

STUDIO LEGALE

MILANO 20129

P.zza Cinque Giornate n. 3
Tel: (39) 02 54100378 – 5466066
Fax: (39) 02 5468576

TASCA



ROMA 00187

Via XX Settembre n.26
Tel: (39) 06 42016234 - 42391396
Fax: (39) 06 42391396

* * * * *

info@studiolegaletasca.com

Avv. GAETANO TASCA
Cassazionista

Avv. GIOVANNA NICOTRA
Cassazionista

Avv. SILVIA BABINI

Avv. CAROLINA CENACCHI

Avv. CORRADO DI MATTINA

Avv. GIANCARLO GRECO

Avv. VIRGINIA GROSSI

Avv. OMAR PANZA

Avv. CLARA PASINA

Avv. LUCA PERRONE

Avv. ANDREA PISTONE DAL VERME

Avv. MASSIMILIANO RUSSO

Avv. ANNA TARUFFO

Avv. ADRIANO TOLOMEO

Avv. DONATO VALENTE

Avv. ANTONIO ARENA

Dott.ssa MORENA RUIU

Dott.ssa ALESSANDRA CAPUTO

Milano, 11.10.2011

Spettabile

Comunicazione via e mail

Oggetto

- parere

La società _____ ci chiede di formulare un motivato parere che metta in luce eventuali aspetti critici connessi con l'interruzione del rapporto di collaborazione commerciale in essere da circa 4 anni tra la medesima e la società _____

* * *

Le parti sottoscrivevano in data 23 aprile 2007 un contratto di appalto di servizi al fine

di sviluppare la commercializzazione, nel mercato italiano, di prodotti farmaceutici. Tuttavia, in via preliminare va evidenziato come il presente parere non possa esprimere approfondite valutazioni in merito alla natura ed efficacia delle clausole contrattuali in essere tra le parti e di cui al citato rapporto di appalto, in quanto non ci viene fornita la versione effettivamente sottoscritta fra le parti, del contratto medesimo.

Nonostante diversi solleciti, inviati ad _____ anche dallo Studio scrivente, a mezzo di comunicazione fax, l'ultimo testo contrattuale che impegna internamente le due companies non è stato reso disponibile.

Il rapporto, per quanto illustrato da _____ e così come si desume dalle bozze contrattuali in nostro possesso, aveva ad oggetto lo svolgimento da parte della società italiana di un ruolo di planning e pianificazione della produzione nonché la gestione dell'attività di commercializzazione dei prodotti farmaceutici oggetto di contratto - utilizzando il modello di consignment stock - da svolgersi sul territorio italiano.

Come si avrà modo di evidenziare ampiamente nel prosieguo del presente parere, _____ risulta titolare delle _____ - autorizzazioni alla produzione e commercializzazione di farmaci - rilasciate dal Ministero della Salute, con riferimento ai prodotti commercializzati in Italia.

Per tali motivi e data l'impostazione che le parti hanno voluto dare ai rapporti contrattuali, la società italiana - approssimativamente costituita nel momento in cui si è incardinato il rapporto tra le parti - gestiva contatti con le società produttrici dei vari farmaci ERITROCINA™, MECLODERM™ ed EUROCAL™ (nello specifico, ordini e gestione di bollini ottici, controllo degli artwork o anteprima di stampa,) e si occupava di tutta l'attività connessa alla commercializzazione del prodotto (la vendita veniva effettuata dal distributore _____ - svolgendo di fatto ruolo di concessionario per la vendita di _____).

_____ ha invece imposto che i pagamenti ed i flussi finanziari fossero indirizzati direttamente in UK; tale dinamica adottata potrebbe essere intesa come prova dello schema illecito della stabile organizzazione (di cui nel prosieguo del parere verrà argomentato sul punto), teso a garantirsi illecito risparmio fiscale e a porre in essere un abuso del diritto in materia tributaria (Cfr. *Cass. n. 10838 del 12.05.2011*).

_____ svolgeva, in completa autonomia, scelte connesse alle strategie di mercato quali l'individuazione dei volumi di produzione ed il pricing, promuovendo iniziative

marketing, ecc..

