

Dipartimento
di Impresa e Management

Gaddi Michele
Cattedra di Scienza delle Finanze

Matricola: 214631

Panoramica sui gruppi di società: analisi della disciplina giuridico fiscale

Prof. Mauro Milillo

RELATORE

Anno Accademico 2018/2019

Sommario

Introduzione	5
CAPITOLO 1: I GRUPPI DI SOCIETA'	7
1.1 Introduzione al fenomeno dei gruppi di società	7
1.2 La disciplina dei Gruppi.....	8
1.2.1 Il controllo.....	9
1.2.2 Obblighi informativi.....	10
1.2.3 La tutela della minoranza azionaria e dei creditori sociali.....	11
1.2.4 le società Off-shore.....	13
1.3. La contabilità di gruppo	14
1.3.1 Il bilancio consolidato	14
1.3.2. la regolamentazione italiana	15
1.3.3. il perimetro di consolidamento secondo i principi contabili internazionali	18
1.4. La tecnica di redazione del Bilancio Consolidato	20
1.4.1. L'eliminazione delle partecipazioni dirette	20
1.4.2. L'eliminazione delle partecipazioni indirette.....	23
1.4.3. L'elisione dei debiti e crediti intercompany	24
1.4.4. Le operazioni infragruppo	25
CAPITOLO 2: RIFLESSIONI SULLA FISCALITA' DI GRUPPO	27
2.1. L'Imposta sul reddito delle società: cenni storici	27
2.1.1. definizione dell'imposta.....	30
2.2. I soggetti passivi IRES.....	30
2.2.1. Residenza e stabile organizzazione	33
2.3. La determinazione del reddito imponibile: considerazioni introduttive	35
2.4. I Principi di determinazione del reddito imponibile.....	36
2.4.1. Il principio di derivazione	37
2.4.2 Il principio di competenza	37
2.4.3. I principi di obbiettiva certezza e previa imputazione.....	39
2.4.4. Il principio dell'inerenza.....	40
2.5. Il regime fiscale degli interessi passivi e delle perdite.....	42
2.5.1. Gli interessi passivi	42
2.5.2. il regime fiscale delle perdite di esercizio.....	45
2.6. Il Consolidato Fiscale Nazionale.....	45

2.6.1. Tratti caratteristici della tassazione di gruppo.....	46
2.6.2. Soggetti ammessi al Fiscal Unit.....	47
2.6.3. l'opzione	48
2.6.4. Il requisito del Controllo	49
2.6.5. Gli obblighi delle controllate e della controllante.....	50
2.6.6. L'accordo di Consolidamento	51
2.6.7. Il Regime Fiscale delle perdite di esercizio e degli interessi passivi nell'ambito di gruppo	52
2.6.8 l'interruzione del regime prima del compimento del triennio.....	54
CAPITOLO 3: LA CARATTERIZZAZIONE DELL'ELUSIONE FISCALE "DI GRUPPO"	56
3.1 Introduzione al fenomeno dell'elusione fiscale	57
3.2 La direttiva ATAD.....	59
3.2.1 Norma relativa alla limitazione di deduzione di interessi passivi	61
3.2.2 Exit Tax per il trasferimento di attivi in uscita	63
3.2.3 Imposizione fiscale dei soggetti in entrata	65
3.2.4 La disciplina delle Controlled Foreign Companies (CFC)	66
3.2.5 Il disallineamento degli strumenti fiscali.....	69
CONCLUSIONI.....	70
BIBLIOGRAFIA	72

Introduzione

Il fenomeno dei gruppi di società risulta essere uno degli assetti imprenditoriali più diffusi nell'economia mondiale poiché risponde a varie esigenze: quelle organizzative, nel momento in cui offre una maggiore flessibilità nell'implementazione delle scelte e nella condivisione di capitale umano e materiale; quelle economiche, poiché costituisce uno strumento atto alla riduzione del capitale di rischio. Infatti, attraverso lo sfruttamento della leva finanziaria operata nei confronti delle società controllate, la capogruppo riesce ad imprimere una direzione operativa nella scelta dell'allocazione del capitale da lei parzialmente detenuto.

L'influenza operata dalla capogruppo, chiamata Holding (*colei che trattiene*), non si esaurisce a livello finanziario, bensì sconfinata nei più svariati campi. Le controllate sono soggette all'influenza operata dalla capogruppo nel modo in cui esse sono assoggettate alla direzione che la stessa vuole esprimere, esautorando del tutto l'autonomia, che a livello giuridico e formale permane, delle singole società controllate.

L'aspetto dell'influenza costituisce pertanto uno dei più grandi pericoli che la fattispecie del gruppo può provocare: se operata nel senso sbagliato potrebbe portare a scelte antieconomiche nel senso stretto del termine, ossia non operate nell'interesse del gruppo ovvero dell'intera società ma solo nella direzione di salvaguardare l'interesse della capogruppo.

Per questo motivo il fenomeno dei gruppi richiama l'attenzione del legislatore in molti e differenti ambiti giuridici: dal diritto civile a quello tributario passando per il diritto commerciale. La mia analisi pertanto affronterà le singole discipline che si riferiscono alla legislazione del gruppo unitariamente considerato. Il primo sarà dedicato all'introduzione del fenomeno dal punto di vista civilistico e commerciale, illustrando il sostanziale concetto del controllo, ai sensi dell'articolo 2359 ex Codice civile, necessario alla configurazione dell'influenza dominante, spiegando poi quali siano gli obblighi informativi necessari a fornire una corretta trasparenza inter-societaria accompagnati dagli strumenti posti a tutela delle minoranze azionarie presenti nei gruppi. Sarà inoltre approfondita la cd. Contabilità di gruppo, ossia lo strumento contabile, il cui esercizio non è obbligatorio ma è utilizzato unanimemente dalle società per portare a rendicontazione gli avvenimenti aziendali.

L'analisi si sposterà poi sugli aspetti relativi alla fiscalità di gruppo: dapprima verrà illustrata l'imposta che regola i redditi d'impresa, ovvero l'IRES; successivamente verrà esposto l'istituto del Consolidato Fiscale Nazionale, altresì noto come Fiscal Unit o Tassazione di Gruppo, lo strumento opzionale attraverso cui i gruppi di società riescono a liquidare il gravame impositivo in maniera unitaria. Questo strumento fiscale è stato introdotto nel 2003 al fine di rendere il nostro sistema

tributario, nettamente in ritardo rispetto a quello dei concorrenti europei sotto questo aspetto, maggiormente competitivo nell'attrazione di capitali esteri. È in questo modo infatti che viene realizzato, o almeno potenzialmente realizzato, il favor fiscale nei confronti dei gruppi: la compensazione delle perdite e la condivisione del volume al fine di dedurre gli interessi passivi sono le componenti sostanziali di questo istituto.

Infine, l'elaborato terminerà nel tentativo di illustrare i caratteri essenziali delle fattispecie elusive più ricorrenti nell'ambito dei gruppi. In particolare, verrà analizzata la normativa antielusiva comunitaria recentemente recepita nell'ordinamento italiano, ossia la normativa ATAD (Anti Tax Avoidance Directive) che rientra nel progetto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) ed è entrata in vigore il Primo Gennaio 2019 ed ha l'obiettivo di prescrivere un livello minimo di regolamentazione interna dei fenomeni potenzialmente elusivi.

Ad esclusione del primo, il metodo di analisi che ho voluto utilizzare è stato costante per tutti i capitoli. Prima di introdurre la particolare disciplina riservata ai gruppi, sia questa fiscale o contabile, ho ritenuto necessario esporre quella che è la disciplina generale che si sovrappone a quella particolare. Attraverso questa metodologia ritengo di aver avuto la possibilità di cogliere la ratio legis sottesa alla normativa disciplinante la materia.

CAPITOLO 1: I GRUPPI DI SOCIETA'

1.1 Introduzione al fenomeno dei gruppi di società

Si definisce gruppo di società un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti tra loro, ma sostanzialmente assoggettate ad una direzione unitaria.

Questo fenomeno risulta essere una forma o un modello di organizzazione dell'iniziativa imprenditoriale tra i più diffusi nella pratica, particolarmente tra le imprese di grande dimensione. L'assetto è caratterizzato dall'unità del disegno economico, a cui si contrappone la pluralità dei soggetti giuridici che compongono il gruppo. Se da un lato, infatti, le imprese sono sostanzialmente collegate tra di loro da rapporti di carattere finanziario e organizzativo, tali da far emergere una comune direzione (il c.d. interesse di gruppo), giuridicamente non può riscontrarsi tale unità, nonostante la partecipazione della capogruppo nel capitale di rischio delle controllate, in virtù del fatto che i singoli patrimoni restano autonomi e separati a garanzia dei creditori delle singole società interne al gruppo.

La struttura dei gruppi è variabile a seconda dell'esigenza imprenditoriale a cui lo stesso gruppo si propone di rispondere. La struttura maggiormente adoperata è quella a catena seguita dalla struttura a raggiera¹.

- La struttura a catena prevede uno sviluppo verticale discendente lungo la catena, dove la Holding o società capogruppo (per ipotesi A) detiene il controllo della società controllata B, che conseguentemente controllerà C, e così via fino al termine della catena stessa. La capogruppo possiede una partecipazione diretta (A in B) e altre partecipazioni indirette.
- La struttura a raggiera prevede invece che la capogruppo controlli simultaneamente tutte le società facenti parte del gruppo, configurando con le stesse un rapporto di partecipazione diretta.

L'esigenza di fondo che motiva l'esistenza di questa fenomenologia è la combinazione dei vantaggi offerti dalla grande impresa con quelli della piccola. Possono essere, infatti, ottenute delle sinergie di gruppo, ovvero economie di scala attraverso il collegamento economico-funzionale delle singole società, non diversamente raggiungibile se le stesse operassero singolarmente e non sotto un'unica direzione e regia elaborata dalla capogruppo.

¹ Cfr. Campobasso "Manuale di diritto commerciale" vol.2 "Diritto delle società", Roma, 2017

Allo stesso modo la separazione delle società in unità funzionali singole, con conseguente decentramento decisionale, favorisce una maggiore rapidità di reazione agli stimoli ambientali, rendendo così il gruppo maggiormente competitivo sul territorio di riferimento, a prescindere dall'essere nei confini nazionali o al di fuori degli stessi. Si verifica inoltre la separazione del rischio di impresa, che resta frazionato fra le singole società operanti nel gruppo.

Le diverse funzioni economiche perseguibili attraverso questo modello di organizzazione imprenditoriale sono il riflesso delle modalità con cui lo stesso gruppo viene a formarsi. Molto spesso si verifica infatti che la costituzione del gruppo avvenga in maniera graduale, con la società capogruppo che acquista progressivamente una serie di partecipazioni di controllo in società che svolgono attività imprenditoriale collegata o funzionale a quella della capogruppo. Un esempio può essere fornito da una società produttrice di calcestruzzo che acquisti la partecipazione di una società produttrice di cemento, ottenendo così dall'integrazione tecnica un vantaggio di costo, la struttura tipica in questo caso è quella verticale.

Il vantaggio della separazione delle attività può, invece, essere conseguito attraverso la scorporazione della società originaria in distinte aree di business, i rami d'azienda, aventi personalità giuridica e patrimoni autonomi con la conseguenza di una maggiore specializzazione nei distinti settori in cui l'azienda principale opera. È ciò che fece la FIAT negli anni 2000 decidendo di costituire in società autonome, ma controllate, le singole divisioni che facevano parte della società madre. Una volta costituite le società emisero azioni che vennero cedute alla società conferente (FIAT S.p.A.) conformando così una struttura a raggiera, precedentemente descritta, in cui la capogruppo aveva la gestione simultanea di tutte le neo-società costituite².

1.2 La disciplina dei Gruppi

Pur essendo indubbia la maggiore efficienza allocativa all'interno del sistema produttivo, riconosciuta dallo stesso Legislatore, la composizione stessa dei gruppi societari, spesso in formazioni altamente complesse, comporta problematiche che riguardano tutte le branche del diritto coinvolte: il diritto societario per quanto riguarda ad esempio la tutela delle minoranze azionarie; il diritto internazionale e comunitario per quanto concerne la dislocazione territoriale delle singole unità e la disciplina della concorrenza; il diritto tributario soprattutto per il corretto adempimento degli oneri fiscali.

² AA.VV. "Trasformazione, fusione e scissione", in "Il nuovo diritto societario" a cura di G. Lo Cascio, Giuffrè, 2012

La disciplina dei gruppi è chiamata, pertanto, a tutelare molteplici esigenze, in modo da garantire un corretto funzionamento del mercato ed un'adeguata trasparenza degli operatori.

In particolare, sono 3 le esigenze da soddisfare:

- “assicurare un'adeguata informazione sui collegamenti di gruppo, sui rapporti finanziari e commerciali fra le società del gruppo, nonché sulla situazione patrimoniale e sui risultati economici del gruppo unitariamente considerato”
- “evitare che eventuali intrecci di partecipazioni alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte ed il corretto funzionamento degli organi decisionali della capogruppo”
- “evitare che le scelte operative delle singole società del gruppo pregiudichino le aspettative di quanti fanno esclusivamente affidamento sulla consistenza patrimoniale e sui risultati economici di quella determinata società”³.

Va, quindi, evidenziato che, in assenza di una disciplina unitaria, la regolamentazione dei gruppi societari è rinvenibile solo analizzando le singole decisioni ed interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali volte alla risoluzione dei problemi via via sollevati dallo stesso fenomeno, passiamo, pertanto, ad evidenziare i singoli aspetti dell'istituto.

1.2.1 Il controllo

L'art 2359 del Codice civile distingue le ipotesi di controllo e collegamento a seconda dell'intensità del legame intercorrente tra le società. La norma si riferisce, infatti, soltanto a rapporti tra società, anche se da tempo, si afferma la possibilità che la Holding sia una persona fisica⁴.

Per quanto riguarda le ipotesi di controllo sono previste 3 fattispecie⁵ :

- la prima si verifica quando una società (controllante) disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società (controllata). Questo è il controllo interno di diritto e per il calcolo si deve tener conto di tutte le azioni o quote aventi diritto di voto escluse quelle di risparmio e le azioni prive di diritto di voto nell'assemblea ordinaria.
- La seconda si verifica quando una società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra. In questa fattispecie viene esposto il controllo di fatto, anch'esso basato sul possesso del capitale ma con diversa

³ Campobasso “Manuale di diritto commerciale” vol.2 “Diritto delle società”

⁴ Cfr. Cassazione 9 agosto 2002 n. 12113

⁵ Cfr. Art 2359 Codice civile (commi 1-3)

accezione, in quanto esso non deve essere superiore alla metà dei voti esercitabili in assemblea, bensì ugualmente sufficiente all'approvazione di una data delibera ordinaria in virtù di circostanze peculiari, come l'assenteismo degli altri soci.

- La terza prevede che il controllo di una società sull'altra abbia la sua fonte in virtù di particolari vincoli contrattuali. Il Legislatore considera alcuni rapporti giuridici pattizi che pongono la controllata in una situazione di oggettiva dipendenza economica dalla controllante. A differenza delle due fattispecie precedenti, questa tipologia di controllo è di matrice esterna perché ha una fonte contrattuale anche se è da escludere, tuttavia, l'esistenza di uno schema contrattuale tipico che conferisca ad una società l'esercizio di un'influenza dominante su un'altra⁶ (c.d. contratto di dominazione). Un siffatto contratto, infatti, obbligherebbe la controllata anche all'esecuzione di un ordine potenzialmente dannoso per sé stessa in aperta violazione dell'art.2373 c.c. che disciplina i conflitti di interesse.

1.2.2 Obblighi informativi

I collegamenti del gruppo societario devono essere comunicati alla Consob, sono tenuti alla comunicazione tutti coloro (persone fisiche e società di capitali) che abbiano una partecipazione rilevante, nella misura variabile dal 2% al 5% a seconda che la società sia una PMI o meno, in una società con azioni quotate in borsa.

Quest'obbligo nasce con la funzionalità di esplicitare quali siano le posizioni di potere all'interno dell'assemblea ed al fine di identificare se sussistano partecipazioni incrociate tra controllante e controllata.

