

Le “valide ragioni economiche” escludono la rilevanza distrattiva o dissipativa della cessione di beni merce dalla *bad company* alla *good company* anche se riconducibili al medesimo nucleo familiare

di **Corrado Ferriani**

Sommario. - **1.** Il caso - **2.** La pronuncia della Corte di cassazione - **3.** Riflessioni conclusive: rapporti tra *good company* e *bad company*, un pregiudizio da superare

1. Il caso.

La sentenza n. 5958 del 2024, Sezione Quinta Penale della Corte di cassazione, pronunciata in data 12 dicembre 2023 - per quanto qui di interesse - ha ad oggetto la valutazione della possibile valenza distrattiva o dissipativa di beni posta in essere attraverso la vendita da parte della società insolvente a prezzo di costo (nello specifico con un rincaro del solo 2%) in favore di una nuova società di famiglia, avente anch'essa lo stesso scopo sociale della cedente.

Nei fatti, l'amministratore di fatto di una società operativa nel settore del commercio di prodotti ittici veniva condannato in primo e secondo grado per i reati di bancarotta documentale e fraudolenta patrimoniale, per aver, da un lato, tenuto le scritture contabili in modo tale da non permettere la ricostruzione e, dall'altro, distratto o dissipato le rimanenze di magazzino, che venivano cedute ad una società costituita da due suoi figli, ad un prezzo che aveva portato nelle casse della società guadagni irrisori.

Nello specifico la distrazione/dissipazione dei beni sarebbe avvenuta tramite la cessione degli stessi dalla società del padre a quella dei figli - appena costituita ed avente il medesimo oggetto sociale - ad un prezzo di poco superiore a quello di costo (ricarico del 2%), considerato irrisorio dall'accusa e dai giudici di merito. A tali affermazioni di responsabilità i giudici di prime e seconde cure sono pervenuti principalmente ponendo in rapporto la percentuale di ricarico del 2% tra la fallita società e la newco di famiglia con quella normalmente applicata nelle transazioni commerciali negli anni intercorse con soggetti fornitori terzi che ammontava a circa il 50%. Entrambe le sentenze di condanna hanno evidenziato e confermato l'esistenza dell'intento di approfittare del passaggio di beni dalla società poi fallita ad un valore antieconomico in favore della *newco*, ritenuta la prosecuzione della medesima compagine sociale, in pregiudizio ai creditori della prima.



In particolare, secondo quanto affermato in sentenza d'appello, la vendita così come strutturata dimostrerebbe la sostanziale continuità aziendale tra le due società, con il fine – ritenuto fraudolento – di sottrarre ogni possibile garanzia patrimoniale al ceto creditorio.

Avverso la sentenza di secondo grado la difesa ha formulato una serie di motivi di appello. Per quanto l'argomento qui d'interesse è il secondo motivo meritevole di analisi: con la seconda ragione di cesura alla sentenza di secondo grado la difesa dell'imputato contesta la sussistenza di un'effettiva condotta distrattiva o, quantomeno, dissipativa, sostenendo che il pagamento di un corrispettivo della vendita in favore della nuova società aveva in ogni caso portato alla fallita un guadagno, seppur contenuto. Tale circostanza, sottolinea la difesa, sarebbe da sola sufficiente ad escludere la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato in contestazione.

La Suprema Corte, con la sentenza in commento, considera tale motivo fondato.

2. La pronuncia della Corte di cassazione.

Con la sentenza n. 5958 del 2024, la Quinta Sezione Penale della Corte di cassazione ha sancito come, in caso di vendita della merce in magazzino in termini oggettivamente inferiori rispetto al passato da parte di società in crisi e poi fallita, per contestare la bancarotta fraudolenta patrimoniale occorre verificare con attenzione quali siano le ragioni di tale svendita, dovendosi escludere il reato quando – come si verifica in caso di cessione di beni di magazzino facilmente deperibili, quali gli alimenti – si sia in presenza di una liquidazione dell'attivo con regolare incasso del corrispettivo, la cui determinazione appare ampiamente giustificata da valide ragioni economiche.

La Suprema Corte ha ritenuto manifestamente errate le motivazioni, sul punto, dei giudici di seconde cure i quali, confermando la motivazione del Tribunale di Palermo, hanno ritenuto sussistere la distrazione o dissipazione in una vendita di beni merce tra società familiari semplicemente attribuendo valore probatorio all'esiguo ricarico applicato sul prezzo di cessione. Tralasciando, invece, altri elementi di valutazione dell'operazione quali il deperimento dei beni merce, il valore del mantenimento in vita di una continuità aziendale in capo alla *newco* comunque profittevole e il regolare pagamento del prezzo di cessione pattuito.

E sono proprio questi ultimi elementi, del tutto ignorati dai giudici di primo e secondo grado che, invece, hanno catturato l'attenzione della Corte di cassazione nella sentenza in commento.