Altro fondamentale aspetto dell'attività svolta da _____ è costituito - data la titolarità delle _____ in capo a quest'ultima – dall'intrattenere personalmente e direttamente le relazioni ed i contatti con le autorità sanitarie del territorio Italiano, e di occuparsi di tutta la funzione regolatoria, essendo, per queste, l'unico destinatario della relazione pubblicitaria.

Non di meno, _____ si relazionava infine con i distributori del prodotto curando la fase finale di approdo in commercio del farmaco.

Tale attività svolta con rilevanti risultati nel corso degli ultimi 4 anni, viene bruscamente interrotta e senza alcun preavviso, con una comunicazione inviata in data 29 marzo 2011 da _____.

Tuttavia, va evidenziato, sin da ora, come _____ sottoponga ad _____ – contestualmente alla comunicazione del recesso - varie bozze di nuovi accordi di servizio, da sottoscrivere tra le parti, con durata semestrale (1 luglio- 31 Dicembre 2011) ed aventi ad oggetto la medesima attività commerciale tra le parti, ciò avviene con incalzare costante e finì al 6 ottobre 2011.

Va segnalato come _____ condizioni, sin da subito, la sottoscrizione del nuovo rapporto contrattuale di servizio, alla cessione in suo favore delle _____ da parte di _____.

Stabile organizzazione.

In via preliminare appare fondamentale, a parere di chi scrive, analizzare la natura e le modalità di esecuzione del rapporto giuridico incardinato tra le parti, sotto il profilo fiscale e tributario, ciò al fine di verificare se _____ possa essere ritenuta “stabile organizzazione” di _____.

La disamina di cosa debba intendersi per “stabile organizzazione” risente fortemente della particolare costruzione del sistema tributario italiano. In primo luogo si deve ricordare come la “stabile organizzazione” costituisca ai fini tributari il presupposto necessario affinché uno Stato possa assoggettare a tassazione il reddito d'impresa prodotto da un soggetto fiscalmente non residente.

In particolare, si dovrà sempre tener presente la dicotomia imposte dirette / imposte indirette che determina la presenza di una definizione valevole ad esempio ai fini IRPEG/IRAP e di una parzialmente diversa ai fini dell'IVA.

Ai fini delle imposte dirette

L'art. 162 del D.P.R. 22 Dicembre 1986, N. 917 (d'ora in avanti per brevità anche TUIR) definisce il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette.

Il citato articolo, difatti, specifica che “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, l'espressione ‘stabile organizzazione’ designa **una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato**”.

Dunque, in prima analisi, si può affermare che una stabile organizzazione possa essere individuata tutte le volte che l'impresa estera eserciti la propria attività nel territorio dello Stato attraverso un centro e/o un'entità che abbia un legame forte e duraturo con il territorio medesimo.

In particolare, ai sensi dell'art. 162, comma 2, del TUIR, *“l'espressione ‘stabile organizzazione’ comprende:*

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina;

e) un laboratorio;

f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali”.

Dunque, la norma individua una definizione di carattere generale e singole ipotesi in cui si possa ravvisare la sussistenza di una stabile organizzazione, con un'elencazione che, tuttavia, non è tassativa. Per tale motivo la prassi ministeriale e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sull'esatta individuazione delle singole fattispecie costituenti “stabile organizzazione”, arrivando a isolarne una nozione (ai fini delle imposte dirette) sufficientemente specifica ed univoca.

Difatti, si può affermare che la stabile organizzazione sia identificabile in qualunque

soggetto, che abbia autonomia amministrativa e gestionale o meno, attraverso il quale un " Ente" estero eserciti la propria impresa sul territorio dello Stato, con un'attività che non deve essere definita ausiliaria.

Ugualmente, sempre ai fini dell'imposizione diretta, non si può dimenticare che si deve anche considerare quanto stabilito dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, le quali (soprattutto se adottate sulla base del commentario OCSE) riportano una nozione di stabile organizzazione.

Ad esempio la Convenzione contro le doppie imposizioni Italia – Regno Unito del 21 ottobre 1988, ratificata con legge n. 329 del 1990), all'art. 5, prevede che

“1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari in cui un'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività”.

