015, si pronunciò sulla Robin Hood tax³¹ in relazione ai diversi aspetti che ne minacciavano la costituzionalità lasciando intravedere la possibilità di introdurre un tributo sulla scia di tale tipologia tenendo tuttavia in debito conto una serie di parametri così come è avvenuto da parte del Legislatore con l'introduzione del contributo sugli extra profitti delle imprese energetiche³² anche se il precedente sembra non sia stato sufficiente ad evitare, per il momento, che si sollevasse la questione di legittimità.

La Corte ritenne che la discriminazione qualitativa dei redditi come disciplinata poteva non essere lesiva degli articoli 3 e 53 della Costituzione in quanto la tassazione diversificata in un settore di stampo oligopolistico, come quello energetico, poteva essere giustificata in condizioni favorevoli di mercato che andavano a legittimare l'applicazione di un particolare e straordinario

³⁰ E. VANONI, *Lezioni di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Padova, 1937, p. 107: «...il soprareddito è quel compenso che spetta ad alcuno degli elementi della produzione e che supera il minimo in conseguenza della posizione di particolare favore in cui il fattore stesso si viene a trovare», cfr. B. Griziotti, *Principio di capacità contributiva e sue applicazioni*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1949, I, p. 25: "...comportano una elevata imposizione le ricchezze guadagnate durante la congiuntura favorevole della guerra o di altre situazioni, che facilitano la formazione di sovraredditi o incrementi di patrimonio, sempre per l'unico criterio direttivo, che fa ritenere altra la capacità contributiva, quanto più agevole è il guadagno della ricchezza... sono tutti esempi di effettuata discriminazione qualitativa della ricchezza che comporta... sovraimposizioni»; ancora B. GRIZIOTTI, *I principi delle entrate extrafiscali*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1951, I, pp. 123 e ss.

³¹ Sui profili di incostituzionalità della Robin Hood tax si vedano, tra tutti, F. AMATUCCI, *La complessa verifica di legittimità costituzionale della Robin Hood tax* in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2015; M. BASILAVECCHIA, *Graduale abolizione della Robin Hood tax* in *Corr. Trib.* 2015; G. BIZIOLI, *L'incostituzionalità della Robin Hood tax fra discriminazione qualitativa dei redditi ed equilibrio di bilancio*, in *Rass. Trib.*, 2015; P. BORIA, *L'illegittimità costituzionale della Robin Hood tax e l'enunciazione di alcuni principi informatori del sistema di finanza pubblica* in *GT-Riv. Giur. Trib.* 2015; D. STEVENATO, "Robin Hood tax": una incostituzionalità a "futura memoria" in *Dial. Trib.* 2015; 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.*, 2015, V, pp. 1093-1105; D. CANNATA, *Imposizione straordinaria sui sovrapprofitti di guerra e definizione della nozione di 'sovraprofitto'*, in *Analisi giuridica ed economica della c.d. Robin Hood Tax*, Viterbo, 2014, p. 222; L. CARPENTIERI, *La Corte costituzionale e i tributi al tempo della crisi; l'autogoverno degli effetti delle declaratorie di incostituzionalità e la prospettazione di una incostituzionalità solo pro futuro*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, I, pp. 223 e ss.; G. MARONGIU, *Robin Hood tax: taxation without 'constitutional principles'?* in *Rass. Trib.*, 2008, V, pp. 1335 e ss.; A. MILONE, *Sovraimposta nell'imposta sul reddito delle società*, Napoli, 2012.

³² S. DE MARCO, *Riflessioni in tema di tassazione degli utili extraprofitto delle imprese energetiche*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2022, VI, pp. 2093 e ss.

regime tributario.

La pronuncia di incostituzionalità emessa trovava fondamento, anche, nell'irragionevolezza della misura straordinaria che era divenuta strutturale nel tempo;³³ il giudice di legittimità, con una pronuncia unica nel suo genere, chiari che per ritenersi applicabile doveva trattarsi di un'imposizione parametrata ad elementi oggettivi, di carattere temporaneo, coerente e congrua con la *ratio* istitutrice nel rispetto dei principi di uguaglianza e capacità contributiva.