In primis, non sono emersi dubbi in ordine all'avvenuto pagamento delle merci oggetto di cessione. Infatti, per quanto connotato da un minimo ricarico, il corrispettivo della cessione delle merci è stato effettivamente ed interamente corrisposto. Con ciò, evidentemente, escludendo quell'intento

fraudolento di distrarre o dissipare le merci in danno ai creditori e in favore di una *newco* (in qualche misura ritenuta la preordinata prosecuzione della fallenda) omettendone il pagamento del corrispettivo fittiziamente pattuito. È prassi, infatti, nelle operazioni connotate dalla fraudolenza richiesta dalla norma di cui all'art. 216, comma 1 nr. 1 l. fall. che la cessione di beni avvenga senza che poi ne segua l'effettivo pagamento (se non in misura di fatto impercettibile per i creditori).

Secondariamente ed in diretta e consequenziale connessione, all'esito della cessione, la massa dei creditori si è trovata come attivo patrimoniale non le merci presenti nel magazzino (di facile deperimento), ma il prezzo delle stesse, sicuramente più idoneo a garantirne la loro soddisfazione. Va da sé che la vendita di merci facilmente deperibili e di difficile prolungata conservazione, ove come nel caso in esame seguita dall'effettivo incasso del prezzo, rappresenti un'operazione foriera di utilità e non di disvalore per i creditori concorsuali che, sebbene in misura non piena, potranno vedersi soddisfatti attraverso il denaro così ricavato.

La sentenza in commento ha offerto un altro puntuale angolo di analisi del tutto ignorato dalla Corte d'Appello di Palermo: la società cedente, poi fallita, risultava sprovvista di DURC e, pertanto, oggettivamente impossibilitata ad accedere al mercato ordinario. Tale impossibilità mal si bilanciava con l'urgente necessità di liquidare la merce, che era – anche se non nell'immediato, in quanto si trattava di materiale surgelato o comunque essiccato - interamente deperibile. Questo oggettivo impedimento, non facilmente superabile se non attraverso la soluzione della vendita delle merci e del conseguente incasso del corrispettivo, avrebbe certamente arrecato un nocimento al patrimonio aziendale. Sarebbe stato quindi l'immobilizzo dell'organo amministrativo, al più, ad essere idoneo a cagionare un danno di rilevante entità alla massa dei creditori se le due società non avessero operato nel modo anzidetto. È del tutto evidente che in un caso del genere non possa e non debba rilevare l'entità del ricarico ma piuttosto la circostanza che le merci, altamente deperibili, sarebbero diventate con il trascorre del tempo invendibili.

Per le ragioni come sopra riassunte, la Suprema Corte ritiene non corretta la qualificazione della condotta posta in essere dall'amministratore della società fallita né come distrazione né tantomeno come dissipazione. Infatti, non solo la garanzia patrimoniale è rimasta intatta, ma è stata trasformata in modo da renderla ancor più fruibile per i creditori.

L'operazione commerciale non è quindi fuori dai normali schemi di logicità e ragionevolezza, ma anzi, proprio per il rischio di dispersione del valore delle merci, trova una giustificazione economica assai solida, che non ha in alcun modo depauperato il patrimonio aziendale.

Ecco allora che anche la tanto enfatizzata circostanza che l'operazione di cessione delle merci è avvenuta tra società riconducibili al medesimo nucleo

familiare, di cui una di nuova costituzione, non rileva affatto. Correttamente la Corte di cassazione ha analizzato e risolto in senso positivo gli elementi dell'operazione di vendita a tutela del patrimonio aziendale e della massa dei creditori, chiarendo che la cessione è stata una valida operazione economica che rientra nelle libere scelte imprenditoriali e, pertanto, oggettivamente insindacabile in ordine alla scelta del soggetto cessionario.

D'altronde la giurisprudenza di legittimità¹ seppure in materia di operazioni infragruppo e vantaggi compensativi, ha chiarito che, in tema di bancarotta fraudolenta, al fine di individuare la finalità distrattiva perseguita dagli agenti, anche l'esercizio di facoltà legittime può costituire uno strumento di frode per pregiudicare o frodare le ragioni dei creditori, in quanto la liceità di ogni operazione, che incide sul patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito, può essere affermata solo all'esito di un accertamento "in concreto" in relazione alle conseguenze prodotte sulle ragioni del ceto creditorio.

Ne discende, quindi, che l'analisi cui il giudice di merito – ancor prima di quello di legittimità - è chiamato a svolgere, riguarda la peculiarità del rapporto commerciale e l'effettivo vantaggio insito negli accordi commerciali tra i due soggetti contraenti senza che la circostanza dell'appartenenza al medesimo nucleo familiare, piuttosto che gruppo societario, possa in alcun modo influire sulle valutazioni concrete dell'operazione in termini di apprezzamento per i creditori concorsuali e di garanzia per il patrimonio aziendale. Con ciò saldando inscindibilmente l'analisi giuridica a quella economica. Ed è questo un ulteriore principio caro alla Cassazione penale² che, sempre in materia di rapporto di gruppo ma facilmente mutuabile nelle operazioni fra società riconducibili al medesimo nucleo familiare, ha chiarito che *"nella lista delle circostanze da ponderare in sede di verifica della sussistenza della condotta tipica di distrazione, non potendo, in materia, l'analisi giuridica andare comunque distinta dall'analisi economica"* della vicenda.