E così con la medesima tecnica utilizzata dal nostro legislatore vengono individuate alcune fattispecie nelle quali si presume la sussistenza della 'stabile organizzazione', tanto in particolare, qualora l'impresa estera abbia in Italia:

- “a) una sede di direzione;*
- b) una succursale;*
- c) un ufficio;*
- d) una officina;*
- e) un laboratorio;*
- f) una miniera, un pozzo di petrolio o di gas, una cava o ogni altro luogo di estrazione o di sfruttamento di risorse naturali;*
- g) un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi”¹.*

¹ Il medesimo articolo 5 specifica anche che
“3. Non si considera che vi sia una "stabile organizzazione" se:
a) si fa uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di merci appartenenti all'impresa;
b) le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
c) le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;
e) una sede fissa di affari è utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario.

Pertanto, nel corso degli anni la giurisprudenza di legittimità, come anche sopra ricordato, ha evidenziato un'ampia casistica di fattispecie nelle quali si è rinvenuta la sussistenza di una stabile organizzazione.

Tra i tanti esempi che si possono citare il famoso caso “*Philip Morris*” (sentenza n. 7682/2002 della Corte di Cassazione), nel quale è stata riconosciuta la sussistenza di una stabile organizzazione nell'ipotesi in cui la società italiana svolga attività di controllo sull'esatta esecuzione di un contratto tra i soggetti residenti e la società estera alla quale è legata (da un rapporto di controllo/collegamento o anche contrattuale).

Altresì, la presenza di una stabile organizzazione è stata rinvenuta qualora in Italia vi era:

una sede di direzione

una succursale

un laboratorio o un'officina

un ufficio attraverso il quale l'impresa estera cede ai terzi i propri prodotti

un soggetto che abbia il potere di concludere contratti in nome e per conto dell'impresa estera.

Più in generale, quindi la casistica giurisprudenziale sopra esplicitata fa riferimento all'ipotesi nella quale l'impresa estera svolge un'attività economica a favore di terzi e comunque **non a carattere ausiliario** attraverso la sede d'affari nel territorio dello Stato.

Ai fini delle imposte indirette – IVA

Come sopra già ricordato, almeno sino alle più recenti modifiche del sistema dell'imposizione indiretta apportate nel 2011, la definizione di “stabile organizzazione”

4. Una persona che agisce in uno Stato contraente per conto di una impresa dell'altro Stato contraente - diversa da un agente che goda di uno status indipendente, di cui al paragrafo 5 del presente articolo - è considerata "stabile organizzazione" nel primo Stato se essa ha ed abitualmente esercita in detto Stato il potere di concludere contratti a nome dell'impresa, salvo il caso in cui la sua attività sia limitata all'acquisto di merci per l'impresa.

5. Non si considera che un'impresa di uno Stato contraente ha una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

6. Il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra”.

ai fini delle imposte dirette non coincideva esattamente con quella valevole ai fini IVA, dovendosi far riferimento a categorie concettuali diverse e ad un diverso fondamento giuridico.

Un primo richiamo alla “stabile organizzazione” può essere rinvenuto nell’art. 7 del D.P.R. 633/1972, il quale – pur non definendone il concetto - fa riferimento alla “stabile organizzazione” (richiamato poi negli artt. 17, 21, 38-ter e 40) per identificare i soggetti passivi IVA.

L’individuazione di una definizione della stabile organizzazione ai fini IVA, tuttavia, non può prescindere dalla considerazione che l’IVA è un’imposta armonizzata e, pertanto, esistono regole comuni dettate a livello europeo. La normativa italiana, quindi, ricalca e recepisce il concetto di stabile organizzazione (o in alcune meno recenti direttive europee il concetto di centro di attività stabile) così come dettate – da ultimo – dal regolamento 282/2011 del Consiglio dell’Unione Europea del 15 marzo 2011.