Nel nostro ordinamento tributario la valorizzazione dei predetti principi nonché quelli di equità e solidarietà hanno dilatato la nozione di imposta, dando risalto alle funzioni promozionali e redistributive finalizzate al raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale che risulta di frequente compromessa dal funzionamento dei meccanismi di mercato³⁴ e in tale analisi sistematica ci si è interrogati sulla conformità della previsione di un contributo straordinario, quello introdotto contro il caro bollette, ai principi costituzionali di capacità contributiva, di ragionevolezza, di eguaglianza (art. 53, comma 1 e art. 3 comma 1 Costituzione) .

L'equilibrio tra l'interesse fiscale dello Stato all'ottenimento delle risorse necessarie al suo funzionamento e il diritto del contribuente a non essere assoggettato a forme di prelievo arbitrarie, eccessive o irragionevoli aderisce ai principi costituzionali di carattere sostanziale³⁵ che non possono essere posti a margine di una corretta politica fiscale.

Il disposto di cui all'art. 53 della Costituzione, secondo cui "ciascuno

³³ Meritevoli di attenzione sono le considerazioni prospettate da un punto di vista dell'evidenziazione contabile la copertura delle spese extra ordinarie prescinde dalla natura tributaria dell'entrata e le misure *on-off* impattando sui saldi di bilancio di un solo esercizio al massimo di due esercizi comportano un'esclusione dal calcolo del saldo strutturale perché incidono sul bilancio pubblico solo per pochi esercizi finanziari e quindi incapaci di produrre cambiamenti duraturi sui saldi strutturali.

³⁴ A. GIOVANARDI, *Rapporti tra imposizione fiscale e libertà individuale nell'ordinamento italiano alla luce del dibattito sulla funzione redistributiva del tributo, i diritti proprietari e la libertà di iniziativa economica*, Riv. Trim. Dir. Trib., Vol 2, 2018; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, pp. 215-247.

³⁵ E. GRANAGLIA, *L'eguaglianza nella teoria economica*, in AA.VV., *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, F. Mastromartino (a cura di), Roma, 2016, pp. 143 e ss. L' A. sostiene che nel nuovo assetto dello Stato sociale il potere tributario si deve orientare verso una configurazione dei rapporti economici e sociali all'interno della comunità adeguatamente ispirata al principio della eguaglianza sostanziale.

concorre alle pubbliche spese in ragione della propria capacità contributiva” segna la interdipendenza tra giustizia fiscale e giustizia sociale e cioè tra il prelievo tributario e le spese pubbliche sociali.

4. Il contributo straordinario sugli extra-profitti delle imprese energetiche “collocato” nel sistema tributario nazionale

Per fronteggiare la difficile crisi legata al caro energia il nostro Legislatore ha ritenuto– anche a seguito di un intervento della Commissione europea³⁶ e poi del Consiglio dell’Unione europea³⁷– di introdurre un prelievo tributario *ad hoc*³⁸ avente la finalità di incidere sugli extra-profitti³⁹ delle aziende energetiche originati dall’ aumento dei prezzi delle materie prime per effetto della guerra in

³⁶La Commissione europea nel marzo 2022 ha emanato la comunicazione COM (2022) 108 finalREPowerEU: “azione europea comune per un’energia più sicura, più sostenibile e a prezzi accessibili”. Inoltre, ha previsto misure di emergenza a favore di imprese e consumatori, tra le quali “gli Stati membri possono prendere in considerazione misure temporanee di carattere fiscali sui proventi straordinari” sugli “utili infra marginali” maturati dagli operatori del settore energetico.