3. Riflessioni conclusive: rapporti tra *good company* e *bad company*, un pregiudizio da superare.

La sentenza in commento permette di tornare a parlare di un tema piuttosto ricorrente nel diritto penal-fallimentare: l'ammissibilità e la correttezza dei rapporti economici tra le c.d. *bad company* e *good company* unite da stretto vincolo familiare.

È fatto noto che tali rapporti vengano, all'indomani della dichiarazione di insolvenza, passati sotto la lente d'ingrandimento di una possibile rilevanza penale. Normalmente ad incentivare l'attenzione su tali rapporti, prima ancora che l'operazione in sé, è proprio la circostanza che la stessa sia

¹ Cass. Pen., Sez. V, 16 ottobre 2023, n. 42117

² Cass. Pen., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764

intervenuta fra soggetti che si presume essere riconducibili al medesimo imprenditore dichiarato insolvente animato da finalità non propriamente legittime.

Nei casi che occupano situazioni di crisi e insolvenze aziendali si parla spesso di *bad company* e *good company*.

Con la prima definizione si intende solitamente una società che per diverse ragioni (illiquidità, perdita di capacità di credito, ragioni strategiche, ecc.) non può o non è in grado di mantenere la propria presenza sul mercato e che viene pertanto utilizzata al fine di assorbire le attività "sofferenti" – o comunque per farsi carico della situazione di crisi in cui versa - e, contemporaneamente, far confluire le attività proficue e fruttifere, invece, in una società parallela, detta appunto *good company*.

Questa strategia è solitamente utilizzata da quelle realtà aziendali che nel corso del tempo hanno accumulato un passivo tale da non consentire più di essere sostenibili per il mercato e, pertanto, al fine di mantenere la corretta funzionalità degli *assets* attivi e virtuosi, possono decidere di:

1. fondersi (unione o incorporazione) con altre società e trasferirne diritti ed obblighi, facendo sì, in tal modo, che l'unica società sia in grado di farsi carico di tutti i debiti esistenti, avendo come contraltare gli asset positivi;
2. scindere l'unica società in due differenti arterie, lasciando solo una di esse gravata di tutti i pesi pregressi e permettendo alla società in bonis di continuare la propria attività anche al fine di pagare le passività gravanti sulla *bad company*.

Tale meccanismo non è – e non deve essere – di per sé oggetto di critica o censura.

Il fatto che le due società siano riconducibili al medesimo imprenditore o allo stesso nucleo familiare non può essere, per ciò solo, motivo di attenzione da parte della pubblica accusa, in quanto sono altri i fattori che devono rilevare al fine di considerare penalmente rilevante la scissione degli *assets* patrimoniali attivi e passivi di una stessa società.

Il meccanismo di divisione delle passività dalle attività, imputando alla *bad company* le prime e alla *good company* – solitamente una *newco*, ma a volta anche una società già esistente - le seconde, può essere foriero di molteplici vantaggi per tutte le parti in gioco. Infatti, mantenendo la funzionalità aziendali con il passaggio degli *assets* virtuosi alla *good company*, è possibile perpetrare la continuità aziendale e creare, in tal modo, un *surplus* di valore che può essere utilizzato per sostenere le posizioni debitorie in capo alla *bad company*.

Un tale meccanismo, solitamente, si regge sul fatto che la società di nuova costituzione continui l'attività aziendale, ad esempio secondo il classico schema del contratto di affitto di azienda con impegno finale di acquisto. Il canone, spesso distinto in parte fissa e in parte variabile, oltre ad essere il



prezzo del contratto di affitto, rappresenta il *quantum* che entra nelle casse della *bad company* per porre in essere gli adempimenti necessari volti a soddisfare gli interessi dei creditori, senza cagionare alcun danno alla massa. Siffatta strategia permette, infatti, da un lato, di conservare il valore d'azienda maturato negli anni dalla *bad company* tramite la continuità in capo ad altra società e, dall'altro, di onorare i debiti pregressi, non ledendo il diritto di alcuno.

La correttezza e l'ammissibilità dei rapporti economici tra le c.d. *bad company* e *good company* unite da uno stretto vincolo familiare non può pertanto essere messa in discussione *de plano*, e soprattutto non prescindere, nel suo vaglio di possibile rilevanza penale, da valutazioni di tipo economico.

La continuità aziendale, quando diviene profittevole, non costituisce un valore solo per i creditori concorsuali ma anche sociale.

Il mantenimento, così come il ripristino, del *going concern*, soprattutto se protetto all'interno di una procedura concorsuale attraverso la quale, anche solo parzialmente, vengano ripianate le passività, è un elemento che deve essere preso in considerazione nella valutazione complessiva dell'operazione anche sul piano delle responsabilità penali della *governance* che tale operazione ha posto in essere.

Si può dunque serenamente affermare che in presenza di valide ragioni economiche alla base di operazioni commerciali, regolarmente adempiute, fra *bad company* e *good company* le stesse possano essere ritenute legittime sul piano penalistico, a prescindere da eventuali vincoli familiari esistenti tra azionisti e *governance* che sono semplici suggestioni talvolta di per sé anche prive di valore indiziario.