Si deve, tuttavia ricordare come sino all’emanazione del regolamento ultimo citato non esistesse in ambito comunitario una definizione della stabile organizzazione, poiché l’art. 9 della VI direttiva comunitaria n. 388/77 non richiama il concetto di SO, ma faceva riferimento al “centro di attività stabile”, affermando che *“affinché un centro di attività possa essere qualificato come stabile, è necessario che presenti un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, a rendere possibili in modo autonomo le prestazioni di servizio considerate”*.

L’art. 11 del sopracitato regolamento, invece, detta una nozione ben precisa di “stabile organizzazione”, stabilendo stabilisce che *“la stabile organizzazione designa qualsiasi organizzazione [...] caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura di mezzi umani e tecnici atti a consentirle di ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione”*.

La stabile organizzazione – il caso di specie

Dunque, ricalcando quanto affermato dalla Corte di Cassazione in alcune sentenze, e con particolare attenzione al caso di specie, si deve ritenere che una società con sede in Italia può assumere il ruolo di stabile organizzazione quando si possibile ravvisare l’affidamento, ad una struttura nazionale, della funzione delle operazioni d’affari

(management) da parte di società non avente sede in Italia, anche se riguardante una certa area di operazioni. Ma così anche la partecipazione di rappresentanti di una struttura nazionale durante la fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa estera, anche al di fuori del potere di rappresentanza e pertanto è indice della presenza di una stabile organizzazione.

D'altra parte come affermato anche da **recentissima giurisprudenza**² *“la stabile organizzazione nel territorio dello Stato, la cui nozione non è incompatibile con il concetto di personalità giuridica (della quale essa stessa può essere munita) costituisce autonomo centro d'imputazione di rapporti tributari riferibili a soggetto non residente, [...] riconoscendosi soggettività fiscale di diritto interno in relazione ai rapporti inerenti al soggetto non residente in materia di Iva come per le imposte dirette”*.

Nel caso di specie la società _____ ha svolto per conto di _____ attività di rappresentanza legale in Italia e assunzione di licenze _____, come da contratto in data 23 aprile 2007.

Proprio analizzando le prestazioni contrattualmente previste si può ritenere che _____ abbia problematicamente rappresentato la stabile organizzazione in Italia di _____ poiché la prima ha svolto principalmente attività di partecipazione alla conclusione di contratti in nome e per conto della società estera e funzione di iterposizione soggettiva verso gli Enti pubblici e Ministeriali italiani.

Proprio sulla considerazione di quanto sin d'ora esposto si deve ritenere che l'Amministrazione finanziaria possa contestare ad _____ di essere la stabile organizzazione di _____ [in Italia.

La conseguenza geometrica di tale assunto è l'estensione di responsabilità al committente italiano.

In tema di IVA la Cassazione, con le sentenze n. 3368/2002 e n. 10925/2002, ha ritenuto responsabile la SO (o meglio il CAS) in Italia per le violazioni commesse da prestatore italiano per servizi resi alla società madre tedesca. Ora, poiché il committente (società tedesca) era in quel caso un soggetto non residente “identificato” in Italia a

mezzo di una propria SO, la responsabilità per le violazioni commesse dal prestatore di servizi italiano venne estesa alla SO in Italia.

Infine, si ricorda che con la recente sentenza n.16106 del **22 luglio 2011**, la Corte di Cassazione ha stabilito che *“l'accertamento condotto dall'Agenzia delle Entrate sul reddito d'impresa, prodotto nel territorio dello Stato da società non residente tramite stabile organizzazione, deve essere svolto nei confronti di quest'ultima e non nei diretti confronti della società non residente. D'altro canto, nell'ipotesi in cui la stabile organizzazione del soggetto non residente è rappresentata da società munita di personalità giuridica, il criterio trova ulteriore conforto nel rilievo che in tal caso, l'accertamento non può che risolversi nella rettifica della dichiarazione di detto soggetto (ancorché per la parte afferente al reddito del soggetto non residente di cui costituisce stabile organizzazione)”*.

Pertanto, si deve concludere ritenendo che l'Amministrazione finanziaria italiana ben potrebbe – dovendosi riconoscere la sussistenza in capo a . . . la stabile organizzazione di . . . – contestare eventuali illeciti tributari direttamente in capo ad . . .