³⁷ Il Consiglio dell’ Unione europea, in data 6 ottobre 2022, ha promulgato il Regolamento n. 1854, recante misure volte a mitigare i negativi effetti che la crisi energetica ha prodotto sul territorio europeo; di particolare rilevanza l’ art. 14 che statuiva “ Gli utili eccedenti generati da imprese e stabili organizzazioni dell’ Unione che svolgono attività nei settori del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione sono soggetti a un contributo di solidarietà obbligatorio, a meno che gli Stati membri non abbiano adottato misure nazionali equivalenti”.

³⁸ È stato introdotto il *Contributo straordinario contro il caro bollette*, disciplinato dall’art. 37 del c.d. Decreto Ucraina a seguire *Nuovo Contributo di solidarietà* introdotto dai commi 115 e ss. dell’art. 1 della Legge di bilancio 2023. Entrambi i contributi sono stati introdotti al fine solidaristico di reperire le risorse necessarie a finanziare le misure adottate dal Governo, a favore di famiglie e imprese, per contenere gli effetti dell’aumento dei prezzi e delle tariffe dei prodotti energetici. Si veda anche Circolare Assonime n. 8 del 30 marzo 2023.

³⁹ Nel nostro Paese anche in passato e prima dell’entrata in vigore della Costituzione erano state introdotte forme di prelievo sugli extra-profitti; anche in questi casi l’introduzione era avvenuta in momenti storici eccezionali con congiunture e/o speculative straordinarie ed il riferimento è all’ imposta di guerra introdotta nei confronti dei maggiori profitti delle imprese manifatturiere che realizzato come effetto del maggior prezzo pagato dallo Stato per ottenere le forniture belliche. La dottrina, nel tempo, più volte è intervenuta sulla sovrapposizione di fattispecie tributarie, ossia i casi in cui uno stesso presupposto è posto tutto o in parte a riferimento di tributi diversi a carico del medesimo soggetto passivo *ex multis*, P. RUSSO - G. FRANSONI - L. CASTALDI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2016; L. SALVINI, *Nomen dei tributi e capacità contributiva*, in AA.VV., *L’evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014.

Ucraina.

Nel diritto tributario una definizione di profitto e di extra-profitto non è data pertanto la si deve mutuare dalla scienza economico-finanziaria⁴⁰; ponendo da subito l'attenzione alla definizione di extra-profitto, questi altro non è che l'eccedenza sul profitto ordinario conseguenza di situazioni congiunturali in cui l'extra-profitto ha assunto la connotazione di guadagno non meritato, ossia *windfall profit* o di *excess profit* come conseguenza di circostanze fortuite ovvero condotte inique rispetto alle normali logiche competitive dello svolgimento delle attività economiche.

Analizzando le caratteristiche del contributo per il "caro bolletta"– come disciplinato dall'art. 37 del D.L. n. 21/2022, convertito in Legge n. 51/2022– il vuoto maggiore che si rileva è l'omessa indicazione del presupposto⁴¹ ossia di uno degli elementi essenziali del tributo.⁴² Tale aspetto risulta fondamentale in sede di valutazione dei profili di incostituzionalità della norma nonché della soggezione ai limiti di cui all'art. 53 della Costituzione.⁴³ Si deve inoltre considerare che in materia tributaria la riserva di legge, sebbene relativa, prevista dall'art. 23 della Costituzione in relazione alle prestazioni patrimoniali impone al legislatore di identificare gli elementi essenziali della fattispecie proprio nella legge istitutiva del tributo.

Sin dall'introduzione tale forma di tassazione è stata caratterizzata da un *excursus* normativo contrastante; ha subito delle modifiche sostanziali ai

⁴⁰ G. MORO, *Il contributo straordinario per il caro bollette: profili di legittimità costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 2022, IV, pp. 823-844.