Per quel che riguarda i gruppi, la vigente disciplina prevede un'apposita sezione del registro delle imprese nella quale devono essere iscritte le società che svolgono attività di direzione e coordinamento, oltre che le società sottoposte a tale coordinamento. Gli amministratori delle società controllate sono responsabili per eventuali danni arrecati a soci o a terzi per la mancata iscrizione nel registro, o per la mancata cancellazione dallo stesso nel momento in cui tale coordinamento sia venuto meno.

Sono previste precise limitazioni a carico delle controllate per garantire l'integrità del patrimonio sociale della controllante: le controllate non hanno diritto all'esercizio del diritto di voto per azioni

⁶ Cfr. Scognamiglio "autonomia e controllo", Roma, 2016

possedute nel capitale della controllante; inoltre, nel momento in cui la controllante faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, viene fissato un limite oggettivo di possesso pari al 20% del capitale sociale per tutte le imprese facenti parte del gruppo.

Dalla finalità di assicurare il corretto funzionamento degli organi della controllante nascono due precisi obblighi:

- Il divieto per le società controllate, per i membri degli organi amministrativi e di controllo, e per i dipendenti delle stesse di rappresentare i soci della controllante nelle assemblee di questa⁷.
- L'ineleggibilità a sindaci della controllante di coloro i quali sono legati alle società da questa controllate o alle società che a loro volta la controllano da un rapporto di lavoro dipendente oppure da un rapporto continuativo di consulenza o prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza ex art. 2399 c.c.⁸

1.2.3 La tutela della minoranza azionaria e dei creditori sociali

La diversa natura tra le partecipanti al gruppo societario può provocare una non coincidenza tra l'interesse di gruppo e quello della singola società: può accadere che le controllate pongano in essere azioni volte a favorire l'interesse del gruppo unitariamente considerato ma che, implicitamente, pregiudichino l'integrità patrimoniale della stessa società, costituendo in questo modo un abuso nei confronti di coloro che su di esso abbiano fatto affidamento. Le categorie coinvolte sono i creditori particolari della società controllata e i soci di minoranza della stessa che subiscono atti privi di sostanza e di vantaggio economico, come l'acquisto di merci altamente sopravvalutate dalla società capogruppo, o la vendita di merci sottovalutate alla controllante che hanno come unico obiettivo l'interesse di gruppo.

La disciplina a tutela di questa tipologia di soggetti è vasta.

Come precedentemente visto, nel sistema italiano vige il principio della distinta soggettività e della formale indipendenza, il gruppo, quindi, non è da considerarsi come un'unica entità, in quanto esso è la somma delle singole personalità giuridiche delle società partecipanti. Ne consegue che la capogruppo non ha responsabilità per le azioni attuate dalle sue controllate nell'interesse di gruppo

⁷ Cfr. Art 2372 Codice civile (comma 5)

⁸ Cfr. Art 2399 Codice civile

e, reciprocamente, la controllante non può imporre la propria volontà se contraria agli interessi delle singole controllate.

Le azioni esperibili contro eventuali abusi da parte dell'influenza dominante della capogruppo sono quelli generalmente previsti dalla disciplina societaria, soprattutto in tema di conflitto di interessi dei soci (art 2373) e degli amministratori (art 2391), oltre che la responsabilità (art 2392) di questi ultimi qualora cagionino un danno al patrimonio della società stessa. L'applicabilità di queste norme è stata oggetto di discussione in quanto la posizione dello stesso amministratore è di per sé in potenziale conflitto di interessi, essendo quest'ultimo espressione della volontà della capogruppo. La riforma del diritto societario attuata nel 2003 ha voluto intervenire onde evitare che tale situazione possa paralizzare l'attività del gruppo e delle stesse società che lo compongono attraverso l'introduzione di strumenti di controllo all'attività di coordinamento attuata dalla capogruppo. Infatti, "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da quest'ultima influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione"⁹. La disclosure dell'attività di direzione e coordinamento, prevista anche dagli obblighi informativi di cui all'art. 2497 bis c.c., risponde ad una logica di trasparenza, tuttavia, mentre la norma sulle comunicazioni assicura una pubblicità generale in favore dei terzi, la norma di cui all'art. 2497 ter, imponendo la motivazione delle deliberazioni endosocietarie, è rivolta essenzialmente ai soggetti titolari di poteri di controllo, quali i sindaci nelle società per azioni ed i soci che non partecipano all'amministrazione nella società a responsabilità limitata.

A tutela dei creditori, in tema di finanziamenti infragruppo, è previsto l'istituto della postergazione, ossia nell'ipotesi in cui il debito incida sull'effettività del patrimonio sociale, oggetto dell'affidamento dei creditori, la capogruppo creditrice del finanziamento verrà soddisfatta solo dopo avere saldato tutti i creditori sociali.

Inoltre, è previsto che la società capogruppo sia tenuta al pagamento di un indennizzo diretto agli azionisti e ai creditori qualora questi abbiano subito un danno derivante da una direttiva presa nell'interesse di gruppo e lesiva del patrimonio della controllata, secondo il dettame dell'art 2497 comma 1 del Codice civile, mentre alla controllata resta, comunque, l'azione di risarcimento dei danni nei confronti della capogruppo.

⁹ Art. 2497-ter Codice civile

Dottrina e giurisprudenza sono divise in ordine all'individuazione della natura della responsabilità della controllante: secondo una parte, infatti, la norma introdurrebbe una responsabilità da inadempimento dei precetti di corretta gestione societaria e, quindi, sarebbe di natura contrattuale; secondo l'altra si tratterebbe di una responsabilità per violazione dei suddetti principi nello schema della responsabilità extracontrattuale¹⁰, analoga contrapposizione presenta la giurisprudenza orientata ora in un modo ora nell'altro¹¹.

È stato, infine, introdotto dalla riforma del 2003 il diritto di recesso in capo ai soci di una società soggetta ad attività di direzione e coordinamento. Questo diritto si rende esercitabile nel momento in cui sussistano eventi riguardanti la società capogruppo che riflettono sulle controllate quando siano mutate le condizioni di rischio dell'investimento. In particolare, sono previste due fattispecie:

- Quando la capogruppo abbia deliberato una trasformazione che implichi il mutamento del suo scopo sociale, ovvero dell'oggetto sociale consentendo attività che modificano sensibilmente le condizioni economiche e patrimoniali della controllata.
- Quando il socio abbia intentato vittoriosamente l'azione di responsabilità nei confronti della controllante, però in questo caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio.
- All'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

12

Il denominatore comune delle tre fattispecie risiede nel mutamento delle condizioni di investimento e poggia sulla volontaria accettazione della situazione di soggezione all'attività della capogruppo e delle condizioni di rischio che essa determina da parte del socio della controllata.

1.2.4 Le società Off-shore

Quello del gruppo di società è uno degli assetti organizzativi maggiormente utilizzati dalle imprese di grande dimensione, per questo motivo tale fenomeno può assumere carattere multinazionale. Il

¹⁰ Cfr. Codice Civile commentato, Giuffrè, Milano, 2017 pag. 3199

¹¹ Cfr. Trib. Milano 17.06.2011 in Giur. Comm., 2013, II, 507; Trib. Milano 22.07.2013 in Soc., 2014, 357, sono per la natura contrattuale della responsabilità; contra: Trib. Palermo 15.06.2011, in Foro it., 2011, I, 3184; Trib. Roma, 17.07.2007 e 13 settembre 2007 in Riv. dir. Comm., 2008, II, 211.

¹² Cfr. Art 2497quater Codice civile

problema della regolamentazione sorge nel momento in cui nel gruppo si inseriscono imprese aventi sede legale in ordinamenti giuridici che non prevedono parità di trattamento con il sistema italiano, offrendo quindi dei vantaggi fiscali, in virtù di un'aliquota d'imposta nettamente più bassa (c.d. Paradisi fiscali) e legali in quanto non prevedono particolari adempimenti contabili.

Nel tentativo di colmare questo deficit è stato introdotto nel 2005, attraverso la legge sulla tutela del risparmio¹³ inserita nel TUF, un sistema volto all'identificazione dei paesi che non garantiscono la trasparenza societaria, basato su criteri oggettivi tra cui: la forma di pubblicità dell'atto costitutivo; il requisito di capitale sociale minimo a garanzia dei creditori; la presenza di norme che garantiscano l'effettività e l'integrità del capitale sociale; la presenza di un organo di controllo interno dotato di adeguati poteri; l'obbligo di redigere il bilancio e di depositarlo, con adeguate sanzioni penali in caso di falso contabile. Sono stati inoltre prefigurati alcuni limiti alla possibilità che una società italiana, che faccia ricorso al mercato del rischio, possa controllare imprese straniere, nel momento in cui queste risiedano in paesi che presentino "carenze particolarmente gravi"¹⁴ per quanto concerne i controlli interni. Tuttavia, questo tentativo non ha riscontrato un grande successo in quanto non si è riuscito a stabilire quali siano questi ordinamenti che non garantiscono la suddetta trasparenza societaria. L'argomento sarà successivamente analizzato nell'ordine di esplicitare le modalità in cui si conforma una pianificazione fiscale volta a raggiungere un vantaggio in termini fiscali.

1.3. La contabilità di gruppo

L'analisi svolta fino a questo punto ha voluto sottolineare gli aspetti generali del funzionamento del fenomeno dei gruppi, ponendo particolare attenzione a ciò che questo rappresenta a livello normativo. Da questo momento l'analisi vergerà maggiormente sugli aspetti contabili e tributari, mettendo perciò in risalto la realtà pratica che questo fenomeno comporta.

1.3.1 Il bilancio consolidato

Il bilancio consolidato costituisce lo strumento contabile più importante utilizzato dai gruppi di società. La sua redazione è affidata alla capogruppo o consolidante ed in esso è rappresentata la complessiva situazione economica, patrimoniale e finanziaria del gruppo nella sua unitarietà. È

¹³ Cfr. Legge 28-12-2005, n. 265

¹⁴ Art. 165-ter comma 6 TUF

importante specificare che la sua funzione è prettamente informativa in quanto dalla sua redazione non si determina un potenziale utile distribuibile o un qualsivoglia aggregato contabile utilizzabile a fini diversi da quelli informativi.

In ambito nazionale è disciplinato dal decreto legislativo 127/1991 e dal principio contabile nazionale OIC 17 “Il bilancio consolidato”, mentre al di fuori dei confini italiani dal principio contabile internazionale IFRS 10 “Consolidated Financial statements”. La prima differenza che si riscontra tra le due normative di riferimento sta nella diversa individuazione dell’area di consolidamento, area che definisce i confini dell’entità aziendale a cui si riferisce la redazione del bilancio consolidato. Esistono due criteri di individuazione: il primo improntato alla ricerca di legami economico sostanziali che rendono riconoscibile una coordinazione sistemica di tipo aziendale, legato perciò alla sostanzialità della catena; il secondo all’individuazione di legami giuridico-formali utili a discriminare la partecipazione in un gruppo.

Gli standard setters internazionali hanno scelto il criterio sostanziale, mentre quelli nazionali si basano sulla formalità della catena in virtù di una maggiore oggettività nell’individuazione dei parametri.

1.3.2. La regolamentazione italiana

Come precedentemente affermato, il D.lgs. 127/1991 contiene le norme di riferimento del bilancio consolidato.

Il presupposto soggettivo per essere inclusi nel perimetro di consolidamento è rinvenibile, però, nel codice civile nei primi 2 commi dell’art. 2359 precedentemente commentato. Le imprese da considerare saranno solo quelle controllate attraverso il possesso di partecipazioni che configurino o un controllo di diritto in virtù della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea o un controllo di fatto attraverso un determinato possesso di voti necessario alla esistenza dell’influenza dominante¹⁵. Sono invece escluse da tale perimetro le imprese ai sensi del comma 3, controllate in virtù di particolari vincoli contrattuali, a meno che non sia stato stipulato un contratto di dominio, il cui divieto in Italia, come abbiamo visto, è stato esplicitato dalla riforma del diritto societario del 2003, ma che costituisce una forma contrattuale ammissibile in altri ordinamenti come quello tedesco.

¹⁵ Cfr. Art. 2359 Codice civile comma 1-2

L'obbligo di redazione è in capo alle società di capitali che controllino altre imprese e alle società cooperative che controllino società di capitali¹⁶; sono esonerate dall'obbligo di redazione quei gruppi di limitate dimensioni che non superino determinati limiti basati sull'attivo, i ricavi e il numero medio di dipendenti nonché le subholding controllate per oltre il 95% da un'altra entità a patto che quest'ultima non abbia emesso titoli quotati o, se emessi, non sia stata richiesta la redazione del bilancio consolidato nei 6 mesi precedenti la chiusura dell'esercizio da tanti soci che rappresentino il 5% del capitale sociale¹⁷. Esistono altresì casi di esclusione facoltativa delle controllanti dal consolidamento, nei casi in cui¹⁸:

- L'inclusione di tali società risulti irrilevante ai fini di una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria del complesso di gruppo.
- L'esercizio effettivo dei diritti della controllante nella controllata sia soggetto a gravi e durature restrizioni.
- Non sia possibile ottenere in modo tempestivo le necessarie informazioni necessarie al processo di consolidamento.
- Le quote detenute in tale società controllata siano possedute esclusivamente allo scopo di una successiva alienazione.

La data di chiusura del bilancio di gruppo deve coincidere di norma con quella della capogruppo, tuttavia, previa indicazione nella nota integrativa, può coincidere con la data di chiusura della maggior parte delle imprese incluse nell'area di integrazione. Se la data di chiusura di una specifica impresa non coincide con quella di chiusura del gruppo, l'integrazione avverrà con un bilancio intermedio appositamente "aggiustato" alla data di chiusura del gruppo¹⁹.

La redazione è effettuata secondo un principio di consolidamento integrale, per cui "gli elementi dell'attivo e del passivo nonché i proventi e gli oneri delle imprese incluse nel consolidamento sono ripresi integralmente"²⁰, fatta eccezione per quelle voci che necessitano di essere eliminate al fine di garantire una veritiera e corretta rappresentazione della situazione di gruppo. Nella fattispecie sono quattro:

¹⁶ Cfr. Art 25 D.lgs. 127/1991

¹⁷ Cfr. D.lgs. 127/1991 art 25

¹⁸ Cfr. D.lgs. 127/1991 art 29 c.2

¹⁹ Cfr. D.lgs. 127/1991 art.30

²⁰ D.lgs. 127/1991 art.31

- a) “le partecipazioni in imprese incluse nel consolidamento e le corrispondenti frazioni del patrimonio netto di queste;
- b) i crediti e i debiti tra le imprese incluse nel consolidamento;
- c) i proventi e gli oneri relativi ad operazioni effettuate fra le imprese medesime;
- d) gli utili e le perdite conseguenti ad operazioni effettuate tra tali imprese e relative a valori compresi nel patrimonio, diversi da lavori in corso su ordinazione di terzi.”²¹

Un'ulteriore analisi dei principi di consolidamento sarà ripresa successivamente quando si tratterà del modo in cui le norme si traducono nel piano contabile.

La struttura dello stato patrimoniale e del conto economico corrisponde con quella dei bilanci di esercizio delle imprese. Se le imprese del gruppo adottano diversi criteri di redazione, dovrà scegliersi un modello che permetta di rappresentare al meglio la situazione patrimoniale descritta dall'art 29 del 127/1991. La quota residua di capitale non posseduta dal gruppo unitariamente considerata deve essere indicata sotto la voce “capitali e riserve di terzi” nello stato patrimoniale e “utili riserve di terzi” nel conto economico. Oltre all'uniformità degli schemi deve persistere anche l'uniformità dei criteri di valutazione che dovrebbero corrispondere a quelli della consolidante, salvo diversa scelta da indicare nella nota integrativa e purché tali diversi criteri rientrino nella previsione dalla legge.

Ulteriori documenti hanno carattere narrativo del bilancio consolidato e sono la nota integrativa e la relazione sulla gestione. La prima ha il compito di recare informazioni sulla situazione patrimoniale, reddituale e finanziaria e soprattutto quello di fornire precise indicazioni sui nominativi e i rispettivi rapporti di partecipazione delle società che rientrano nell'area di consolidamento²². La relazione sulla gestione, redatta a cura degli amministratori della controllante, è improntata invece ad un'analisi del generale andamento dell'insieme di gruppo soffermandosi, in particolare, sull'andamento delle principali attività costituenti il gruppo, sui costi, i ricavi e gli investimenti effettuati in tali settori. Questo documento riporta inoltre eventuali fatti di rilievo intercorsi dopo la chiusura dell'esercizio e fornisce accurate previsioni sulla gestione univocamente considerata²³.