ABUSO DEL DIRITTO

Pare inoltre allo scrivente legal advisor che in questo caso ricorrano altre anomalie ed illegittimità del rapporto, in particolare quelle intervenute nella fase di presunta termination del vincolo contrattuale.

Nel mese di aprile 2011 . . . inviava lettera di recesso dal contratto sottoscritto in data 23 aprile 2007, nella quale comunicava che, dal 30 Giugno 2011 (3 months notice) il contratto si sarebbe considerato risolto di diritto. Tuttavia, contestualmente all'invio della suddetta comunicazione . . . contrattava con la medesima . . . la rinegoziazione del contratto di appalto di servizi per il quale aveva appena esercitato il diritto di recesso.

Tale comportamento di . . . è, tuttavia, in contrasto con i canoni di buona fede, dovendosi configurare un'ipotesi di abuso del diritto. Difatti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione analizzando una fattispecie molto simile a quella oggetto del presente scritto ha ritenuto illegittimo l'esercizio del diritto di recesso contrattualmente

stabilito, qualora sia strumentale alla negoziazione di nuove condizioni più sfavorevoli per la parte contrattualmente meno forte.

La Suprema Corte, in alcune recenti sentenze, ha affermato il principio secondo cui l'esercizio del potere contrattuale (di recesso), riconosciuto dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza - alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto. L'abuso del diritto non presuppone, infatti, una violazione in senso formale, ma si configura, al contrario, ogni qual volta il titolare di un diritto soggettivo, potendo esercitare le facoltà connesse a tale situazione giuridica secondo modalità non rigidamente predeterminate, scelga di esercitarlo in maniera alterata dallo schema formale ad esso riconducibile, ossia finalizzando il suo esercizio al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli delineati dal legislatore. L'ammissibilità del controllo sulla ragionevolezza del contratto da parte del giudice si estende, dunque, anche all'esercizio del diritto di recesso.

L'esercizio di una clausola che riconosca ad un contraente la facoltà di recedere *ad nutum* dal contratto deve, quindi, avvenire nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza ed, in questa ottica, in ipotesi di eventuale, provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale.

Non si può, infine, dimenticare che le decisioni della Corte di Cassazione italiana trovano il loro fondamento logico-giuridico storico in una posizione giurisprudenziale sviscerata in ambito comunitario, nel quale l'abuso del diritto ha assunto un ruolo preminente.

Difatti, in senso conforme a quanto affermato dai giudici italiani si possono citare, a mero titolo esemplificativo, le sentenze Halifax del 21 febbraio 2006 (C-255/02), Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006 (C-196/04), Emland-Starke del 14 dicembre 2000 (C-110/99).

Dunque, sebbene il contratto datata 23 aprile 2007 sia sottoposto alla legge inglese (

sempre che anche tale clausola non venga ritenuta nulla perchè costruita per eludere le conseguenze della stabile organizzazione) si può affermare che l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione italiana ben si attagli alla fattispecie esaminata e che le conclusioni cui giungono i giudici italiani siano le medesime cui giungerebbero i giudici inglesi, anche in applicazione dei principi comunitari cristallizzati dall'art. 54 del Trattato di Nizza del 11 dicembre 2000.

Difatti, tale norme, come riconosciuto, sancisce una clausola generale antiabuso che – poiché contenuta nel Trattato di Nizza, assume una valenza ed un carattere cogente a livello europeo.

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte nel suo complesso, anche con riferimento alla Stabile Organizzazione, si può legittimamente ritenere che la condotta abusiva assunta da _____ costituisca uno strumento idoneo per la società inglese, atto a permettere di sottrarsi alle proprie responsabilità ed alle conseguenze di natura fiscale così come evidenziate, effetti che una gestione del rapporto così congegnata porta inevitabilmente con se.

Invero, la libertà di iniziativa economica rappresenta un principio costituzionalmente garantito nell'ordinamento italiano; tuttavia _____ avrebbe evidentemente dovuto acquisire lo status di contribuente soggetto all'imposizione tributaria dello stato italiano nel quale genera reddito. Viceversa, adottando schemi contrattuali diversi ha ottenuto l'effetto di sviare il profitto fuori dal territorio in cui il medesimo è stato prodotto, abusando così del diritto di iniziativa economica ora citato, e del diritto al lecito risparmio fiscale.