⁴¹ Sebbene la disposizione normativa non definisce espressamente il contributo come tributo appare univoca la considerazione che abbia tale natura e nello specifico di una imposta; in specie il prelievo ha le caratteristiche di un'imposta, infatti si tratta di una prestazione patrimoniale coattiva, sancita per legge e che prescinde dalla volontà degli obbligati; i *dossier* parlamentari nelle parti in cui si riferiscono al contributo in esame lo considerano "imposta" e i soggetti tenuti al pagamento sono i soggetti passivi dell' imposta. Si veda G. Moro, *Il contributo straordinario per il caro bollette: profili di legittimità costituzionale*, *op. cit.*

⁴² R. IAIA, *Prime riflessioni sistematiche in ordine al contributo straordinario sul caro bolletta*, in *Riv. Dir. Trib.* 2022, (suppl. *on line*) il quale chiarisce, come il contributo di solidarietà non possa essere definito né come «corrispettivo sinallagmatico di una controprestazione», né «nell'alveo di un rapporto commutativo con un atto, un bene, una funzione o un servizio specifico dell'autorità nei confronti dei singoli destinatari», risultando, piuttosto, «concepito e orientato a concorrere alle spese pubbliche».

⁴³ L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000; A. FEDELE, "La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale", in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, Vol. I.

lineamenti dell'imposizione, all'ambito di individuazione dei soggetti passivi, all'arco temporale di applicabilità, dei criteri di determinazione della base imponibile sino alla necessità di dover intercettare l'extra-profitto di cui le imprese del comparto energetico avrebbero beneficiato nel lasso di tempo determinato dal disposto legislativo per effetto dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore.

Autorevole dottrina⁴⁴ intervenuta quasi nell'immediatezza dell'introduzione ha posto l'attenzione sulla concreta difficoltà di determinare la base imponibile in modo "retrospettivo" incardinando il presupposto impositivo sull'incremento rispetto al maturato dal 1° ottobre 2021 al 22 marzo 2022 (prima dell'entrata in vigore della norma istitutiva del contributo).

Proprio in questo segmento il Legislatore ha individuato l'aumento di ricchezza e quindi il maggiore indice di capacità contributiva idoneo, almeno in prima fase, a giustificare una maggiore tassazione dal carattere straordinario temporaneo.⁴⁵

Tuttavia il distinguo all'interno del profitto complessivo tra quello che per

⁴⁴ D. STEVANATO, *Extraprofiti: una tassa ingiusta, inutile e dannosa*, op. cit.; L. SALVINI, *Il contributo straordinario contro il caro bollette a carico delle imprese energetiche*, in www.fiscoitaliadellenergia.it; ancora *id.*, *Sugli extraprofiti prelievo a rischio costituzionalità*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 marzo 2022, 14, correttamente osserva che "al di là del riferimento letterale alla disciplina sostanziale e procedimentale dell'iva, si tratta piuttosto di un'imposta sul valore aggiunto tipo Irap, in quanto la base imponibile non è costituita dalle operazioni attive e operazioni passive, rilevante ai fini del contributo solo in quanto esso manifesti un incremento, nella misura e con le soglie previste dall' art. 37 (un sovraprofitto *sui generis*)".

⁴⁵La caratteristica della temporaneità del Contributo caro bollette ha fatto sì che la considerazione iniziale di tale imposta di un'analogia alla "Robin Tax" venisse accantonata; il Legislatore si è ben guardato dall' incorrere in modo grossolano nei medesimi errori commessi in passato. La Corte cost. con la sent. n. 10/2015 statui l'illegittimità differita della *Robin Hood tax*. Con l'art. 81, co. 16-18, del D.L. n. 112/2008, il legislatore aveva introdotto un'addizionale Ires per i settori petrolifero ed energetico (*Robin Hood tax*) a carico di soggetti individuati sulla scorta di parametri relativi al volume di ricavi conseguiti e al reddito imponibile dichiarato, la Consulta riscontò la violazione dei principi di ragionevolezza e capacità contributiva dettati dagli artt. 3 e 53 della Costituzione poiché l'addizionale costituiva una maggiorazione di aliquota parametrata a tutto il reddito d'impresa e non ai soli "sovra-profitto", era divenuta strutturale nonostante la sua istituzione fosse dovuta alla situazione congiunturale di crisi economica e al contemporaneo rialzo del prezzo delle materie prime e non prevedeva idonei meccanismi atti a verificare che gli operatori non traslassero gli oneri fiscali sui consumatori. Tuttavia, pur dichiarando l'illegittimità della disposizione, il Giudice delle Leggi si avvalse, in maniera inedita, del potere di modulare gli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, stabilendo che essi decorrevano dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella G.U., anziché, come avviene di norma, *ex tunc*.