Le ultime disposizioni dettate dal decreto riguardano il controllo del bilancio e riguardano l'obbligo di revisione da parte del collegio sindacale o in alternativa da una società di revisione, e la

²¹ D.lgs. 127/1991 art. 30 comma 2

²² Cfr. D.lgs. 127/1991 art. 38-39

²³ Cfr. D.lgs. 127/1991 art.40

pubblicazione dello stesso, che deve essere depositato presso il Registro delle Imprese insieme ai documenti supplementari, di cui sopra, entro i sei mesi successivi alla data cui il bilancio fa riferimento.

1.3.3. Il perimetro di consolidamento secondo i principi contabili internazionali

La vigente normativa internazionale individua l'area di consolidamento attraverso la ricerca di legami economico sostanziali lungo la catena di controllo. Il controllo resta il principale requisito di partecipazione al bilancio consolidato che, a differenza di quanto avviene nei principi italiani, viene definito con una diversa accezione. Si può discorrere di controllo di un investitore o di una società su di un'altra entità nella misura in cui:

- a) Ha il potere sull'entità controllata
- b) È esposto, o ha diritto, per effetto del suo coinvolgimento nell'entità controllata, a rendimenti variabili
- c) Il potere sull'entità controllata si manifesta nella capacità di influenzare i rendimenti variabili

Per esserci controllo devono quindi sussistere potere e rendimenti variabili, oltre che una forte correlazione tra di essi. In questo senso "Un investitore ha potere su un'entità oggetto di investimento quando detiene validi diritti che gli conferiscono la capacità attuale di dirigere le attività rilevanti, ossia le attività che incidono in maniera significativa sui rendimenti dell'entità oggetto di investimento"²⁴. L'esposizione ai rendimenti variabili scaturisce quando dal rapporto con l'entità societaria derivino risultati economici soggetti a variabilità, che possono essere quindi positivi o negativi. La correlazione tra potere e rendimenti si manifesta nel momento in cui i rendimenti variabili possono essere influenzati dall'esercizio dell'attività di potere in mano all'investitore.

L'obbligo di redazione è in capo a tutte quelle società che detengono il controllo sopra indicato, a meno che non ricorrano le quattro condizioni che seguono, la cui contemporanea presenza esclude dal suddetto obbligo²⁵:

- 1) La controllante sia a sua volta interamente controllata da un'altra entità, o, se controllata parzialmente gli azionisti di minoranza siano stati informati e non abbiano dissentito.

²⁴ IFRS 10 "Bilancio Consolidato" par. 10

²⁵ Cfr. IFRS 10 "Bilancio Consolidato" par. 12

- 2) La controllante non scambi i propri strumenti rappresentativi di capitale in un mercato pubblico.
- 3) La controllante non abbia depositato il proprio bilancio presso un istituto di regolamentazione finanziari al fine di emettere strumenti finanziari in mercati pubblici.
- 4) Ci sia già un'altra società, controllante o intermedia, che rediga il bilancio consolidato per uso pubblico.

Il presupposto soggettivo di redazione del bilancio consolidato secondo i principi internazionali comprende anche quelle società (italiane) che emettono azioni o strumenti finanziari quotati o diffusi in maniera rilevante presso il pubblico, oltre agli istituti bancari ed assicurativi.

Una disciplina specifica è riservata alle partecipazioni di collegamento e in joint venture, due situazioni societarie che rientrano nel perimetro di consolidamento. Le due fattispecie seppur molto simili presentano alcuni tratti peculiari volti a differenziarle. Si definisce joint venture “un accordo a controllo congiunto su un'entità in base al quale le parti che detengono il controllo congiunto vantano dei diritti sulle attività nette dell'entità stessa”, mentre la partecipazione di collegamento si qualifica come presenza di influenza notevole ma non prevede un vero e proprio controllo congiunto su di un'altra entità economica.

Quest'ultima infatti si definisce come il potere di partecipare “alla determinazione delle politiche gestionali e finanziarie della partecipata senza avere una situazione che si configuri come controllo o congiunto controllo”²⁶. L'influenza notevole è più propriamente una situazione di fatto identificabile attraverso la presenza di questi elementi:

- Una percentuale di partecipazione, diretta o indiretta, all'assemblea ordinaria pari o superiore al 20% dei voti esercitabili.
- La presenza nei principali organi di governance, quali il consiglio di amministrazione e l'assemblea ordinaria, nella partecipata anche in sede di distribuzione dei dividendi.
- Lo scambio interno di personale e di informazioni tecniche tra le due società.
- La mole di operazioni a livello economico finanziario intercorrenti tra le 2 entità in questione.

I principi contabili internazionali seguono il metodo del patrimonio netto al fine di consolidare le società che rientrano nel perimetro di consolidamento, sono previste però alcune casistiche in cui si deve seguire il metodo del fair value. Se infatti la capogruppo non redige il bilancio consolidato come nella situazione sopra illustrata, essa dovrà essere integrata con il metodo del fair value, così

²⁶ IAS 28 “Partecipazioni di collegamento e joint venture” par. 3

come le società di gestione mobiliare le cui attività non possono essere valutate diversamente. Non persiste inoltre un obbligo di tenuta delle scritture contabili del bilancio consolidato (in quanto esso è frutto dell'aggregazione dei singoli bilanci d'esercizio). È tuttavia molto importante tenere la contabilità in quanto fornisce una rendicontazione delle operazioni intercorse durante l'esercizio. Lo strumento che realizza questa funzione è chiamato Foglio di Elaborazione, che aggrega tutte le poste del gruppo all'interno di un unico documento, rappresentando inoltre le operazioni tra le stesse società che fanno parte del gruppo.

1.4. La tecnica di redazione del Bilancio Consolidato

1.4.1. L'eliminazione delle partecipazioni dirette

L'eliminazione della posta "Partecipazioni" dallo stato patrimoniale della capogruppo è la prima operazione necessaria ai fini della redazione del bilancio consolidato. Generalmente, in luogo della "posta partecipazioni" si troveranno i valori delle singole attività e passività dello stato patrimoniale della società controllata, ricorrendo al consolidamento integrale. Si deve sempre partire dal presupposto che i bilanci di esercizio delle società del gruppo sono indipendenti da quello che rappresenta il consolidato. La prima differenza di trattamento si riscontra quando si è in presenza di una partecipazione diretta totalitaria o parziale, in questo caso, la società detta controllante ha diritto a tutto il patrimonio netto della società controllata composto da capitale sociale e riserve. Se il costo della partecipazione corrisponde precisamente al valore netto della controllata non si crea alcun residuo e i valori attivi e passivi saranno caricati integralmente nel bilancio consolidato.

Talvolta il costo della partecipazione può non corrispondere all'esatto valore del patrimonio netto, creando così "una differenza di consolidamento" che sarà poi da stornare sotto la voce "maggior o minor costo della partecipazione" a seconda che l'esborso per l'acquisto sia stato superiore o inferiore al valore del patrimonio netto. La corretta contabilizzazione di questi residui dipenderà dalla causa che ha portato alla genesi della differenza di consolidamento: il maggior costo potrebbe derivare da elementi dell'attivo sottovalutati come un'immobile iscritto a costo storico ma con un valore corrente maggiore, ovvero da elementi non rappresentabili in bilancio come l'avviamento originario, non iscrivibile ai sensi dell'art 2426 c.c.; allo stesso modo il minor costo è un fattore che nasce dalla sopravvalutazione di alcune poste attive o dalla sottovalutazione di elementi passivi o altresì dalla previsione che tale controllata registrerà delle perdite nel futuro. Ognuna di queste

fattispecie corrisponderà ad una particolare modalità di contabilizzazione della voce “maggior o minor costo della partecipazione”.

Per quanto riguarda le partecipazioni parziali, l’OIC 17 richiede di determinare la differenza tra il valore della partecipazione e il valore della corrispondente frazione acquistata di patrimonio netto della controllata alla data di acquisto della partecipazione medesima. Il costo della partecipazione va distribuito tra le attività e le passività in base ai loro valori correnti alla data di acquisto della partecipazione. Si applica, quindi, un procedimento di sviluppo del prezzo di acquisto della partecipazione al momento della sua acquisizione.

Nel passato le operazioni di consolidamento parziale venivano contabilizzate attraverso il metodo proporzionale, cioè i valori venivano caricati in bilancio pro quota rispetto alla percentuale della partecipazione nel capitale sociale della partecipata. Questo metodo è stato abbandonato in favore del metodo integrale qualunque sia il principio contabile di riferimento, caricando in bilancio nella loro integrità tutte le poste oggetto di trasferimento.

Generalmente la quota residua di capitale sociale, quella non acquistata dalla capogruppo, viene indicata nel bilancio consolidato con la voce “capitali e riserve di terzi” all’interno dello stato patrimoniale, e con la voce “utili e perdite di terzi” nel conto economico. Tale classificazione assolve una funzione informativa, chiarendo quale sia la percentuale di non partecipazione della capogruppo ed il loro calcolo assume un diverso procedimento a seconda del principio di riferimento.

Esistono 3 teorie di consolidamento delle partecipazioni parziali:

1. Pure Parent Company Theory:

è quella adottata dai principi contabili italiani: il bilancio consolidato è considerato come un’estensione del bilancio della capogruppo dove la posta “partecipazioni” viene divisa nelle diverse attività e passività che la compongono con lo scopo di mettere in rilievo gli interessi della maggioranza. Nella versione adottata in Europa e in Italia la quota minoritaria viene indicata nel patrimonio netto, superando così la precedente visione che questi soci potessero essere considerati alla stregua di creditori sociali, in quanto restano pur sempre possessori di capitale sociale anche se in più piccola parte. Quando si procede all’eliminazione della posta “partecipazione”, al fine di calcolare la differenza di consolidamento della partecipazione è necessario confrontare il costo della stessa con la corrispondente frazione di patrimonio netto acquisita. L’allocazione del maggior costo che deriva dalla differenza di consolidamento deve essere così svolta: i valori iscritti in bilancio vengono trasferiti integralmente (al pieno del loro valore d’iscrizione), ad esempio se si acquista ad

un prezzo di 2000 £ l'80% del patrimonio netto del capitale sociale di beta che detiene terreni iscritti a 1000£, questo valore sarà riportato integralmente. Se si suppone che il valore economico di tali terreni corrisponda a 2000£, la rivalutazione sarà fatta pro-quota, in proporzione alla quota di partecipazione della controllante. Si riporteranno quindi terreni per $1000+800 (80\% 1000) =1800$. Il valore da iscrivere nel consolidato sarà quindi pari all'originario valore di iscrizione sommato all'attribuzione, pari alla differenza tra i 2 valori, pro quota rispetto alla partecipazione, nel momento in cui il valore corrente del bene sia superiore a quello di iscrizione. In presenza di avviamento che sorge da una eventuale differenza positiva non imputabile a maggior valore di una posta dell'attivo in quanto esso, se originario, non risulta iscritto, va imputato anch'esso pro quota e non integralmente. Secondo questa teoria contabile la voce "capitale e riserve di terzi" è calcolata moltiplicando il valore del patrimonio netto della società partecipata per la percentuale di capitale sociale non posseduto dalla maggioranza e quindi in mano a soggetti terzi.

2. Entity Theory:

Obbligatoria per i principi americani e facoltativa per i principi internazionali; in questa teoria il bilancio consolidato ha natura complementare e non sostitutiva rispetto al bilancio della capogruppo. Conseguentemente esso dovrà accogliere i valori di tutto il gruppo considerato come unità economica rilevando gli interessi sia della maggioranza che della minoranza azionaria. Il criterio di eliminazione della posta partecipazioni non segue il costo storico bensì quello del valore economico della società controllata. Il procedimento di eliminazione segue le stesse tappe con risultati diversi. La differenza di consolidamento è estrapolata dalla differenza del valore economico totale della partecipata e il "netto" effettivamente acquisito dalla capogruppo. Riproponendo lo stesso esempio, il valore economico dei terreni corrisponde a 2000£ ed il netto della società acquisita risulta essere pari 1000£. Tale maggior costo andrà integralmente imputato ai terreni, diversamente da quanto accade con la Company theory. Allo stesso modo l'avviamento, se presente, andrà caricato integralmente. In contropartita di questo maggior ricarico delle poste, la voce "capitali e riserve di terzi" verrà calcolata come la percentuale in mano a terzi moltiplicata per il valore economico della società controllata, non quindi per il suo book value come prevedono i principi italiani.

3. Modified Entity Theory/ Modified Company Theory:

Facoltativa per i Principi Contabili Internazionali (IFRS/IAS); si tratta di un procedimento di consolidazione nato dalla prassi delle società di revisione, che risulta essere un compromesso tra le

due precedenti teorie. Essa infatti porta a risultati diversi a seconda della fattispecie che si presenta. Nel momento in cui la differenza tra valore economico dell'azienda e il suo valore contabile sia attribuibile solamente a distinti beni materiali e non, essa dovrà essere imputata e rivalutata completamente come avviene nella Pure Entity theory. Al contrario, quando la differenza è attribuibile all'avviamento, questo sarà rivalutato pro quota rispetto al rapporto di partecipazione riproducendo la prassi prevista dalla Company theory. Infine, quando tale differenza sarà attribuibile ad entrambi i fattori si genererà un risultato diverso da entrambe, in quanto l'avviamento verrà caricato pro-quota e la rivalutazione del bene sarà fatta integralmente. La quota spettante ai terzi della minoranza azionaria sarà calcolata sulla percentuale di non partecipazione al capitale sociale per la quota di netto acquisita con esclusione dell'avviamento.

1.4.2. L'eliminazione delle partecipazioni indirette

Il procedimento di eliminazione delle partecipazioni indirette può essere graduale e simultaneo: entrambe, però, conducono allo stesso risultato e il loro uso è quindi rimesso alla discrezionalità della capogruppo.

Il procedimento di consolidamento graduale prevede che vengano uniti i singoli bilanci delle società lungo la catena, creando tanti sub- bilanci consolidati che convergeranno man mano a monte della catena. Questo procedimento è tipico dei gruppi che hanno molte sub-holding già consolidanti o più in generale di tutti i gruppi di limitate dimensioni. Lo sviluppo della catena è un fattore centrale per l'eliminazione delle poste di partecipazione in quanto il calcolo delle differenze di consolidamento assume connotati diversi: quando lo sviluppo è in avanti, con la capogruppo (A) che acquista una controllata (B) che a sua volta acquista un'altra società (C), in un primo tempo si consolida B con C e successivamente A con BC, usando le regole procedurali per il calcolo delle differenze sopra illustrate; nel momento in cui lo sviluppo è all'indietro, con B che compra C e successivamente A compra il pacchetto BC, il calcolo della differenza di consolidamento di A in B dovrà avvenire con il patrimonio netto di B su base consolidata e non quindi sul bilancio di esercizio della stessa B. Il procedimento graduale presenta limiti nel momento in cui la lunghezza della catena del gruppo risulti essere eccessivamente estesa ovvero quando lo sviluppo della stessa avvenga non in maniera diretta e consequenziale e senza seguire una precisa logica di sviluppo. Tutti questi ostacoli sono superati dal procedimento simultaneo: esso infatti non tiene conto della modalità in cui il gruppo si è sviluppato né tantomeno della lunghezza dello stesso. Tale procedimento si basa sulla logica delle percentuali di partecipazione che la capogruppo detiene all'interno delle controllate i c.d. "equity

ratios". Attraverso il calcolo di queste percentuali si ricostruisce facilmente la situazione del gruppo, sia esso sviluppo a catena o a raggiera: una volta conosciuti questi dati si procede all'eliminazione delle singole partecipazioni seguendo le regole illustrate per le partecipazioni dirette, considerando tutti rapporti come diretti con la capogruppo senza quindi considerare i rapporti intermedi come invece fa il procedimento graduale. Anche se rimessa alla discrezionalità del management della capogruppo, per la sua maggiore facilità di applicazione il consolidamento simultaneo risulta essere il più utilizzato dalle capogruppo.