La comunicazione di recesso dal contratto di appalto di servizi difatti non mira ad interrompere definitivamente il rapporto di servizio in essere tra le due società, ma tende ad una rinegoziazione - a condizioni evidentemente più favorevoli per la società del _____ - ciò previa cessione in favore di quest'ultima delle autorizzazioni ministeriali alla produzione e commercializzazione dei farmaci, ed a lascia re le gravi conseguenze della costruzione *corporate* in capo a _____.

E' di tutta evidenza come tale condotta possa interpretarsi da parte dell'autorità giudiziaria, come la parte culminante di un illecito disegno iniziale, che sfrutta i vantaggi dell'utilizzo di una struttura stabilmente organizzata sul territorio italiano, senza assumersi oneri e relativi rischi finanziari e fiscali.

SULLA RICHIESTA DI CESSIONE DELLE

Come già ampiamente evidenziato nella ricostruzione delle circostanze di fatto che hanno connaturato i rapporti commerciali tra le parti, Amdipharm allo stato sosterebbe di avere il diritto ad una cessione in suo favore delle [redacted] la cui titolarità ad oggi è riconducibile giuridicamente soltanto ac' [redacted].

Si ribadisce in tal senso come in assenza del dato contrattuale operante tra le parti, non sia possibile, all' advisor scrivente, svolgere un'analisi compiuta in merito alla validità ed efficacia di una clausola che preveda l'obbligo di cessione di tali autorizzazioni in favore della società del Jersey.

Tuttavia appare comunque fondamentale svolgere alcune brevi considerazioni in ordine alle conseguenze che una cessione di tali [redacted] potrebbe causare con riferimento alla vita societaria ed alle responsabilità degli amministratori.

Dall'analisi bilancistica della società che ci richiede il parere, *Le* autorizzazioni ministeriali di [redacted], appaiono come i beni di valore più rilevante appostati nei bilanci societari – quali immobilizzazioni immateriali – e ciò a prescindere dalla reale (o meno) valorizzazione effettuata in sede di approvazione dei bilanci medesimi.

E' fuori da ogni dubbio che le [redacted] siano gli unici *assets* patrimoniali detenuti dalla società italiana e possano rappresentare elementi per la soddisfazione dei creditori – e fra essi va incluso eventualmente anche il fisco - nell'ipotesi di escussione di [redacted].

Tali considerazioni generano un vero e proprio affidamento in favore dei terzi (eventuali creditori di [redacted]) che possono ad oggi contare su una patrimonializzazione dell'azienda capace di una produttività come quella generatasi nel corso del rapporto con [redacted].

Gli operatori del mercato, terzi, vanno evidentemente inquadrati anche come possibili creditori sociali alla luce della posizione assunta da [redacted] nel corso della gestione del rapporto. Come ampiamente argomentato nel paragrafo sulla stabile organizzazione, l'amministrazione finanziaria italiana, innanzitutto, potrebbe legittimamente avanzare pretese di notevoli entità nei confronti di [redacted] - stabile organizzazione sul territorio italiano, con riferimento al soggetto estero - considerato che Amdipharm si è fatta pagare il prezzo delle vendite direttamente.

Ma vi è di più; nel corso degli ultimi 4 anni [redacted] ha operato nel mercato con numerosi soggetti quali clienti, collaboratori, produttori, distributori, autorità amministrative,

soggetti tutti che in forza dei rapporti incardinati, potrebbero vantare pretese – attuali e/o future - nei confronti di [redacted]

Come a voi noto ci siamo già occupati di riscontrare negativamente una prima richiesta risarcitoria avanzata da un soggetto italiano ([redacted]) operante nel mercato farmaceutico che avanza pretese anche nei confronti di [redacted] chiamandola già a responsabilità quale Stabile Organizzazione in Italia di [redacted]

Da ultimo non va dimenticato come agli occhi dei consumatori e pazienti italiani, unico responsabile in ordine alla produzione e commercializzazione dei prodotti farmaceutici gestiti sul territorio da [redacted] sia evidentemente ed esclusivamente quest'ultima.