l'appunto è profitto ordinario e quello che, invece, ha natura di sovraprofitto non risulta di agevole individuazione, tale difficoltà deriva dalle caratteristiche del contributo straordinario e in conseguenza di ciò scaturisce la difficoltà di comprendere dove si colloca la rispettiva capacità contributiva straordinaria.

Tali considerazioni, oltre a quelle relative alla difficoltà di un concreto distinguo tra profitto ordinario e sovraprofitto inducono a ritenere che sussista una violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 53 della Costituzione inidoneo ad assicurare che l'imposizione straordinaria colpisce il guadagno che supera la remunerazione indispensabile.⁴⁶

Di poi, il riferimento ad un'imposizione prevista a carico di contribuenti che operano esclusivamente in un particolare settore del mercato caratterizzato da anomalie generate da eventi straordinari ed imprevedibili non risulta essere d'aiuto ad esigenze di certezza nella determinazione dei parametri di riferimento tali da garantire il rispetto del principio di legalità in senso formale e sostanziale.

Sebbene il Giudice di legittimità ha ribadito in più occasioni che la Costituzione non impone una tassazione fiscale uniforme, con criteri identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposta tributaria, con diverse pronunce ha puntualizzato la necessità di ricercare nell'istituzione "un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema in formato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di uguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 della Costituzione)".⁴⁷

Ne consegue che non risulta aprioristicamente una violazione del principio della capacità contributiva e del principio di uguaglianza, tuttavia la diversificazione del regime tributario rispetto a delle aree economiche o ad una

⁴⁶Si veda D. STEVENATO, *Perché la Robin Hoodtax sui petrolieri è incostituzionale*, in *Dial. Trib.* Vol 4, 2011. Secondo l'A. non vi è una relazione univoca tra l'ammontare dei ricavi e la presenza di extra-profitti, seppur si volesse assumere che i maggiori profitti vengono fatti dalle imprese di maggiori dimensioni non esiste una relazione affidabile tra livello di ricavi e ammontare di utili.

⁴⁷ Corte cost., ord. n. 341 del 24/07/2000; in tal senso anche la sent. della Corte cost. n. 223 del 08/10/2012 in materia di adeguamento per le retribuzioni dei magistrati.

specificata categoria di contribuenti deve essere supportata da giustificazioni adeguate e ragionevoli.⁴⁸

Tutto ciò manca nelle previsioni del contributo straordinario sugli extra-profitti e la sola finalità solidaristica con funzione redistributiva non può essere considerata idonea a superare tali dimenticanze anche rispetto all'ordinamento europeo.⁴⁹

5. Il contributo sugli extra profitti energetici e la compatibilità con i principi costituzionali

La capacità contributiva ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione, cardine dell'equità, è il presupposto e il limite del potere impositivo dello Stato e al tempo stesso del dovere del contribuente di concorrere alle spese pubbliche.⁵⁰ Inserire un prelievo *una tantum* a carico di produttori, importatori e rivenditori di energia elettrica sul presupposto che questi ultimi abbiano beneficiato di extra profitti a causa dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore in astratto è da ritenersi ammissibile anche in considerazione dell'equità del tributo nella sua accezione generale.