1.4.3. L'elisione dei debiti e crediti intercompany

Al fine di garantire una veritiera e corretta rappresentazione della situazione patrimoniale del gruppo è fondamentale garantire un'adeguata trasparenza dei rapporti economici intercorrenti tra le società del perimetro di consolidazione. Quella dell'elisione dei debiti e dei crediti tra le società del gruppo rappresenta l'operazione cardine per esaurire questa finalità: se infatti tra le singole società possano esistere debiti, in un'ottica di gruppo dove i singoli soggetti sono accomunati da un'univoca direzione non è ammessa la presenza di tale circostanza. Tutte le controllate sono tenute infatti alla rendicontazione e alla comunicazione delle proprie situazioni debitorie e conseguentemente creditorie intercorrenti con altri membri del gruppo. Una volta accertata e quantificata la presenza di questa fattispecie, si procede all'eliminazione attraverso una semplice scrittura in partita doppia con i debiti in dare e i crediti in avere, purché essi siano (come la logica implica) di pari importo. È infatti possibile che gli importi non risultino di pari importo ma che le cifre siano discordanti. Tale discordanza può nascere da molteplici fattori per ognuno dei quali è prevista una specifica soluzione:

1. Pagamenti in transito o partite viaggianti: la società debitrice emette un pagamento nei confronti della propria creditrice. La prima registra l'operazione compensando l'uscita di cassa con l'eliminazione del debito verso l'altra società nel momento in cui il pagamento è stato emesso, mentre la creditrice non registra nulla fino all'effettivo incasso del pagamento, cosa che di regola avviene nei giorni successivi, creando così un dislivello contabile. Tale problema assume particolare rilevanza nel momento in cui si verifica nei pressi della data di chiusura del bilancio, quando al 31 dicembre la società creditrice non abbia ancora registrato tale incasso e portato a riduzione il proprio credito. La soluzione a tale fattispecie è chiamata "Sanatoria della discordanza", proposta dalla Banca d'Italia in ossequio dei principi contabili nazionali. Essa prevede che in sostituzione dell'aumento della

cassa di B (creditrice) ci sia una voce chiamata "Aggiustamenti di Consolidamento" che compensi l'abbassamento dei crediti verso la debitrice.

2. Differenti date di chiusura del bilancio: verificata la sussistenza di un rapporto di credito tra due società facenti parte del consolidato, sovente accade che le date di chiusura dei rispettivi bilanci di esercizi non coincida. In questa situazione, purché il credito sia della stessa entità del debito, si viene a creare un refuso sul calcolo degli interessi di competenza dell'esercizio e su quelli "portati a nuovo" sotto forma di ratei attivi e passivi dalle due società: in sostanza la società che chiude anticipatamente rispetto all'altra il bilancio di esercizio, creditrice o debitrice che sia, verrà a trovarsi con meno interessi di competenza in conto economico e registrerà maggiori ratei iscritti nello stato patrimoniale. La sanatoria opera in maniera piuttosto elementare in questa situazione: in primo luogo si porta in diminuzione la maggiore quota di ratei della società che per prima chiude il bilancio in contropartita di un aumento degli interessi di competenza; una volta che gli interessi di competenza ed i ratei delle due società risultano di pari importo, si effettua una compensazione delle poste che porta ad una reciproca eliminazione delle suddette voci. Infine, il debito si annulla con il credito.
3. Sconto cambiali attive: rappresenta l'ultima situazione in cui i saldi non corrispondono esattamente. Se infatti nella fase di emissione di un dato prestito la società debitrice rilascia delle cambiali riscuotibili in banca, la creditrice detiene il diritto all'incasso del debito da un soggetto terzo, la banca, che diviene di diritto creditrice del debitore sostituendosi in questo modo alla società che aveva concesso il prestito. Al configurarsi di questa condizione si dovrà, pertanto, eliminare per primi gli eventuali debiti rimanenti tra le due società, ammesso che il debito non sia stato interamente coperto dalle cambiali rilasciate, ed in secondo luogo correggere il destinatario del debito dalla società che lo ha concesso alla banca che nel rapporto l'ha sostituita.

1.4.4. Le operazioni infragruppo

Particolare attenzione è infine da dedicare a quelle operazioni che si realizzano all'interno dell'ambito di gruppo. Il principio generale stabilisce che il consolidato "deve includere soltanto le

operazioni che le società incluse nel consolidamento hanno effettuato con i terzi estranei al gruppo”²⁷, principio che come si vedrà è soggetto a molteplici deroghe.

In primo luogo, è necessario distinguere tra due tipologie di operazioni infragruppo:

- Operazioni che non modificano il patrimonio netto aggregato, caratterizzate dalla non realizzazione di margini all'esterno del gruppo e che si sostanziano nello spostamento di valori all'interno dello stesso.
- Operazioni che modificano il risultato economico ed il patrimonio netto aggregato. Sono tipici esempi di questa tipologia gli utili o le perdite realizzate sulla vendita dei prodotti o dal trasferimento di immobilizzazioni ovvero dalla distribuzione dei dividendi.

Sono escluse da quest'ultima categoria gli utili derivanti dai lavori in corso su ordinazione di terzi²⁸, quando un'impresa del gruppo abbia ricevuto l'incarico di realizzare una data opera e abbia commissionato ad altre società rientranti nel perimetro la loro esecuzione.

La logica sottostante a tale disciplina risiede nell'ormai ridondante concetto dell'unitarietà economica in seno al gruppo la cui oggettività in questa circostanza acquisisce una fortissima tangibilità: dovendo infatti considerare il gruppo come un'entità autonoma e formalmente indipendente dalle sue stesse componenti è del tutto normale considerare le operazioni tra le stesse società del tutto prive di sostanza nel momento in cui non abbiano impatto con l'ambiente esterno e circostante, ed in quanto tali necessitano di essere eliminate poiché la loro rendicontazione sarebbe da considerare come un fattore di disturbo alla corretta rappresentazione della situazione patrimoniale del gruppo.

²⁷ OIC 17 “Bilancio Consolidato” n.11

²⁸ Cfr. D.lgs. 127/1991 art 31 c.2

CAPITOLO 2: RIFLESSIONI SULLA FISCALITA' DI GRUPPO

Il primo capitolo è stato dedicato alla nozione di gruppo societario secondo il diritto civile ed i principi contabili al fine di comprendere la portata del fenomeno e la sua regolamentazione. Nelle seguenti pagine si avrà modo di osservare tale fenomenologia dal lato fiscale, dapprima attraverso l'analisi dell'imposta che colpisce il reddito societario, l'IRES, e successivamente con lo studio dell'istituto del Consolidato Fiscale Nazionale, regime facoltativo a cui i gruppi di società possono accedere per liquidare unitariamente il debito di imposta.

2.1. L'Imposta sul reddito delle società: cenni storici

Il percorso da cui si arriva all'attuale imposta sul reddito societario, introdotta nel 2003 e denominata IRES, è fondamentale alla comprensione della funzionalità cui essa risponde e dei caratteristici tratti che la contraddistinguono.

Dall'unità fino al secondo dopoguerra il sistema tributario italiano, per quel che riguarda l'imposizione diretta, era inefficacemente organizzato. Dapprima si componeva di una serie di tributi per lo più basati sul possesso di immobili, urbani o rurali, affiancati dall'imposta sulla ricchezza mobile, che si limitava ad assoggettare alla tassazione i derivati dall'impiego dei fattori produttivi.

Agli albori del nuovo secolo giunse rapidamente a maturazione l'idea che il sistema tributario dovesse essere riformato trovando il suo principio cardine nel concetto di reddito. I problemi interpretativi nascevano, però, perché non esisteva un'univoca nozione giuridica di reddito da cui trarre un determinato presupposto oggettivo da esporre a tassazione. Conseguentemente ci si affidava alle tre nozioni di reddito fornite dalla scienza delle finanze: la prima, il reddito prodotto, si basava sulla ricchezza derivante da una specifica fonte produttiva frutto della combinazione di fattori quali il capitale ed il lavoro; per reddito di entrata invece si intendeva qualunque incremento verificatosi nel patrimonio in capo ad un determinato soggetto, sia esso causato da una devoluzione ereditaria o dall'alienazione di beni; si definiva, infine, reddito consumato quella tipologia di ricchezza che veniva spesa ed immessa nel sistema. Dette nozioni sono ancora attuali ed utilizzate ai fini delle imposizioni tributarie. L'imposizione era contemplata in primis sul reddito prodotto, per poi accogliere una serie di tipologie di reddito entrata. Non era soggetto a tassazione il reddito consumato, la cui imposizione sarebbe stata considerata un deterrente al consumo degli individui e, in quanto tale, in contrasto con le logiche macroeconomiche.

Nel secondo dopoguerra si assistette ad un cambio della prospettiva di riferimento: nella Carta Costituzionale vennero introdotti alcuni concetti chiave, tra cui “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”²⁹. Il sistema tributario assunse, quindi, dei connotati ben precisi, perché l'imposta venne personalizzata, ossia applicata in base alle specifiche capacità contributive del soggetto.

In questo contesto l'impresa venne per la prima volta considerata come soggetto tributario indipendente ed autonomo dai suoi membri, con una propria capacità contributiva in virtù della titolarità di rapporti economici e patrimoniali. Il 6 agosto 1954 vede la luce la prima imposta sulle società, considerate quali autonomi contribuenti.

Le caratteristiche di tale imposta erano facilmente descrivibili: soggetti passivi erano tutte le persone giuridiche tenute alla redazione del bilancio, tra cui le Società di Capitali e le Mutue Assicuratrici; l'imposizione “a tenaglia” prevedeva la presenza di una duplice imposta, la prima (0,75%) che assoggettava tutto il patrimonio, mentre la seconda (15%) colpiva la parte di reddito eccedente il 6%, l'imposizione aveva carattere anti-elusivo perché evitava che gli utili non venissero distribuiti ai soci quali soggetti passivi dell'imposta sulle persone fisiche.

Tale imposta fu sostituita nel 1973 quando, attraverso la riforma delle imposte sui Redditi, venne istituita l'IRPEG³⁰ (imposta sul reddito delle persone giuridiche). Caratteri distintivi ed innovativi rispetto al passato erano rappresentati dall'allargamento e dalla maggiore precisione nell'individuazione dei soggetti passivi. Vi erano, quindi, comprese le società di capitali, gli enti commerciali e non commerciali aventi sede in Italia oltre alle società di ogni tipo e agli enti non residenti in Italia. Le società di persone residenti in Italia erano, invece, assoggettate all'IRPEF. Ulteriore novità era costituita dalla tipologia dell'imposta, che risultava essere proporzionale e fissa al 37%, percentuale che con gli anni andò a decrescere di un punto l'anno. Il gravame impositivo in capo a tali soggetti era ulteriormente appesantito dall'introduzione dell'Ilor (imposta locale sui redditi), mai effettivamente scomparsa dal sistema poiché corrisponde all'attuale Irap.

La riforma che portò all'attuazione delle suddette imposte aveva lo scopo di ristrutturare in maniera efficiente il sistema impositivo sia in termini meramente organizzativi, nel senso che il gettito erariale doveva essere scientificamente indirizzato rispetto alla fonte di provenienza, sia al fine di rendere maggiormente saldo il principio costituzionale dell'art. 53 della Costituzione, su cui tutto il sistema doveva essere basato. Se da un lato il legislatore è riuscito nei suoi intenti quantomeno in

²⁹ Art 53 Costituzione Italiana

³⁰ Cfr. D.p.r. n.598 29/09/1973

maniera parziale, assicurando una certa perequazione nel sistema impositivo, dall'altro ha sicuramente fallito: il pesantissimo gravame impositivo costituito dall'IRPEG ha favorito in maniera concreta i fenomeni di evasione ed elusione fiscale. È importante inoltre sottolineare che tale ricchezza già tassata, una volta acquisita dai soci a titolo di dividendo, era soggetta ad ulteriore tassazione, o, se distribuita ad altra persona giuridica, soggetta nuovamente alla stessa imposta. Il fenomeno della doppia imposizione era "paradossalmente" una previsione del legislatore giustificata dalla maggiore entrata, che costituiva una maggiore capacità contributiva, dovuta allo status di socio. Questa visione è stata, come si vedrà in seguito, decisamente superata dati i pessimi risultati a cui ha condotto in termini di Tax Compliance e soprattutto in termini di attrattività degli investimenti nelle società italiane.

Un'ultima considerazione la rivolgo all'influenza che la Comunità Europea, seppur in modo indiretto, ha esercitato sulla formazione dell'attuale IRES: l'unione doganale dei Paesi Europei, prevista dal Trattato istitutivo della Comunità Europea, ha prescritto l'abolizione dei dazi intra comunitari per permettere la libera circolazione di merci e persone e, conseguentemente, ha comportato la rinuncia da parte degli Stati membri all'imposizione libera delle imposte indirette. Queste ultime infatti, se imposte in maniera autonoma da parte degli Stati, avrebbero potuto costituire distorsioni nel commercio e soprattutto strumenti volti a favorire e proteggere la produzione interna.

La disciplina europea non ha previsto l'armonizzazione delle imposte dirette quale quella societaria, per cui la tassazione diretta è rimasta prerogativa dei singoli Stati che possono adattare a propria discrezione l'architettura impositiva interna. Gli unici vincoli restano i Trattati bilaterali per scongiurare il fenomeno della doppia imposizione.

Lo sviluppo di tale struttura ha favorito il conformarsi di gruppi o più in generale di reti d'interesse che valicano i confini nazionali, ma presenta alcune problematiche: se infatti la stessa comunità permette la libera circolazione delle merci ed insieme a questa la libertà di stabilimento, possono verificarsi disallineamenti impositivi tra gli Stati che comportano disuguaglianza e distorsione della concorrenza³¹. Nel concreto, le società di cui sopra hanno la possibilità di collocare liberamente i propri stabilimenti e la propria sede legale sfruttando tali difformità tributarie e la conseguente minor imposizione del reddito prodotto, così generando una serie di fenomeni "elusivi" e talvolta "evasivi".

³¹ Cfr. Battiston Ferrara "L'imposta sul reddito delle imprese commerciali" Roma, 2008, CEDAM

A riguardo ritengo pienamente attinente il memorandum redatto dall'economista italiano, nonché ex Presidente del consiglio, Mario Monti³² in tale trattazione egli sottolinea come “solo attraverso la creazione di un sistema tributario armonico e condiviso si possano evitare le distorsioni verificatesi negli ultimi trent'anni”³³. Nonostante i trattati della Comunità non possano imporre soluzioni obbligatorie per quanto concerne la tassazione d'impresa, la soluzione del problema può avvenire solo ove gli stessi Paesi ravvisino l'esigenza di ovviare a tale disparità. Allo stesso modo si è espressa la Corte di Giustizia delle Comunità europee condannando i Paesi che avevano adottato normative di favore alla concorrenza sleale³⁴

Come precedentemente illustrato, sono molte le cause che hanno spinto alla riforma dell'imposta societaria., la legge delega del 7 aprile 2003 che ha introdotto l'IRES è il frutto delle spinte riformiste.

2.1.1. Definizione dell'imposta

L'IRES, imposta sul reddito delle società, è un'imposta proporzionale con aliquota fissa al 24%³⁵. Essa si applica, come si avrà modo di chiarire, al reddito complessivo netto³⁶ per periodi d'imposta corrispondenti all'esercizio, se non diversamente previsto dallo statuto societario. Dal 2019 è inoltre prevista un'aliquota agevolata³⁷ corrispondente alla misura del 15% per quella parte di utili accantonati a riserva (esercizio 2018), conseguiti nell'esercizio delle attività commerciali. La parte assoggettabile a tale fiscalità di vantaggio non può superare il limite costituito dalla somma:

degli investimenti in nuovi beni strumentali all'attività di impresa;

del costo del personale dipendente assunto a tempo determinato o indeterminato. È, inoltre, necessario che tale personale sia localizzato in strutture produttive aventi sede in Italia per la maggior parte del periodo d'imposta. Ulteriore condizione è che si verifichi un incremento del numero complessivo medio di dipendenti impiegati nell'esercizio di attività commerciali.

2.2. I soggetti passivi IRES

Al fine di classificare in modo chiaro quali siano i presupposti soggettivi di tale imposta, occorre preventivamente esaminare l'art 5 del Testo unico delle imposte sui redditi, che descrive i redditi

³² Cfr. Memorandum Monti, 1996

³³ Anni 1960-1990

³⁴ Cfr. 8 luglio 2007, causa C-231/5

³⁵ Cfr. Art. 77 comma 1 TUIR

³⁶ Cfr. Art. 75 comma 1 TUIR

³⁷ Cfr. Art 1, comma 28-34, Legge di Bilancio 2019

prodotti in forma associata. Infatti, non tutti i redditi derivanti da attività d'impresa devono essere assoggettati a tassazione IRES. Come stabilisce il primo comma del suddetto articolo "I redditi delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili."

