



Giovedì 27/11/2014

Affitto d'azienda e responsabilità penale del commercialista: come tutelarsi?

A cura di: Dott. Attilio Romano

A forte rischio la concessione in godimento del core business aziendale in una situazione di crisi.

Suggerire e pianificare un affitto d'azienda quando la società concedente versa in una situazione pre-fallimentare potrebbe essere configurata, a determinate condizioni, una fattispecie con chiare finalità distrattive e, come tale, perseguibile in ambito penale.

Riferimenti del codice civile

Tra i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda, ai sensi degli artt. 2556 e ss. c.c., la prassi quotidiana registra nel corso degli ultimi anni un esponenziale ricorso alla cessione ed all'affitto del complesso aziendale.

Il trasferimento o l'affitto dell'azienda devono avere per oggetto un compendio di beni funzionalmente strutturato ed in grado di consentire l'esercizio e la prosecuzione dell'impresa.

In sostanza, si ha trasferimento d'azienda ogni volta che venga ceduto (o concesso in affitto) un insieme di elementi costituenti un complesso organico e funzionalmente adeguato a conseguire lo scopo in vista del quale è stato posto in essere. E' necessario e sufficiente che sia stata ceduta (o concessa in affitto) un'entità economica ancora esistente, la cui gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare con le stesse o analoghe attività economiche.

Distrazione dei beni a danno dei creditori: il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale

Nell'operazione straordinaria di affitto d'azienda non si realizza il trasferimento del complesso aziendale ma unicamente la concessione in godimento previa la corresponsione di un canone periodico a favore dell'affittante.

Normalmente il contratto di affitto d'azienda consente la continuazione dell'attività ed il mantenimento dei valori aziendali. Tuttavia, un uso distorto del contratto di affitto di azienda può produrre effetti particolarmente gravi in sede penale integrando a determinate condizioni, il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216, L.F.).

In giurisprudenza si è consolidato l'orientamento secondo cui il distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito (con conseguente depauperamento in danno dei creditori) in cui si concreta l'elemento oggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, può realizzarsi in qualsiasi forma e modalità (1).

L'affitto di beni aziendali è stato considerato avente finalità distrattive quando:

- sono stati stabiliti canoni incongrui, ovvero privi di effettiva e/o adeguata contropartita con la sola finalità di avvantaggiare i soci e penalizzare i creditori (Corte di Cassazione, n. 49472 del 9/12/2013; Corte di Cassazione, n. 27207 del 20/06/2013; Corte di Cassazione, n. 44891 del 9/10/2008);

- l'operazione si è concretizzata tra enti giuridici riconducibili al solo fine di mantenere la disponibilità materiale del bene al titolare della società fallenda o di altro soggetto giuridico (Corte di Cassazione, n. 49642 del 28/12/2009; Corte di Cassazione, n. 46508 del 17/12/2008);

- la società affittante, non più operativa, risultava gravata da consistenti posizioni debitorie, successivamente alla stipula del contratto di affitto, veniva posta in liquidazione volontaria.



Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte

Nell'ipotesi di compimento di operazioni straordinarie esiste anche il fondato pericolo che l'Amministrazione finanziaria possa ipotizzare, al verificarsi di specifiche circostanze, la sussistenza dei presupposti della condotta penalmente prevista dall'art. 11, D.lgs. 10/03/2000, n. 74, dettato in materia di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte.

Tale norma punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva. Se l'ammontare delle imposte, sanzioni ed interessi è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni.

In termini più chiari, se l'atto di affitto d'azienda viene perfezionato:

- simulando la presenza di una (effettiva) azienda;
- tra la società che trasferisce o concede in affitto gravate da rilevanti debiti tributari ed un'altra entità giuridica, magari riconducibile alla prima;
- l'intera fattispecie potrebbe essere ricondotta ad una tipica fattispecie tendente al fittizio depauperamento del patrimonio del contribuente debitore verso l'erario e finalizzata a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva da parte dell'erario nei confronti del cedente o dell'affittante integrando così fattispecie di reato "di pericolo" ex art. 11 del D.lgs. 10.03.2000, n. 74/2000.

La posizione del commercialista

La gravità dell'azione del professionista ed il relativo giudizio di pericolosità sono ancorati alle competenze professionali che consentono di "... di coordinare a livello di regia ..." le operazioni definite illecite intraprese dalla compagine sociale (Corte di Cassazione, Penale, sentenza depositata il 5 giugno 2014).

In sostanza, la responsabilità del commercialista appare evidente qualora, consapevole degli intendimenti distrattivi dell'imprenditore, fornisca direttive sulle modalità di esecuzione del disegno criminoso (Corte di Cassazione, n. 10742 del 10/03/2008).

Tuttavia, la stipula di un contratto di affitto:

- a) tra due società che adempiono agli obblighi fiscali nel rispetto della normativa vigente,
- b) ove vengano dettagliate le pattuizioni contrattuali,
- c) in cui è individuato un canone di locazione congruo rispetto ai beni concessi in godimento; difficilmente potrà indurre coloro che valuteranno l'operazione a configurare stratagemmi artificiosi tendenti a sottrarre, in tutto o in parte, le garanzie patrimoniali della società concedente nei confronti dei creditori (Erario, Istituti di credito, personale, fornitori, eccetera).

Come opportunamente osservato dalla stampa specializzata (2) "...se è lecito aiutare ed assistere il cliente, ciò deve avvenire nei limiti della legalità e nel rispetto della deontologia professionale, apparendo del tutto autolesionista correre rischi penali ..."

Note:

1. M. BETTINI, Affitto d'azienda e procedure concorsuali, www.forumprocedure.it
2. M. TOZZI, Il ruolo del professionista nell'affitto d'azienda: le conseguenze penali; Euroconference News 1.11.2014



Dott. Attilio Romano