Il prelievo fiscale differenziato a carico di taluni soggetti e per talune attività deve essere raccordato ad una *ratio* giustificatrice con un rapporto di congruità e idoneità per il raggiungimento di un fine e ciò anche in forza del principio di differenza, per il quale le inuguaglianze in termini relativi tra i membri della società sono giustificate se comprovano un beneficio, in termini assoluti, anche per i meno avvantaggiati. Il contributo a titolo di prelievo solidaristico straordinario è un istituto finalizzato sia al contenimento per le imprese e per i

⁴⁸ Si veda Corte cost., sent. n. 201 del 2014, in tema di Tassazione dei compensi corrisposti sotto forma di bonus e stock options ai dirigenti del settore finanziario.

⁴⁹ R. IAIA, *Prime riflessioni sistematiche in ordine al contributo straordinario sul caro bolletta*, op. cit., l'A. sottolinea come i principi di tutela dell'affidamento e di proporzionalità assumerebbero intenso rilievo (non solo in base agli artt. 3, comma 1 e 117, co. 1, Cost., ma anche) in forza di una loro diretta applicazione, nella prospettiva sovranazionale, che attribuisce loro rango primario nell'ordinamento dell'Unione.

⁵⁰ L. SALVINI - G. MELIS, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, 2014, Cedam.

consumatori degli effetti generati dall'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico,⁵¹ sia ad una redistribuzione del sovraprofitto.

L'equità per essere davvero tale non può proteggere solo chi ha meno, ma deve essere posta a protezione anche di chi ha di più e questo perché il prelievo si deve arrestare ad un punto tale da consentire il permanere delle disuguaglianze legittime.

Questi aspetti potrebbero dar seguito ad una valutazione positiva della previsione del contributo straordinario rispetto alla mancanza di coordinamento con altri elementi di carattere essenziale della fattispecie prevista dal Legislatore che invece induce la dottrina⁵² a nutrire forti dubbi sulla legittima operatività proprio in ossequio a quanto statuito dall' art. 53 della Costituzione e dei principi che ne sono da corollario tra cui l'equità sostanziale.

La discriminazione qualitativa⁵³ degli imponibili come previsti dovrebbe, circostanza che manca, trovare nella norma la giustificazione al fine di evitare che l'imposizione straordinaria degeneri in arbitrio legislativo.⁵⁴ La conformità al principio di capacità contributiva "straordinaria" di una discriminazione qualitativa non si rinviene nel contributo straordinario per il caro bollette e questo sia in riferimento ai criteri di determinazione della base imponibile che alla configurazione della fattispecie imponibile.

La capacità contributiva è nozione anzitutto economica che esprime un concetto al cui fondamento si pone un elemento economicamente determinato

⁵¹ Per il documento del 13 giugno *Monitoraggio dei contratti di approvvigionamento di gas naturale*, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) «ritiene opportuno che una parte del gettito derivante dai provvedimenti fiscali a carico delle aziende del settore sia destinato ai clienti finali che ne hanno sostenuto l'onere».

⁵² R. IAIA, *Prime riflessioni sistematiche in ordine al contributo straordinario sul caro bolletta*, *op. cit.*, secondo l'A. il prelievo gravita su un incremento di saldo determinato in modo grossolanamente unitario senza alcuna discriminazione qualitativa dell'imponibile ascrivibile a un incremento speculativo di prezzi e tariffe.

⁵³ Il fenomeno della discriminazione qualitativa dell'imposizione tributaria viene in rilievo ogni qualvolta si intenda per venire ad una tassazione diversa da quella che si otterrebbe con riordinare i metodi di applicazione dell'imposta, con il preciso scopo di individuare il più perfetto corretto meccanismo che possa attuare le politiche distributive e possa realizzare un'equità fiscale.