Le società di persone non possono essere considerate come soggetti passivi del tributo, lo sono bensì i singoli associati. Da qui la prima importante distinzione operabile in tema di reddito d'impresa, che prevede un diverso trattamento fiscale in base al tipo societario.

I soggetti passivi dell'IRES sono disciplinati dall'art 73 del TUIR e sono divisi in quattro diverse categorie:

- a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;
- b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato;
- d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.³⁸

Le prime due categorie possono ritenersi omogenee.

In particolare, la prima categoria si compone di soggetti giuridici la cui identificazione è compito relativamente semplice. Tale perimetro è infatti ben definito da due requisiti: il primo riguarda la forma, che deve essere quella di società di capitali, di mutua assicuratrice o di società ad esse assimilabili, desumibile dall'atto costitutivo redatto in forma di atto pubblico o in scrittura privata autenticata; il secondo invece concerne la residenza di tali veicoli societari, facilmente individuabile nella sede legale.

La seconda categoria assoggetta all'imposta tutti gli enti pubblici e privati che esercitino in modo esclusivo e principale un'attività commerciale. Anche se aventi diverso status, perché non costituiti

³⁸ Cfr. Art. 73 TUIR comma 1

in forma societaria, tali enti sono del tutto assimilabili ai soggetti richiamati dalla prima categoria e per la determinazione del reddito condividono le stesse regole.

Di diversa accezione risultano essere i soggetti individuati dalla terza categoria: se infatti il soggetto giuridico è sempre l'ente pubblico o privato diverso dalla società, ferma la residenza nel paese, questi non esercitano attività commerciale in maniera prevalente ed esclusiva. La non esclusività non è da considerare come fattore tale da far venir meno il requisito dell'attività commerciale. Infatti, il Tuir stabilisce chiaramente quale debba essere la corretta interpretazione: "L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto."³⁹ La distinzione tra attività primaria non è dunque operata in termini quantitativi come il fatturato o il numero di dipendenti come più volte il legislatore indica, bensì in termini qualitativi. L'attività primaria è quella che esaurisce lo scopo dell'ente non quella che maggiormente è rilevante. Pertanto, sarà assoggettato a tassazione anche l'ente esercente attività non principalmente commerciale, quando anche registri degli utili.

Infine, sono soggetti passivi d'imposta tutte le società, senza distinzione fra società di capitali e di persona, non residenti nel territorio statale. Il Legislatore ha voluto operare in questo senso poiché è compito assai arduo ricostruire i redditi prodotti dalle società di persone, quindi restano esposti a tassazione solamente i redditi prodotti in Italia.

Una volta esposti i soggetti passivi dell'IRES, è necessario analizzare il dettato della restante parte dell'art 73 TUIR, per comprendere quali siano i principi cardine che regolano tale fattispecie.

In primo luogo, il secondo comma dell'art 73 chiarisce: "Tra gli enti diversi dalle società, di cui alle lettere b) e c) del comma 1, si comprendono, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo."⁴⁰ La norma ha funzione di chiusura, in quanto essa tiene conto di quelle fattispecie che, come gli enti non commerciali, sono produttori di reddito ed in quanto tali soggetti a tassazione. I requisiti affinché possa configurarsi l'assoggettamento all'IRES sono implicitamente due: la presenza di una stabile organizzazione composta da mezzi e persone idonea al perseguimento di un fine economico

³⁹ Art. 73 TUIR comma 4

⁴⁰ Art. 73 TUIR comma 2

e l'effettiva produzione di un reddito che sia imputabile, come recita l'articolo, in modo univoco ed autonomo all'entità su cui ricade il presupposto impositivo.

2.2.1. Residenza e stabile organizzazione

Nel proseguire l'analisi dei presupposti soggettivi di tale imposta, è necessario menzionare quelli della residenza e della stabile organizzazione.

Esistono due principi cardine per l'imposizione tributaria: il principio del reddito mondiale prevede che vengano tassati i redditi dei residenti, a prescindere dal luogo in cui essi siano stati prodotti; mentre il principio della territorialità contempla l'assoggettamento a tassazione dei redditi prodotti internamente al territorio a prescindere dal soggetto produttore. Tale ultimo principio è in vigore per chi pur non risiedendo nel territorio italiano vi produca reddito. Nel caso in cui un altro stato adotti lo stesso principio è previsto un credito d'imposta, non superiore all'imposta dovuta in Italia, per evitare che si configuri una doppia imposizione.

La nozione di residenza è espletata dallo stesso articolo 73 TUIR: "Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato."⁴¹ Saranno, pertanto, colpiti da tale presupposto quei soggetti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno avuto l'oggetto principale ovvero la sede legale o amministrativa nel territorio dello stato. Ulteriore rafforzamento in chiave antielusiva è previsto dai successivi dettami: al fine di evitare fenomeni di triangolazioni societarie volte al trasferimento di ricchezza prodotta in Italia e talvolta trasferita in paesi con regimi fiscali più favorevoli "si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato."⁴² Si fa riferimento alla fattispecie del controllo di diritto, richiamata dall'art. 2359 comma 1 Codice civile, o di fatto, da parte di una società ovvero di un ente nei confronti di una società estera. La verifica della sussistenza

⁴¹ Art. 73 TUIR comma 3

⁴² Art 73 comma 5-bis TUIR

di tale controllo opera “rilevando la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato”.⁴³

Quello della stabile organizzazione è un concetto direttamente correlato con la residenza. Essa infatti costituisce la prova dell'effettiva produzione ed attività esercitata nel territorio dello Stato per quelle società che non sono residenti nello Stato. A fornire una precisa definizione di tale concetto è lo stesso TUIR: “la 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.”⁴⁴

È da notare che prima di questa connotazione, introdotta solamente nel 2003 con la riforma del diritto societario, Dottrina e Giurisprudenza erano concordi nel ritenere applicabile la definizione contenuta nelle convenzioni bilaterali sulle doppie imposizioni stipulate dall'Italia con i Paesi terzi ed in assenza di esse interveniva l'articolo 5 della convenzione OCSE⁴⁵. Tornando all'Art. 162 TUIR, esso puntualizza una serie di fattispecie esemplificative che portano (o non portano) alla configurazione di cosa sia la stabile organizzazione. Essenzialmente devono sussistere alcune caratteristiche variabili a seconda della tipologia della società o dell'ente non residente presente sul suolo italiano, che si riconducono ad alcuni fattori oggettivi che prescindono dalla natura dell'attività stessa: la sede direzionale, gli uffici, laboratori ed altri affini che devono essere caratterizzati dalla stabilità nell'installazione e nel proprio utilizzo per l'esercizio dell'attività svolta dall'impresa. Si chiarisce inoltre che non può essere considerata stabile organizzazione “l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa” o “la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna”⁴⁶.

Il Legislatore, ad ulteriore completezza della definizione, prevede inoltre una seconda fattispecie che porta alla configurazione della stabile organizzazione e che, conseguentemente, assoggetta il non residente a tassazione. Nel caso in cui l'impresa disponga di un soggetto, persona fisica o giuridica residente o meno, che abitualmente conclude contratti nel territorio dello Stato diversi dall'acquisto di beni in nome e per conto della società, si è in presenza di stabile organizzazione. Se

⁴³ Art 73 comma 5-ter TUIR

⁴⁴ Art 162 comma 1 TUIR

⁴⁵ “Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico”

⁴⁶ Art 162 comma 4 TUIR

invece lo status di tale soggetto è di agente indipendente che svolge solamente mansioni riferibili all'ordinaria amministrazione, non è possibile riferirsi a stabile organizzazione.⁴⁷

Una volta accertata tale stabile organizzazione la società non residente è assoggettata a tassazione. Le condizioni e le modalità di tale assoggettamento sono disposte dal Testo unico, secondo cui "il reddito della stabile organizzazione è determinato in base agli utili e alle perdite ad essa riferibili, sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche"⁴⁸. La stabile organizzazione prevede perciò l'attrazione nel reddito d'impresa di tutti i redditi dalla stessa prodotti imputabili al soggetto non residente nel territorio italiano.

2.3. La determinazione del reddito imponibile: considerazioni introduttive

Per la nozione di reddito imponibile è necessario definire quali differenze intercorrono tra la legislazione civilistica e quella tributaria in tema di obiettivi dalle stesse perseguiti.

I principi contabili di matrice civilistica si pongono come scopo quello di garantire la veridicità della situazione economica e patrimoniale in capo all'impresa, in attuazione dei principi della prudenza e della corretta e veritiera rappresentazione. Costituiscono, in sostanza, lo strumento attraverso cui l'impresa comunica con il mondo circostante degli stakeholders, assicurando la tutela dei soci e dei creditori che fanno conto sull'integrità patrimoniale della società. Invero il Legislatore opera in questa direzione lasciando considerevole margine di manovra all'imprenditore nella definizione e valutazione delle componenti di reddito che compongono il bilancio, siano esse positive o negative. Sono invece di diversa matrice le prerogative che fanno capo al sistema fiscale. In primo luogo, il margine di manovra, che come si è detto risulta essere ampio nella contabilità civilistica, è estremamente ridotto al fine di assicurare la certezza nella determinazione della base imponibile. Il riflesso di tale ratio è visibile nelle regole poste alla valutazione degli elementi del reddito diversa da quella operata in campo civilistico.

Queste differenze valutative comportano che la individuazione del reddito dei due sistemi non coincida. Il Legislatore ha voluto operare però una scelta intermedia, nel senso che il reddito imponibile ai fini fiscali deriva, seppur parzialmente, da quello individuato dal criterio civilistico. Conseguenza principale è la creazione di un certo grado di inquinamento fiscale all'interno del bilancio civilistico, la norma infatti crea non pochi problemi nella sua applicazione. L'imprenditore è

⁴⁷ Cfr. Art 162 comma 6-7 TUIR

⁴⁸ Art 152 comma 1 TUIR

spesso propenso ad operare scelte che non rientrano nella sfera della corretta gestione d'impresa, ma che assicurano un vantaggio a livello fiscale. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che, pur non dichiarando illegittima tale norma⁴⁹, ha sancito che eventuali deviazioni dell'interesse economico derivanti da tale inquinamento siano un ragionevole sacrificio per assicurare il rispetto del principio della capacità contributiva e, soprattutto, il contrasto alle pratiche di evasione ed elusione fiscale. Ulteriori modifiche sono state poi attuate nel corso degli anni, soprattutto in ragione di un necessario adeguamento alle Direttive europee⁵⁰, che nel tempo hanno portato il fenomeno dell'inquinamento fiscale a ridursi considerevolmente, fino alla riforma del 2001⁵¹ che ha stabilito l'eliminazione delle interferenze prodotte da tale norma facendo, però, salve le operazioni che tengono conto degli effetti fiscali.

Si può quindi concludere che l'inquinamento fiscale del bilancio civilistico sia un fenomeno del tutto debellato dal sistema fiscale. Resta comunque fermo un criterio di (seppur minore) parziale dipendenza dal bilancio civilistico, che fornisce un risultato economico non influenzato dalle norme tributarie, da cui partire e su cui è necessario applicare le opportune modifiche in modo tale da costituire una base imponibile che rispetti le finalità a cui il sistema tributario è improntato.

2.4. I Principi di determinazione del reddito imponibile

La determinazione della base imponibile è un processo che consta di varie fasi. La logica perseguita dal Legislatore è rinvenibile in alcuni principi cardine. Essi sono da ritenere fondamentali in quanto permettono di determinare a livello strutturale nonché temporale il modo in cui gli elementi positivi e negativi di reddito impattano sulla base d'imposta.

Nella sostanza questi sono 5:

- Il principio di derivazione
- Il principio di competenza
- Il principio di obbiettiva certezza
- Il principio di previa imputazione
- Il principio di inerenza

Nei prossimi paragrafi si procederà alla loro analisi.

⁴⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 17 Novembre 1982, n.186

⁵⁰ Cfr. D.lgs. 9 aprile 1991, n.127

⁵¹ Legge delega 1° ottobre 2001, n.366

2.4.1. Il principio di derivazione

L'enunciato dell'art. 83 TUIR stabilisce in maniera univoca l'applicazione del principio di derivazione: "il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione. In caso di attività che fruiscono di regimi di parziale o totale detassazione del reddito, le relative perdite fiscali assumono rilevanza nella stessa misura in cui assumerebbero rilevanza i risultati positivi."⁵²

Tale principio stabilisce il rapporto di dipendenza che sussiste tra il risultato fornito dal conto economico e la base imponibile rilevante ai fini fiscali. Ed invero il risultato del conto economico costituisce la base da cui partire, a cui vanno puntualmente applicate le relative variazioni per arrivare infine all'imponibile.

Nella determinazione della base imponibile assumono un ruolo chiave le variazioni fiscali. Concettualmente esse rappresentano lo strumento attraverso il quale il Legislatore limita la discrezionalità dell'imprenditore nella valutazione delle poste di bilancio al fine di rendere il risultato del conto economico maggiormente realistico. Esse si distinguono in base a 2 criteri:

- In aumento- rinvenibili in costi sostenuti dall'impresa che il Fisco non riconosce al fine di calcolare la base imponibile, che non possono quindi essere portati in deduzione.
- In diminuzione- si tratta di ricavi conseguiti durante l'esercizio che non vengono considerati per il reddito imponibile, o costi non integralmente dedotti nei precedenti esercizi.
- Permanenti- variazioni che sorgono nell'esercizio di competenza e non hanno riflesso in esercizi successivi, come ad esempio la non deducibilità di sanzioni amministrative o la deducibilità totale delle sopravvenienze attive
- Temporanee- variazioni con riflesso in esercizi successivi, che sorgono nel dato periodo di imposta. Si verificano nel momento in cui esiste una differenza di trattamento delle componenti civilistiche e tributarie e provocano fenomeni di tassazione anticipata o differita.

⁵² Art. 83 comma 1 TUIR

2.4.2 Il principio di competenza

“I ricavi, le spese e gli altri componenti positivi e negativi, per i quali le precedenti norme della presente Sezione non dispongono diversamente, concorrono a formare il reddito nell'esercizio di competenza”⁵³

Il criterio della competenza dispone l'imposizione del reddito di impresa nel momento della maturazione economica degli elementi attivi e passivi. Il carattere peculiare di tale principio è rinvenibile nella determinabilità degli elementi: esso non considera il flusso finanziario come elemento che certifica l'essere di una data posta di bilancio, bensì la sua oggettiva manifestazione economica.

Il Testo unico chiarisce che quello della competenza costituisce il criterio generale ma sono ammesse numerose deroghe a tale principio, quando si tiene conto del principio di cassa. Tali deroghe perseguono specifici obiettivi che il Legislatore vuole salvaguardare, ad esempio: i compensi agli amministratori sono deducibili nel momento in cui essi sono corrisposti e non quando siano maturati⁵⁴. Se infatti fossero deducibili nel momento della loro maturazione la società potrebbe deliberarli in un primo momento con il solo fine di abbattere l'imposta, e quindi con la ragione di evaderla, per poi corrisponderli successivamente o non corrisponderli del tutto. Ulteriori eccezioni sono disposte per i contributi in conto capitale⁵⁵ e per gli interessi di mora⁵⁶.