Alla luce di tali premesse è di tutta evidenza come una cessione di tutte le [redacted] – anche qualora fosse contrattualmente esigibile da parte della società inglese – costituirebbe una condotta altamente rischiosa e non opportuna. È evidente che il contratto interno fra le due companies non può essere opposto ai terzi; in più secondo gli effetti delle norme dell'onere probatorio gli stessi soci di [redacted] potrebbero essere chiamati a dare prova contraria di essere gli occulti soci della società del Jersey.

Va poi evidenziato come qualsiasi atto di disposizione dell'intero patrimonio aziendale, a prescindere dalla forma contrattuale adottata, sarebbe suscettibile di qualificazione come atto di cessione di azienda; ciò ovviamente porterebbe con sé tutte le conseguenze previste dalla normativa codicistica italiana di cui all'art. 2560 c.c. E seguenti (*in primis*, responsabilità solidale di cedente e cessionario per i debiti aziendali).

Inoltre va evidenziato come la giurisprudenza consolidata sia molto attenta a sanzionare, anche sotto il profilo penalistico, condotte di tal fatta che producano un depauperamento aziendale, ciò a prescindere dallo strumento giuridico con il quale avviene tale svuotamento.

Si segnala in tal senso:

“ in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, il concetto di distrazione non deve essere limitato alle sole condotte di definitiva cessione di beni a terzi in previsione del fallimento ma va anche esteso a quelle condotte comunque comportanti un depauperamento concreto del patrimonio del fallito e dell'azienda.” Cfr. **Corte di appello di Caltanissetta 22.02.2007;**

“ il delitto di bancarotta per distrazione è qualificato dalla violazione del vincolo legale che limita, ex art. 2740 c.c. La libertà di disposizione dei beni dell'imprenditore che li

destina a fini diversi da quelli propri dell'azienda sottraendoli ai creditori. L'elemento oggettivo è realizzato, quindi, tutte le volte in cui vi sia un ingiustificato distacco di beni o di attività, con il conseguente depauperamento patrimoniale che si risolve in un danno per la massa dei creditori. L'ablazione è attività astrattamente legittima e lecita se mira alla finalità dell'impresa. La liceità, però è un valore che va accertata in concreto. L'elemento di differenziazione tra attività lecita ed attività illecita va individuato nella misura gratuita o onerosa della cessione, di guisa che nel primo caso il distacco del bene e dell'attività, senza adeguata contropartita, si risolve in una finalità aziendale e viene conservata, con l'acquisizione della controprestazione, l'integrità del patrimonio sociale.

Il rapporto sinallagmatico deve ovviamente essere integrale, effettivo e non fittizio, perchè diversamente, la bancarotta per distrazione si configura pienamente nelle ipotesi sia di apparente cessione del bene, occultato a proprio vantaggio dall'imprenditore, sia di apparente acquisizione del corrispettivo, rimasto nella propria e nell'altrui disponibilità e mai entrato nella cassa della società fallita, sia, infinem di acquisizione di un corrispettivo parziale." Cfr. Cassazione Penale Sez. V, n. 9430 del 17.05.1996

Alla luce di tutto quanto evidenziato lo Studio legale interpellato non ritiene opportuno ed anzi sconsiglia addivenire ad una cessione gratuita delle la cui titolarità è riconducibile giuridicamente solo ad e per questo non ritiene perseguibile una trattativa che, allo stato, condizioni la sottoscrizione di qualsiasi altro accordo di natura commerciale fra le due società, alla preventiva cessione in favore di delle aziendali, senza che prestino idonea garanzia e copertura dell'eventuale pregiudizio economico per tutto il periodo di accertabilità fiscale di da parte dell'amministrazione finanziaria.

* * *

Tanto dovevamo in virtù del parere richiesto.

Restiamo comunque disponibili a fornire ulteriori approfondimenti e/o integrazioni laddove fosse disponibile all'invio del testo contrattuale effettivamente sottoscritto tra le parti.

Cordiali saluti

Avv. Gaetano Tasso