⁵⁴ Si veda Corte cost., sent. n. 28 del 2019.

e rilevante,⁵⁵ autorevole dottrina⁵⁶ ha rilevato inoltre che non vi è identità tra capacità economica e capacità contributiva, poiché quest'ultima esiste soltanto quando e nella misura in cui il contribuente è in grado di attingere alla propria ricchezza per concorrere alle spese pubbliche così come nella valutazione del rapporto tra capacità economica e capacità contributiva il legislatore deve tener conto degli altri valori espressi nella Costituzione operando un continuo bilanciamento di interessi basato su criteri di uguaglianza, razionalità e coerenza.

I principi di giustizia sociale devono essere equilibrati rispetto ai diritti patrimoniali individuali al fine di ridurre le distorsioni del sistema e una forma di fiscalità promozionale⁵⁷ utilizzando il contributo straordinario anch'esso come strumento di fiscalità energetica con altri interventi tesi ad assicurare l'equità quali possono essere agevolazioni, sussidi, riduzione delle accise ben potrebbe agevolare il percorso di una corretta distribuzione.

Al legislatore, in materia tributaria, è concesso l'utilizzo della sua discrezionalità nella determinazione di un tributo a regime differenziato e i vincoli che incontra sono da rinvenire nell'uso ragionevole del potere impositivo;⁵⁸ è necessario che vi sia una giustificazione obiettiva per spiegare l'introduzione di un tributo anche di carattere straordinario.

La mancanza di compatibilità tra il contributo straordinario e la capacità contributiva è emersa rispetto alle previsioni legislative nazionali ma anche

⁵⁵ A. GIOVANNINI, *Equità impositiva e progressività*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015, V, p. 679.

⁵⁶ P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2004, II-III, p. 261.

⁵⁷ Su questi temi può vedersi A.F. URICCHIO - G. SELICATO - M. AULENTA (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015; nonché G. SELICATO, *Fisco e ambiente: strumenti per un Governo sostenibile del territorio. Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2004, II, pp. 399 e ss.

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 262 del 2020. I Giudici delle leggi al riguardo hanno ribadito: «il sistema tributario deve rimanere saldamente ancorato al complesso dei principi e dei relativi bilanciamenti che la Costituzione prevede e consente, tra cui, appunto, il rispetto del principio della capacità contributiva (art. 53). Sicché quando il legislatore disattende tali condizioni, si allontana dalle altissime ragioni di civiltà giuridica che fondano il dovere tributario: in queste ipotesi si determina un'alterazione del rapporto tributario, con gravi conseguenze in termini di disorientamento non solo dello stesso sviluppo dell'ordinamento, ma anche del relativo contesto sociale anche a fronte di una temporaneità dell'imposizione... che potrebbe comunque risultare disarticolata dai principi costituzionali».

unionali, un dettato univoco da parte dell'Unione europea per tale imposta sugli extra-profitti avrebbe potuto determinare, anche nel breve periodo, dei risultati positivi sia in riferimento al gettito sia in riferimento alla distribuzione a coloro che si ritrovano in condizioni di oggettiva difficoltà.⁵⁹

Incanalare i profitti inattesi, con provvedimenti incisivi, verso le famiglie considerate vulnerabili sarebbe stata una condizione imprescindibile nelle moderne democrazie, per realizzare, un sistema economico e fiscale in grado di funzionare in modo efficiente ed efficace nei singoli Paesi e nell'intera Area euro.

6. Considerazioni finali

Alla luce delle riflessioni trattate e degli interventi recenti che lasciano spazio a risvolti futuri di ogni ripercussione bisogna prendere consapevolezza che la struttura del contributo come articolata è in contrasto con la *ratio* della norma comunitaria e non coerente con i principi di giusta imposizione, ragionevolezza, proporzionalità e congruità dei mezzi, tuttavia la propensione verso una redistribuzione efficace del gettito fiscale passa attraverso dispositivi istituzionali idonei a disciplinare strumenti durevoli nella lotta in favore di coloro che si ritrovano in situazioni economiche precarie anche in considerazione della circostanza che il buon funzionamento di ogni democrazia ed ogni economia è strettamente dipendente dalla riduzione del numero di coloro che versano in condizioni precarie costituendone fattore irrinunciabile del progresso sociale.