Il concetto di competenza viene talvolta approfondito sotto il profilo temporale. Il Legislatore stabilisce i tempi in cui si debba ritenere avvenuta disciplinando fattispecie diverse tra loro. In particolare, “i corrispettivi si considerano conseguiti e le spese di acquisizione sostenute”:

1. Cessioni di beni- nel momento in cui avviene la consegna o la spedizione, per i beni mobili, alla stipula dell'atto per i beni immobili e le aziende, o se successiva, al verificarsi dell'effetto “traslativo o costitutivo” del bene in questione.⁵⁷
2. Prestazione di servizi- alla data in cui essa è ultimata, ovvero, se la prestazione ha carattere pluriennale come per alcuni contratti, alla data di maturazione dei corrispettivi.⁵⁸

⁵³ Art. 109 comma 1 TUIR

⁵⁴ Cfr. Art. 95 comma 5 TUIR

⁵⁵ Cfr. Art. 88 comma 3 lettera b TUIR

⁵⁶ Cfr. Art. 109 comma 7 TUIR

⁵⁷ Cfr. Art. 109 comma 2 lettera a TUIR

⁵⁸ Cfr. Art. 109 comma 2 lettera b TUIR

3. Obbligazioni e similari- è ammessa la deduzione per periodi d'imposta la differenza tra le somme dovute alla scadenza e quelle effettivamente percepite determinate in conformità del piano d'ammortamento del prestito.⁵⁹

2.4.3. I principi di obbiettiva certezza e previa imputazione

Il principio di obbiettiva certezza è fortemente trascendente da quello di competenza, tanto che è contenuto alla fine dello stesso comma che lo disciplina, per cui “le spese e gli altri componenti di cui nell'esercizio di competenza non sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare concorrono a formarlo nell'esercizio in cui si verificano tali condizioni.”⁶⁰

Esso si sostanzia in due presupposti fondamentali: la certezza del singolo componente reddituale (an), e la sua obbiettiva determinazione o quantomeno determinabilità (quantum). La certezza dell'esistenza, ad esempio di un credito, consiste nella presenza di un titolo probatorio, sia esso rappresentato da una norma giuridica o da un atto ovvero fatto giuridico. La determinabilità è invece la proprietà connessa alla stessa prestazione di essere oggetto di una precisa quantificazione, che per converso non può essere oggetto di congettura da parte dell'imprenditore. Attraverso il confronto con i principi contabili nazionali, è possibile osservare le differenze intercorrenti riguardo il requisito della certezza. Dal lato dei ricavi le due corrispondono totalmente nell'individuazione richiesta. Tale similarità al contrario non si riscontra dal lato delle componenti negative di reddito in quanto il principio della prudenza civilistica predispone l'iscrizione dei costi stimati o presunti, cosa che non avviene a livello fiscale in virtù della maggiore oggettività richiesta nel calcolo della base imponibile.

Il principio della previa imputazione interessa solamente le componenti negative di reddito ed anch'esso è strettamente afferente all'ambito della competenza. A riguardo si chiarisce che “Le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui non risultano imputati al conto economico relativo all'esercizio di competenza”⁶¹. Non possono perciò essere soggetti a deduzione quei costi che non siano stati regolarmente iscritti e rilevati entro la chiusura dell'esercizio di competenza. La norma ammette delle eccezioni in luogo dell'applicazione di principi contabili che intimano la collocazione a stato patrimoniale di talune poste che i principi italiani impongono invece al conto economico. Di diversa natura sono invece le altre eccezioni che

⁵⁹ Cfr. Art. 109 comma 2 lettera c TUIR

⁶⁰ Art. 109 comma 1 TUIR

⁶¹ Art. 109 comma 4 TUIR

concernono l'ammissibilità a deduzione primariamente dei costi imputati a esercizi precedenti la cui deduzione sia stata preventivamente posticipata, oltre ad una serie di costi non imputabili a conto economico ma deducibili per disposizioni di legge nella misura in cui abbiano concorso alla formazione del reddito e che la loro esistenza sia certificata da elementi "certi e precisi"⁶².

2.4.4. Il principio dell'inerenza

Ultimo, ma non per importanza, principio regolatore del reddito d'impresa è quello dell'inerenza. Il precetto stabilisce che "Le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi."⁶³Viene quindi sancita la relazione chiave intercorrente tra spesa ed impresa, dove nel concreto tutti i costi inerenti alla sfera imprenditoriale e perciò concorrenti alla formazione del reddito sono degni della salvaguardia fiscale attraverso la deducibilità. Allo stesso modo non possono essere ammessi a deducibilità quei costi sostenuti che rientrano nella sfera personale dell'imprenditore o dell'impresa.

Il confine tra la sfera imprenditoriale e quella extra imprenditoriale non è di facile individuazione. Si sono verificati, infatti, una serie di innumerevoli contenziosi al riguardo, dovuti proprio alla non regolamentazione specifica delle fattispecie considerate al limite. La Giurisprudenza ha spesso discusso sull'opportunità della deducibilità delle sanzioni civili irrogate all'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa, come ad esempio una multa inflitta al corriere per avere lasciato il mezzo in divieto di sosta. Se infatti la consegna delle merci nei tempi e nei luoghi costituisce la principale fonte di ricavi per un'agenzia che fa da corriere, conseguentemente è possibile ritenere la potenziale multa ricevuta come un costo sostenuto alla formazione dello stesso reddito. In questo senso⁶⁴ parte della giurisprudenza si è espressa, ritenendo ammissibile la deducibilità di sanzioni ricevute di questo stampo. La Dottrina e l'altra parte della Giurisprudenza al contrario ritengono che tale sanzione civile non possa essere ammessa a deduzione in virtù di uno specifico fattore, riscontrabile nella funzione di interesse pubblico cui la sanzione risponde, cioè quello di intimidazione e repressione di comportamenti non corretti nei confronti della comunità: nel momento in cui si rende possibile la configurazione di un vantaggio fiscale dalla sanzione,

⁶² Cfr. Art. 109 comma 4 lettera b TUIR

⁶³ Art. 109 comma 5 TUIR

⁶⁴ Cfr. Trib. Prov. Di Matera, sent. n.437 del 27/06/2001

quest'ultima viene del tutto svuotata della sua funzione.⁶⁵ Il tema resta tuttora fortemente dibattuto.

Il sistema tributario ammette una serie di fattispecie dove l'inerenza viene presunta, ammettendo perciò la parziale deducibilità di tali spese:

1. Le spese relative alle autovetture aziendali: è ammessa la deducibilità del 20 % ordinario del costo del veicolo, dove non si tiene conto "della parte del costo del veicolo che eccede lire 35 milioni (18.075,99 Euro) per autoveicoli e autocaravan, lire 8 milioni (4131,66 Euro) per motocicli, lire 4 milioni (2065,83 Euro) per ciclomotori"⁶⁶. Ulteriore deduzione è prevista nella misura del 70% per i veicoli in uso promiscuo ai dipendenti senza limiti massimo di costo della vettura, a condizione che tale uso si verifichi "per la maggior parte del periodo d'imposta"⁶⁷.
2. Spese di rappresentanza: tali costi sostenuti dall'impresa volti a consolidarne e promuoverne gli affari attraverso l'erogazione di servizi o la cessione di beni a titolo gratuito, sono deducibili in determinate percentuali che variano al crescere dei ricavi della gestione caratteristica, pari: a) "all'1,5 per cento dei ricavi e altri proventi fino a euro 10 milioni; b) allo 0,6 per cento dei ricavi e altri proventi eccedente Euro 10 milioni fino a Euro 50 Milioni; c) allo 0,4 per cento per la parte eccedente Euro 50 milioni".⁶⁸
3. Spese telefoniche: sono deducibili nel limite dell'80%, considerando sia i telefoni mobili che quelli fissi.

Il confine tra la sfera imprenditoriale e quella extra imprenditoriale non è di facile individuazione. Si sono verificati infatti una serie innumerevoli contenziosi al riguardo, in relazione al fatto che molte fattispecie considerabili al limite non siate state specificatamente disciplinate. La giurisprudenza ha spesso discusso riguardo alle sanzioni civili irrorate nell'esercizio dell'attività di impresa, ad esempio una multa in cui può incorrere il corriere lasciando il mezzo in divieto di sosta, possano essere dedotte. Se infatti la consegna delle merci nei tempi e nei luoghi costituisce la principale fonte di ricavi per un'agenzia che fa da corriere, conseguentemente è possibile ritenere la potenziale multa ricevuta come un costo sostenuto alla formazione dello stesso reddito. In questo senso⁶⁹ parte della

⁶⁵ Cfr. Trib. Prov. Di Cagliari, sent n. 347 del 19/06/2002

⁶⁶ Art. 164 comma 1 lettera b TUIR

⁶⁷ Art. 164 comma 1 lettera b-bis TUIR

⁶⁸ Art. 108 comma 2 TUIR

⁶⁹ Cfr. Tribunale Prov. Di Matera, sent. n.437 del 27/06/2001

giurisprudenza si è espressa, ritenendo ammissibile la deducibilità di sanzioni ricevute di questo stampo. La dottrina e l'altra parte della giurisprudenza al contrario ritengono che tale sanzione civile non possa essere ammessa a deduzione in virtù uno specifico fattore, riscontrabile nella funzione di interesse pubblico cui la sanzione risponde, cioè quello di intimidazione e repressione di comportamenti non corretti nei confronti della comunità: nel momento in cui si rende possibile la configurazione di un vantaggio fiscale dalla sanzione, quest'ultima viene del tutto svuotata della sua funzione.⁷⁰ Il tema resta tuttora fortemente dibattuto.

2.5. Il regime fiscale degli interessi passivi e delle perdite

Ho scelto di dedicare un'apposita sezione all'analisi di queste due fattispecie. Il loro rilievo non si esaurisce solamente nello studio dell'imposta societaria in quanto sono due concetti molto importanti all'interno dell'istituto del Consolidato Fiscale come si vedrà in seguito.

2.5.1. Gli interessi passivi

La norma fiscale che presiede la regolamentazione degli interessi passivi è stata soggetta a recente modifica con l'introduzione della Normativa ATAD⁷¹.

Sin dalla sua introduzione, la norma prevedeva (e tuttora prevede) in sostanza la deducibilità degli interessi passivi. La finalità era quella di disincentivare il finanziamento bancario, circostanza che poteva costituire fenomeni di elusione fiscale spesso ravvisabili nell'assoggettamento a tassazione separata del socio conferente il capitale di credito, regime agevolato rispetto a quello del reddito societario. Ulteriore finalità era riscontrabile nel coordinamento normativo a livello comunitario in materia di finanziamento attraverso capitale di rischio, altresì conosciuta come emissione di equity. Per quanto riguarda lo specifico funzionamento di questa norma, si chiarisce che gli interessi passivi sono deducibili in ogni periodo d'imposta, nella misura di due parametri:

- “Fino a concorrenza degli interessi attivi e dei proventi assimilati”
- “Eventuale eccedenza degli interessi passivi su quelli attivi è deducibile nel limite del 30% del risultato operativo lordo (ROL)”⁷²

⁷⁰ Cfr. Tribunale Prov. Di Cagliari, sent n. 347 del 19/06/2002

⁷¹ Anti-Tax Avoidance Directive

⁷² Art. 96 comma 1 TUIR

La direttiva ha sancito una sostanziale modifica nell'individuazione degli interessi oggetto della disciplina, sia attivi che passivi. In particolare, è necessario che tali interessi siano "qualificati come tali" dai principi contabili cui l'impresa fa riferimento e che siano "confermati" sul piano fiscale in attuazione del principio di derivazione rafforzata. Con chiare finalità antielusive, si chiarisce inoltre che tali interessi debbano nascere da un'operazione avente causa finanziaria o da un rapporto contrattuale "contenente una componente di finanziamento significativa"⁷³. La stretta relazione che deve conseguentemente intercorrere sul piano contabile e quello fiscale consente di determinare in maniera più oggettiva e sostanziale quelle operazioni, da cui scaturiscono gli interessi, per le quali non si prevede l'ammissione a deducibilità. Tra queste sono da annoverare le operazioni pronte contro termine aventi ad oggetto titoli o strumenti finanziari, per la quale il TUIR prevede esplicitamente la non applicazione della derivazione rafforzata⁷⁴, ovvero quegli interessi contabilizzati in virtù dell'attualizzazione di passività aventi scadenza o ammontare incerti, la quale natura è rinvenibile in quella di accontamenti ed in quanto tali non ammessi a deduzione. Sono infine assoggettate all'articolo 96 le spese necessarie al collocamento di titoli sul mercato obbligazionario, oltre agli interessi di mora risultanti da rapporti con la pubblica amministrazione relativi al ritardo di pagamenti.⁷⁵

Ulteriore e sostanziale novità è rinvenibile nella riportabilità in avanti di eventuali eccedenze di interessi attivi. Nel caso in cui, nel contesto di un particolare esercizio, la società presenti una maggioranza di interessi attivi rispetto a quelli passivi in virtù della messa in atto di operazioni come quella di finanziamento, l'eccedenza non è deducibile nell'esercizio di riferimento ma, al contrario della previgente disciplina, è riportabile senza limiti temporali negli esercizi successivi⁷⁶. Questa formulazione è frutto di una precisa logica contabile. La natura di alcune operazioni o lo stesso andamento dell'impresa genera di per sé periodi d'imposta con eccedenza di interessi attivi seguiti poi da altri esercizi che presentavano eccedenze dal lato dei passivi e viceversa. La norma risponde a tale esigenza rendendo gli interessi attivi riportabili in avanti nel momento in cui essi non siano totalmente deducibili nel periodo d'imposta dove essi sono risultati. Nell'ambito di gruppo questa riportabilità costituisce uno dei principali vantaggi in quanto tali interessi potranno essere portati in

⁷³Alessandra Serena "Il recepimento della Direttiva ATAD in materia di interessi passivi" in Bilancio e reddito d'impresa 2/2019 pag. 6

⁷⁴ Cfr. Art. 44 comma 1 TUIR

⁷⁵ Cfr. Art. 96 comma 3 TUIR

⁷⁶ Cfr. Art. 96 comma 4 TUIR

deduzione per l'abbattimento della base imponibile, che come si vedrà in seguito nell'analisi del consolidato fiscale è calcolata come la somma dei singoli redditi imponibili del perimetro di gruppo, insieme all'eventuale eccedenza del ROL.

Il secondo elemento di sostanziale importanza all'interno dell'analisi degli interessi passivi e della loro deducibilità è costituito dal concetto di Reddito Operativo Lordo. A livello contabile è equivalente al concetto di EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization) che misura il margine operativo lordo delle imprese e, più generale, risulta essere un indicatore utilizzato dalla finanza aziendale. La sua funzionalità si esplica nel momento in cui gli interessi attivi ed i proventi assimilati non risultino sufficienti a coprire la totalità degli interessi passivi di periodo potenzialmente deducibili. In questa situazione, è possibile creare ulteriore capienza portando, nei limiti del 30%, a deduzione della base imponibile il ROL.

La direttiva ATAD ha apportato a riguardo delle modifiche su tale indicatore. La prima riguarda la riportabilità in avanti di un'eventuale eccedenza che precedentemente non aveva limiti temporali, mentre nell'attuale disposizione è fissata a 5 anni. La seconda modifica interviene nella metodologia con cui esso deve essere calcolato. Si è passati infatti da un concetto di ROL contabile, il cui calcolo si sostanzia nella differenza tra valore e costi della produzione (voce A meno voce B del conto economico) con esclusione degli ammortamenti delle immobilizzazioni materiali e non, oltre che dei canoni di leasing, ad un concetto di ROL fiscale⁷⁷. Questo cambiamento operato dal Legislatore è stato attuato al fine di ridurre la discrezionalità dell'imprenditore largamente presente in sede contabile. Conseguentemente i valori delle poste necessarie ai fini del calcolo, che come visto corrispondono alle voci comprese tra il valore ed i costi della produzione con le dovute esclusioni, saranno valutate ai sensi della normativa fiscale. Le spese di rappresentanza costituiscono un chiaro esempio della circostanza, in quanto il valore da prendere in considerazione sarà al netto delle deduzioni previste dal principio dell'inerenza, così come qualsiasi altro valore soggetto a variazione fiscale. Il risultato dovrebbe essere, almeno nelle intenzioni della Direttiva, quello di rendere tale parametro maggiormente oggettivo al fine di escludere fattispecie elusive come il rigonfiamento di quest'ultimo con la finalità unica di abbattere il debito d'imposta.

Dal momento in cui la riforma di questo articolo è entrata in vigore dall'esercizio 2019 non si sono ancora constatati gli effetti ed i risultati che la normativa ha apportato. È tuttavia da riportare un apparente scetticismo da parte degli addetti ai lavori sopra il cambiamento del ROL da contabile a fiscale per la difficoltà di calcolo che esso potrebbe implicare.

⁷⁷ Cfr. Art. 96 Comma 4 TUIR

2.5.2. Il regime fiscale delle perdite di esercizio

Il dettame del testo unico sancisce che “La perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme valesi per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare.”⁷⁸ La formulazione prevede inoltre che le perdite conseguite nei primi 3 esercizi d'imposta possano essere portate in totale deduzione della base imponibile degli esercizi successivi⁷⁹ senza limiti temporali, così come le perdite conseguite oltre il terzo esercizio. La finalità dell'istituto del riporto delle perdite pregresse è riscontrabile nella neutralizzazione dell'imposizione sui redditi che non accrescono il patrimonio del contribuente. Si rende così necessario riconoscere al contribuente il diritto di traslare in avanti nel tempo tali perdite come credito d'imposta. La fattispecie designata per i primi tre periodi è inoltre molto vicino a quello che la realtà ci mostra: chiudere in perdita nei primi esercizi successivi alla nascita costituisce la prassi piuttosto che l'eccezione ed in questa corretta direzione ha voluto operare la legislazione. Inoltre, questo sistema offre dei vantaggi a livello organizzativo: da un lato, in sede di dichiarazione dei redditi le società possono compensare un debito con un credito d'imposta e d'altra parte l'amministrazione finanziaria non dovrà essere chiamata ad adempiere all'eventuale credito del contribuente in presenza di perdite fiscali.

L'attuale disciplina è anch'essa frutto di una recente riformulazione prevista dalla Legge di Bilancio 2018. Sono principalmente due gli aspetti su cui la legge è intervenuta: in primis sono stati aboliti i limiti temporali sopra il riporto per le perdite ordinarie, cioè verificatesi oltre il terzo esercizio, che era precedentemente stabilito in 5 anni; inoltre, è stata fissata la soglia dell'80% sempre sulla stessa tipologia di perdite in quanto nella precedente riformulazione erano integralmente riportabili.

Questo riporto costituisce uno strumento strategico all'interno del Consolidato Fiscale in virtù della possibilità di trasferimento all'interno delle società rientranti nel perimetro di consolidamento. È infatti prevista una particolare disciplina al fine di regolamentare questa fattispecie che sarà successivamente presa in esame.

2.6. Il Consolidato Fiscale Nazionale

L'istituto del Consolidato fiscale, altresì noto come Fiscal Unit o tassazione di gruppo è lo strumento attraverso il quale i gruppi di imprese possono, in quanto l'adesione a questo regime è facoltativa,

⁷⁸ ART 84 Comma 1

⁷⁹ Art. 84 comma 3 TUIR

determinare unitariamente il debito d'imposta in capo ad un unico soggetto, la società controllante o consolidante.

Prima di esaminarne il peculiare funzionamento si rendono necessarie alcune riflessioni di carattere generale.

Nonostante la funzionalità dell'istituto sia riscontrabile nella creazione di un'apposita regolamentazione a livello fiscale di tale fenomeno, non è possibile affermare che possa conseguentemente configurarsi una soggettività tributaria del gruppo stesso. Come illustrato nel primo capitolo infatti, purché le società che lo compongono siano sostanzialmente assoggettate da una direzione unitaria a livello economico, non è possibile riconoscere a livello formale una soggettività giuridica. Le partecipanti restano soggetti distinti ed autonomi rispetto al fenomeno che congiuntamente conformano e non può persistere una soggettività tributaria, nonostante il gruppo, fenomeno formalmente astratto, abbia una propria capacità contributiva. In questo senso sono riscontrabili molti tratti della disciplina che il Legislatore ha voluto creare. Ulteriore riflessione è da fare riguardo il contesto che ha portato alla sua introduzione. Prima che tale istituto fosse introdotto nel 2004⁸⁰, a livello fiscale la fenomenologia del gruppo d'impresa era stata episodicamente affrontata attraverso singoli strumenti come quello dell'IVA consolidata⁸¹, senza mai predisporre una legislazione omogenea che la disciplinasse interamente, nonostante quello dei gruppi fosse fenomeno già ampiamente diffuso nella pratica.

Inoltre, la maggior parte delle legislazioni fiscali europee aveva da tempo predisposto il Consolidato fiscale. L'insieme di queste esigenze hanno portato all'introduzione del Fiscal Unit che negli anni ha subito sostanziali modifiche.

2.6.1. Tratti caratteristici della tassazione di gruppo

Il Consolidato Fiscale Nazionale è un regime facoltativo cui le imprese facenti parte del gruppo possono accedervi per 3 anni attraverso la sottoscrizione di un'apposita opzione, al verificarsi di alcune condizioni che si avrà modo di illustrare. Il suo funzionamento non ha tratti comuni o tantomeno è derivato dal suo corrispettivo in ambito contabile, in quanto il suo risultato a cui si arriva per determinare il debito d'imposta è del tutto indipendente e peculiare rispetto al bilancio consolidato. L'imponibile di gruppo, unitariamente e globalmente considerato, è il risultato della somma algebrica dei singoli imponibili delle società facenti parte del perimetro di consolidamento.

⁸⁰ Cfr. D.Lgs. 12/12/2003, n. 344

⁸¹ Cfr. DM 13 dicembre 1979

Tale risultato dovrà poi subire alcune variazioni in aumento ed in diminuzione espressamente previste dalla vigente disciplina. È infatti sancito l'obbligo alle società partecipanti di compilare autonomamente la propria dichiarazione dei redditi, ma non di liquidare il debito. Una volta compilata, essa sarà trasmessa alla capogruppo che dovrà compilare il modello CNM⁸² ai fini della dichiarazione dei redditi di gruppo.

2.6.2. Soggetti ammessi al Fiscal Unit

La partecipazione a tale regime può avvenire in qualità di due diverse tipologie di soggetti: società controllante ovvero società controllata. L'istituto riguarda l'imposta societaria e verosimilmente i soggetti ammessi risultano essere quelli disciplinati dall'Art. 73 ex TUIR, con le dovute differenze a seconda che le società entrino nel perimetro in qualità di controllate o controllanti. Possono infatti essere ammesse in qualità di controllanti tutte le società ovvero enti residenti in Italia assoggettate all'imposta sul reddito societario e le società od enti non residenti aventi stabile organizzazione nel territorio dello Stato a condizione che siano residenti in uno Stato con cui "L'Italia abbia in vigore un trattato contro le doppie imposizioni"⁸³. Inoltre, in base ad una recente modifica⁸⁴, è consentita alle società residenti "in paesi appartenenti all'Unione europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni"⁸⁵, mancanti del requisito della stabile organizzazione nel territorio italiano, la possibilità di designare una società c.d. "sorella", residente o con stabile organizzazione⁸⁶, che eserciti l'opzione per il consolidamento: Nella sostanza, la società estera dovrà indicare una società residente o non residente con stabile organizzazione su cui la prima eserciti un controllo di diritto o di fatto ai sensi dell'art 2359 codice civile; in virtù di questa delega la controllata designata dovrà esercitare l'opzione con conseguente attribuzione del regime di responsabilità previsto, non potrà inoltre consolidare le società che esercitano un controllo su di essa.

La norma recentemente introdotta si inserisce nel contesto del Decreto di internazionalizzazione, volto primariamente a favorire la libertà di stabilimento nel contesto comunitario. Si è infatti voluta inserire per le società estere operanti in Italia la possibilità di accesso a questa particolare disciplina

⁸² Modello Consolidato Nazionale Mondiale

⁸³ Art. 117 comma 1-2 TUIR

⁸⁴ Cfr. D.Lgs. 14/09/ 2015, n.147

⁸⁵ Art. 117 comma 2 bis TUIR

⁸⁶ Cfr. Art.117 comma 2-ter TUIR

con l'intento di favorirne l'afflusso di capitali e di investimenti riservando un regime tributario che per la sua elasticità potrebbe risultare meno gravoso.

Per quanto riguarda le società ammesse in qualità di consolidate o controllate, il perimetro risulta essere maggiormente circoscritto: possono far parte di questo regime solamente le società residenti nel territorio dello Stato e costituite in forma di capitali; sono pertanto escluse le cooperative, gli enti e le mutue assicuratrici. Tuttavia, come stabilito dal comma 5-bis dell'articolo 73 TUIR (soggettivi passivi d'imposta), la residenza è presunta per quelle società non residenti in Italia ma controllate di diritto⁸⁷ da soggetti residenti in Italia ovvero se amministrata da un organo di gestione perlopiù composto da soggetti residenti nel territorio dello Stato.

Sono escluse di diritto dal perimetro di consolidamento tutte quelle società che beneficiano di un'aliquota IRES ridotta. È questo il caso delle società che hanno optato per il regime della trasparenza, ovvero soggetti a liquidazione, procedure concorsuali, amministrazione straordinaria.

2.6.3. L'opzione

L'opzione costituisce l'azione attraverso cui le società interessate, ovvero ammissibili, esprimono la loro volontà di entrare nel perimetro di consolidamento fiscale. Essa costituisce una facoltà non quindi un obbligo in capo alle società che costituiscono il gruppo stesso. Ne deriva quindi che il perimetro fiscale può essere conformato in molteplici maniere, con la possibilità di escludere da tale perimetro quei soggetti per i quali non sussiste nessun interesse o vantaggio nella partecipazione. È concessa la possibilità di inserimento successivo alla prima opzione ad altre società purché in qualità di consolidate, previa comunicazione all'Agenzia delle Entrate.

L'opzione è di durata triennale ed inoltre irrevocabile una volta sottoscritta. La finalità perseguita dal Legislatore attraverso l'imposizione della durata triennale, così come nell'irrevocabilità, consiste "in una cautela fiscale affinché non si renda particolarmente agevole la partecipazione alla tassazione di gruppo per quei soggetti che solo occasionalmente e temporaneamente transitano all'interno del gruppo per poi fuoriuscirne una volta conseguiti i benefici fiscali fruibili dalla partecipazione stessa"⁸⁸. Una volta terminato il periodo triennale il rinnovo dell'opzione è previsto tacitamente.

⁸⁷ Cfr. Art. 2359 comma 1 Codice civile

⁸⁸ Relazione di accompagnamento al DM 9 Giugno 2004

L'efficacia dell'esercizio dell'opzione è subordinata al verificarsi di alcune condizioni⁸⁹, il cui ricorso deve avvenire simultaneamente:

1. Identità dell'esercizio sociale, per cui la data di chiusura del bilancio di esercizio deve corrispondere per tutte le società che aderiscono al regime;
2. L'esercizio dell'opzione da parte della controllante congiuntamente a tutte le controllate e successiva comunicazione all'Agenzia delle entrate in espressione della volontà negoziale delle parti;
3. L'elezione di domicilio presso la sede legale della società controllante, "ai fini della notifica degli ed i provvedimenti relativi ai periodi d'imposta per cui l'opzione è stata esercitata";⁹⁰
4. Identità tributaria dei soggetti aderenti, con aliquota ordinaria al 24%.

2.6.4. Il requisito del Controllo

L'individuazione del requisito del controllo a livello fiscale costituisce la più marcata differenza dall'ambito contabile. Se nel bilancio consolidato sono comprese tutte le società con cui la controllante detiene una partecipazione configurante un'influenza non necessariamente dominante, a livello fiscale la situazione è del tutto differente. Infatti, tra la controllante e le controllate devono sussistere congiuntamente una serie di presupposti configuranti controllo di diritto e influenza dominante:

- Partecipazione diretta o indiretta al capitale sociale di ogni controllata superiore al 50%, al di fuori delle azioni esenti del diritto di voto⁹¹
- Disposizione della maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea ordinaria, c.d. Controllo di diritto⁹²
- Partecipazione all'utile delle controllate superiore al 50%, senza tenere conto delle azioni senza diritto di voto, che spesso riservano una quota di utile maggiore (azioni di risparmio)

Tali requisiti devono verificarsi nel momento in cui l'opzione è esercitata ed inoltre devono sussistere, sempre in modo congiunto, sino al termine del triennio per cui l'opzione è stata esercitata. La mancata sussistenza può portare alla cessazione della partecipazione al regime di gruppo per la società sulla quale vengano a mancare i requisiti.

⁸⁹ Cfr. Art. 119 comma 1 TUIR

⁹⁰ Art. 119 comma 1 lettera c TUIR

⁹¹ Cfr. Art. 120 comma 1 lettera a TUIR

⁹² Cfr. Art. 2359 comma 1 lettera a

Nel concreto non esiste quindi la possibilità che il gruppo “contabile” possa corrispondere interamente al gruppo “fiscale” in virtù delle esposizioni suddette, a meno che la controllante detenga solamente partecipazioni superiori al 50% in ogni sua controllata. Il Testo Unico chiarisce inoltre di tenere conto di “della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo”⁹³. Quello della demoltiplicazione, altresì noto come effetto demoltiplicativo, è un fenomeno che si verifica, appunto, lungo la catena di collegamento per cui le partecipazioni detenute dalla capogruppo, man mano che la catena diventa più lunga, vanno a diminuire in virtù della crescente interposizione di altri soggetti. Ne consegue quindi che i gruppi c.d. “a catena” risultino meno favoriti nell’applicazione di tale regime, mentre quelli a raggiera maggiormente agevolati in quanto le partecipazioni sono dirette.

Resta ad ogni modo fermo il principio secondo il quale la composizione del gruppo a livello fiscale è rimessa alla capogruppo che può conformarne la sua struttura al fine di trarne i maggiori vantaggi disponibili.

2.6.5. Gli obblighi delle controllate e della controllante

Al fine di garantire l’efficacia del funzionamento di questo regime, il Legislatore ha voluto istituire dei precisi obblighi in capo ai soggetti partecipanti al Consolidato Nazionale. Essi si dividono in base alla qualità che il soggetto partecipante assume, se controllato o controllante. È necessario precisare che il Legislatore fissa gli aspetti di carattere generale che sorgono sopra le società, mentre per gli aspetti specifici la caratterizzazione è rimessa alle società stesse che attraverso il c.d. “accordo di consolidamento”, la cui analisi è rimessa nel prossimo paragrafo.

Una volta esercitata l’opzione, le controllanti devono⁹⁴:

- Provvedere alla compilazione della dichiarazione dei redditi, tenendo conto delle ritenute d’imposta subite e applicando, ove possibile, la deduzione delle perdite anteriori all’opzione, in quanto esse non risultano compensabili all’interno del Consolidato, trasmettendo tale dichiarazione al soggetto controllante e con l’obbligo di non liquidare l’imposta⁹⁵;

⁹³ Art. 120 TUIR

⁹⁴ Cfr. Art. 121 comma 1 lettera a TUIR

⁹⁵ Cfr. DM. 9/06/2004 Art. 7 lettera a

- Comunicare lo specifico regime di cessione dei crediti d'imposta registrati successivamente all'entrata nella tassazione di gruppo, "ai fini della compensazione con l'imposta sul reddito delle società dovuta dalla consolidante"⁹⁶;
- Indicare l'eventuale presenza di redditi prodotti all'estero, specificando se si è pagata l'imposta su tale reddito, fattispecie che porterebbe alla creazione di un credito d'imposta.⁹⁷

La controllata inoltre, nel comunicare la propria dichiarazione alla consolidante, fornisce eventuali eccedenze d'imposta, ovvero eccedenze di ROL che saranno poi utilizzati per la deduzione di interessi passivi.

La società consolidante ha di riflesso il dovere di raccogliere tutte le dichiarazioni dei redditi delle società rientranti nel perimetro fiscale. Una volta raccolte, esso deve calcolare il reddito complessivo globale come la somma algebrica delle singole basi imponibili pervenutegli dalle controllate, apportando successivamente a questo risultato le dovute variazioni in aumento o in diminuzione⁹⁸, procedendo infine alla liquidazione dell'imposta. La consolidante riveste pertanto un ruolo centrale in quanto ha il dovere di analizzare tutti i parametri che le altre società le hanno trasmesso, apportando conseguentemente le dovute modifiche in termini di debito d'imposta. Si analizzeranno in seguito le più importanti variazioni, con particolare riguardo alla deducibilità degli interessi passivi.