L'ultimo mezzo secolo è stato un periodo di cambiamenti sostanziali nella politica fiscale, l'esigenza di adeguamento al nuovo passa attraverso lo Stato ed il suo potere impositivo; preconizzare una concezione di capacità contributiva in forma diversa, connessa a forme di responsabilità utilizzando i tributi in chiave di uguaglianza rispetto alla collettività potrebbe rappresentare lo strumento di lettura per ridurre le disuguaglianze attraverso il collante politico e sociale di un'equa distribuzione.

Bisogna sperimentare nuovi modelli di prelievo attraverso una riforma dei

⁵⁹ C. FONTANA, *La tassazione dei sovraprofitto delle imprese energetiche tra indirizzi europei, prospettive di riforma e persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2022, III, pp. 165 e ss.

sistemi tributari considerando criteri indicatori di capacità contributiva il benessere degli individui misurato sulla base di parametri monetari effettivi e non monetari.⁶⁰

A parere di chi scrive– confortato dagli interventi giurisprudenziali recenti– le ragioni di urgenza che hanno indotto ad istruire la nuova disciplina non hanno permesso il necessario approfondimento di questioni giuridiche di rilevante entità sottese alla previsione impositiva *sic et simpliciter* nonché quelle relative alla transizione energetica già da tempo perseguita anche dall'Unione europea.

Il legislatore italiano anziché adottare una misura contributiva di solidarietà a carico dello specifico settore ha ritenuto di adottare una misura “pseudo-equivalente”, estendendo illegittimamente la platea dei soggetti passivi, ricomprendendovi imprese appartenenti a settori differenti. Ciò ha vanificato la finalità della previsione regolamentare, rispondente a criteri di armonizzazione peculiari della disciplina unionale ed ha posto in essere una palese contraddizione tra definizione della base imponibile e finalità solidaristico-redistributiva perseguita dal contributo in ordine al fatto che quest'ultimo viene calcolato anche su una quota di profitti discendenti da attività estranee a quelle normativamente indicate e prive di collegamento con il presupposto del tributo.

Gli aspetti, ulteriori, che lasciano spazio a numerose perplessità riguardano l'inserimento, tra l'altro, delle accise nella base imponibile del nuovo prelievo generando un'ipotetica violazione del divieto di applicazione di imposta su imposta con conseguente violazione delle previsioni di cui agli artt. 3 e 53 della Costituzione.⁶¹

Il Legislatore dovrebbe ipotizzare modelli di prelievo in un'ottica funzionale

⁶⁰ F. GALLO, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, in *Politiche sociali*, II, 2014, pp. 221 e ss., «non ci sono delle ragioni, nella scelta dei fatti imponibili, che limitino il legislatore al solo ambito di fatti e situazioni di carattere monetario. L'esistenza di altre ricchezze che non si esauriscono nel mercato economico ma interessano il singolo individuo, l'intera società, l'ambiente, l'identità culturale e religiosa, i rapporti tra i generi possono essere considerate situazioni o posizioni di vantaggio economicamente valutabili». L'A. suggeriva, ancora, di ripensare, soprattutto sul piano etico, la missione dello Stato: «se ci sono disuguaglianze endemiche, la loro riduzione deve essere al primo posto tra gli obiettivi etici che lo Stato deve perseguire nel rispetto dei diritti fondamentali dei suoi cittadini sanciti dalla Costituzione».

⁶¹ A.F. URICCHIO - P. MANNO, *Le emergenze energetiche tra crisi geopolitica e questione ambientale*, Soviera Manelli, 2023.

ricercando disposizioni di natura esonerativa nei confronti dei settori che operano nel campo delle energie rinnovabili necessarie non solo per la transizione ecologica ma anche per il benessere sociale con particolare riguardo a politiche fiscali tese a contenere i prezzi così da ridurre le disuguaglianze.