2.6.6. L'accordo di Consolidamento

Si tratta di un contratto che le parti, i soggetti rientranti nel perimetro fiscale, sottoscrivono al fine di regolare il peculiare funzionamento del regime a cui aderiscono. La sottoscrizione del contratto è effettuata dai rispettivi consigli di amministrazione, previa delibera assembleare di approvazione dei termini contrattuali. Il suo contenuto non è definibile "tipico" in quanto gli aspetti che si vanno a regolare possono variare da caso a caso, in ogni caso sono generalmente riscontrabili alcuni tratti comuni che l'accordo va a regolamentare, tra cui:

- Il regime delle compensazioni economiche dovute al trasferimento dei componenti apportati dalle singole società atti all'abbattimento del gravame impositivo, come l'utilizzo delle perdite fiscali successive all'esercizio dell'opzione, le eccedenze di Reddito Operativo

⁹⁶ DM. 9/06/2004 Art. 7 lettera b

⁹⁷ Cfr. DM. 9/06/2004 Art. 7 lettera c

⁹⁸ Cfr. DM. 9/06/2004 Art. 9 lettera a

Lordo utili alla deduzione di interessi passivi ex art. 96 TUIR ed infine il trasferimento di interessi passivi che sarebbero indeducibili in presenza di un diverso regime fiscale;

- Modalità e tempistiche concernenti lo scambio delle informazioni utili al regolare funzionamento, nonché le modalità con cui vengono gestiti gli scambi di denaro intercorrenti tra le controllate e la controllante per il pagamento dell'imposta unica;
- Conseguenze in caso di prematura interruzione di tale regime ovvero comportamenti da adottare nel caso di indagini o accertamenti da parte dell'Agenzia delle Entrate.

2.6.7. Il Regime Fiscale delle perdite di esercizio e degli interessi passivi nell'ambito di gruppo

Al fine di rendere maggiormente chiara l'esposizione dell'istituto della tassazione di gruppo si rende necessaria una precisa analisi delle sue costituenti. Prima di procedere, è utile ricordare uno dei motivi alla base dell'introduzione dell'istituto del Consolidato Fiscale: rendere il sistema tributario italiano cosciente della fattispecie dei gruppi d'impresa e conseguentemente rendere maggiormente competitivo e appetibile il paese in termini di attrattività di investimenti dall'estero. Il mezzo con cui il sistema tributario ha realizzato questa maggiore competitività è, a parer mio, è rinvenibile nella possibilità offerta al gruppo di trasferire le perdite d'esercizio e la capienza in termini di ROL nella deducibilità degli interessi passivi al fine di abbattere il gravame impositivo, che risulterebbe singolarmente maggiore se le società optassero per il regime ordinario di tassazione del reddito d'impresa. Senza di esse, il Consolidato Fiscale perderebbe completamente la sua sostanza ed il suo scopo non sarebbe altrimenti perseguibile.

La disciplina tra le due fattispecie presenta dei tratti comuni e delle differenze. Per quanto riguarda il trasferimento e l'attribuzione delle perdite, si prevede che queste possano essere trasferibili all'interno del perimetro fiscale solamente nel momento in cui siano state prodotte successivamente alla sottoscrizione dell'opzione. Le perdite registrate nei periodi precedenti all'entrata nel Fiscal Unit sono utilizzabili dalle società che le ha prodotte ad abbattimento della propria base imponibile, senza possibilità di trasferimento all'interno del gruppo. L'impossibilità di utilizzo delle perdite registrate anteriormente all'ingresso nel Consolidato Fiscale sancisce un principio chiaro e comune anche agli ambiti che confinano con l'utilizzo delle perdite, come quello degli interessi passivi. Non possono costituire infatti un vantaggio fiscale le circostanze che si siano verificate precedentemente alla formazione dello stesso Consolidato, poiché la loro sussistenza comporterebbe una violazione del principio della capacità contributiva in capo alle singole società, le quali riceverebbero un indebito credito impositivo dovuto alla sola partecipazione ad un gruppo.

La disciplina generale è interamente riportata: le perdite registrate nei primi 3 esercizi sono riportabili al 100% senza limiti temporali così come quelle successive al terzo esercizio ma queste ultime con una minore percentuale (80%). Costituendo un vantaggio fiscale, il trasferimento delle perdite infragruppo è soggetto a compenso economico, la cui regolamentazione è rimessa all'accordo di Consolidamento che dovrebbe stabilirne le modalità. Si stabilisce inoltre che tali somme erogate o percepite in contropartita dei vantaggi fiscali ricevuti o attribuiti "non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto escluse"⁹⁹, designando un sistema di neutralità fiscale per gli accordi sottoscritti dalle società per il compenso dei vantaggi fiscali attribuiti.

La deducibilità degli interessi passivi costituisce allo stesso modo uno strumento di grandissima rilevanza all'interno del Fiscal Unit. La sua implementazione all'interno dell'ambito di gruppo è leggermente più complicata di quanto possa risultare per le perdite, in quanto lo stesso processo che porta alla deducibilità di tali interessi sia di difficile interpretazione. La norma prevede che le eventuali eccedenze di interessi passivi ed oneri assimilati, la cui definizione è stata oggetto di recente riforma, generatesi in capo ai soggetti partecipanti al regime della Tassazione di gruppo ed indeducibili in quanto la capienza offerta dal 30% del proprio ROL non risulta sufficiente, può essere computata in diminuzione della base imponibile di gruppo, nel limite in cui altre società apportino capienza attraverso l'apporto di ROL, che in capo ai tali soggetti risulta al contrario eccedente nei confronti degli interessi passivi. Lo stesso testo unico esplicita che "In caso di partecipazione al consolidato nazionale di cui alla sezione II del presente capo, l'eventuale eccedenze di interessi passivi ed oneri assimilati indeducibili generatesi in capo a un soggetto può essere portata in abbattimento del reddito complessivo di gruppo se e nei limiti in cui altri soggetti partecipanti al consolidato presentino, per lo stesso periodo d'imposta, un risultato operativo lordo capiente non integralmente sfruttato per la deduzione. Tale regola si applica anche alle eccedenze oggetto di riporto in avanti, con esclusione di quelle generatesi anteriormente all'ingresso nel consolidato nazionale"¹⁰⁰. Come detto prima, quello delle perdite e quello delle eccedenze di interessi passivi sono due regimi che condividono buona parte della disciplina. Infatti, anche per il regime di deducibilità degli interessi è fissato il principio per cui non si ritiene possibile l'utilizzo delle eccedenze di interessi passivi e alternativamente di ROL registrati anteriormente all'ingresso nel Consolidato, nell'ordine di non conseguire eccessivi vantaggi fiscali. Inoltre, come per le perdite, deve essere previsto un piano per il compenso dei vantaggi fiscali, la cui conformazione potrebbe

⁹⁹ Art. 121 comma 4 TUIR

¹⁰⁰ Art. 96 comma 8 TUIR

corrispondere a quella prevista per il riporto a nuovo delle perdite, ma che potrebbe anche essere strutturata diversamente per motivazioni prettamente tecniche: se infatti all'interno del gruppo si prevede che il maggior vantaggio fiscale sarà apportato dalla capienza di ROL delle società piuttosto che dalla possibilità di riporto a nuovo delle perdite o viceversa, le prime saranno maggiormente ricompensate rispetto alle seconde. Questa resta tuttavia una precisazione puramente esplicativa non quindi di carattere vincolante. Anche in questa circostanza è fissata la neutralità delle somme versate o ricevute per il compenso dei vantaggi fiscali.

2.6.8 l'interruzione del regime prima del compimento del triennio

Il presupposto fondamentale per la partecipazione al Consolidato Fiscale è il controllo che deve manifestarsi congiuntamente in tre modi: maggioranza del capitale sociale; maggioranza dei voti esercitabili in assemblea; partecipazione agli utili maggiore del 50%. Nella formulazione della norma si raccomanda inoltre di tenere conto del c.d. effetto demoltiplicativo lungo la catena del gruppo, fenomeno che porta alla diluizione della percentuale di controllo detenuta dalla capogruppo sulle altre società del perimetro. Conseguentemente, al venir meno di questa circostanza durante il periodo di riferimento il regime del Fiscal Unit viene interrotto¹⁰¹.

Le cause che possono portare alla perdita del requisito del controllo sono molteplici, così come sono le soluzioni che il Legislatore pone alle singole fattispecie che possono verificarsi. In generale, al verificarsi della perdita di controllo da parte della controllante su una determinata controllata è necessario interrompere il regime e mettere in atto una serie di operazioni che hanno come finalità quella di ricostruire la situazione come se la società non fosse mai stata all'interno del regime, depurando il regime perciò gli effetti che la società uscente aveva apportato al Fiscal Unit. Si vedrà nello specifico la loro implementazione. Le operazioni straordinarie d'impresa si collocano in questa categoria in quanto i loro effetti vanno a modificare la struttura delle compagini societarie. Nel momento in cui una controllata effettua una fusione con una società estranea al gruppo, si verifica l'interruzione e la conseguente fuoriuscita dal gruppo fiscale. Ma non tutte le operazioni straordinarie hanno come conseguenza l'interruzione: quando la controllante si fonde con una società estranea al gruppo ad esempio l'opzione non viene revocata ma rimane efficace¹⁰², a

¹⁰¹ Cfr. Art. 124 comma 1 TUIR

¹⁰² Cfr. Art. 119 comma 2 TUIR

condizione che venga presentata una specifica richiesta di continuazione del Consolidato mediante lo strumento dell'interpello¹⁰³. Ulteriori casistiche sono:

1. Fusione tra società consolidate: non venendo meno il requisito del controllo, il nuovo soggetto risultante dalla fusione sarà assoggettato alla tassazione di gruppo alle stesse condizioni vigenti per le società che si sono incorporate;
2. Fusione tra consolidante e consolidata: in questa circostanza la consolidante rimane tale nei confronti delle altre consolidate;
3. Fusione tra consolidante e società esterna: a condizione che il controllo permanga successivamente alla fusione in capo alla consolidante;
4. Scissione totale o parziale di una consolidata: è necessario però che sulla società scissa rimanga il vincolo del controllo, le altre società nascenti dalla scissione si ritengono assoggettate;
5. Scissione parziale della consolidante: il Fiscal Unit si ritiene proseguito se sulla controllante sussistono i requisiti necessari.

La perdita del controllo si configura come principale movente alla prematura interruzione del Fiscal Unit, ma non è l'unica ragione che porta alla formazione di questa fattispecie. In questo senso il Testo Unico e il decreto istruttorio prevedono ulteriori circostanze al verificarsi delle quali il regime deve ritenersi cessato:

1. Sopravvenuta mancanza di identità tributaria: situazione dove una società del gruppo fruisce di un regime fiscale agevolato se non diverso, in caso di trasformazione;
2. Sopravvenuta differenza delle date di chiusura del bilancio: l'identità della chiusura è infatti requisito centrale;
3. Fallimento della consolidante o di una consolidata¹⁰⁴: l'interruzione è prevista dall'inizio dell'esercizio cui il fallimento interviene;
4. Trasformazione della controllata in soggetto diverso da quelli tipicamente ammessi in tale veste, per cui diverso dalle società di capitali
5. Trasformazione della controllante in soggetto diverso da quelli tipicamente previsti, per inciso diverso dai soggetti d'imposta IRES

¹⁰³ Cfr. Art. 124 comma 5 TUIR

¹⁰⁴ Cfr. Art. 117 comma 2 TUIR

6. Trasferimento all'estero di una società del gruppo, senza distinzione, al non rispetto dei parametri fissati per la partecipazione.

L'interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del naturale triennio comporta la messa in moto di una serie di operazioni volte al restauro della situazione precedente all'ingresso nel regime della società recedente. La controllante che abbia perso il requisito del controllo deve sostanzialmente rettificare il suo reddito imponibile.

CAPITOLO 3: LA CARATTERIZZAZIONE DELL'ELUSIONE FISCALE "DI GRUPPO"

Al fine di completare correttamente il mio elaborato, ritengo necessaria l'esposizione del fenomeno dell'elusione fiscale nell'ambito dei gruppi di società. Come esposto nei precedenti capitoli, i principali vantaggi che derivano dalla formazione dei gruppi sono quelli di una maggiore economicità sul piano operativo e gestionale, insieme alla possibilità di liquidare, attraverso lo strumento del consolidato fiscale nazionale, l'imposta in modo unitario, ottenendo così un minor gravame impositivo. È però necessario ricordare come quello dei gruppi sia un fenomeno altamente delicato nella sua conformazione, in quanto la messa in atto di talune operazioni, contraddistinte dal fatto di essere difficilmente tracciabili, può portare alla formazione di fattispecie elusive. Il pilastro normativo che riguarda i fenomeni elusivi infragruppo (e non solo) è costituito dalla direttiva ATAD 1 e 2, la cui analisi riguarderà buona parte di questo ultimo capitolo.

3.1 Introduzione al fenomeno dell'elusione fiscale

La definizione che esprime al meglio il concetto di elusione fiscale, che viene talvolta chiamato abuso del diritto, è quella contenuta nello "statuto del contribuente"¹⁰⁵, di seguito riportato: "Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni."¹⁰⁶

L'attuale definizione della fattispecie elusiva è il risultato dell'unificazione dei due concetti: l'elusione fiscale è, infatti, fenomeno presente da molti anni nella legislazione italiana, mentre quello dell'abuso del diritto è di matrice prettamente comunitaria. Sin dalla sua previsione, il Legislatore italiano non ha mai ritenuto che potesse esistere un criterio generale all'identificazione dell'abuso ovvero dell'elusione. Conseguentemente, la disciplina repressiva si attuava attraverso la previsione di clausole a carattere altamente specifico che andavano a disciplinare singole "patologie fiscali" il cui elenco si allungava ogni qualvolta se ne verificasse una nuova e diversa, senza perciò istituire un criterio generale. Al contrario, il concetto di abuso del diritto ha origine dalla

¹⁰⁵ Legge 27 luglio 2000, n 212

¹⁰⁶ Art.10-bis comma 1 "statuto del contribuente" modificato legge n.23 2014

giurisprudenza e dalla spinta comunitaria volta alla parificazione fiscale interna. In particolare, si assume che possa esistere un criterio generale per l'identificazione dell'elusività di una data operazione, escludendo pertanto che possano esistere della fattispecie tipiche che non rientrino nella nozione.

È infatti necessario specificare che l'abuso del diritto, essendo un termine che si riferisce genericamente a tutte le regole giuridiche, si realizza anche in presenza di lacune legislative specifiche ben potendosi agganciare, ad esempio, alla lesione dei principi generali di un ordinamento.

In questo modo in non rispetto della "ratio" che presiede la norma configura una violazione della legge seppur in modo indiretto. In sostanza il contribuente utilizza la norma con la finalità di ottenere un vantaggio fiscale altrimenti non conseguibile, ma occorre constatare se tale utilizzo sia stato effettivamente abusivo o se nel rispetto formale della norma e più in generale del principio costituzionale della libertà di iniziativa economica¹⁰⁷. È innegabile che il contribuente, attraverso una pianificazione fiscale altamente aggressiva, possa conseguire un'effettiva diminuzione del gravame impositivo; i contribuenti, solitamente operano sul confine delle le due ipotesi, siano essi persone fisiche o giuridiche, ed è compito del Legislatore individuare quando si sia in presenza di un vero e proprio abuso della normativa a proprio vantaggio.

La norma intende recepire quelle che sono le indicazioni fornite dalla legge delega¹⁰⁸ e dalle raccomandazioni comunitarie in tema elusione¹⁰⁹. In rapida sintesi, la prima intende definire come possa essere identificata la condotta per il distorto uso dei mezzi giuridici, mentre la seconda fa principalmente perno sulla individuazione della non sostanzialità delle operazioni economiche messe in atto per ottenere il vantaggio fiscale. La nuova disciplina sancita dall'art 10 bis stabilisce pertanto 3 criteri oggettivi volti all'identificazione della fattispecie abusiva o elusiva:

1. L'assenza della sostanzialità economica delle operazioni effettuate.
2. La realizzazione di un vantaggio fiscale indebito
3. La circostanza che il vantaggio fiscale sia l'effetto sostanziale dell'operazione

Il secondo comma definisce le principali costituenti dell'abuso, affermando preliminarmente che: "i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della

¹⁰⁷ Cfr. Art 41 Costituzione Italiana

¹⁰⁸ Cfr. Legge n.23 2014

¹⁰⁹ Cfr. Raccomandazione UE 2012/772

qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato"¹¹⁰.

Si identificano, quindi, come abusi del diritto quelle operazioni in cui i negozi giuridici utilizzati ed i fini perseguiti dagli stessi provochino un contrasto con la realtà del mercato, ossia prescindendo dalla legge fondamentale dell'economia, non forniscano la copertura dei costi con i ricavi.

Un Esempio viene fornito dalle cosiddette operazioni circolari. Nello specifico si sostanziano nella messa in atto di una serie di negozi giuridici che si annullano in modo reciproco facendo sì che non risulti un cambiamento positivo o negativo nel patrimonio del contribuente. Allo stesso modo non hanno sostanzialità economica le operazioni lineari: queste non sono altro che normali operazioni messe in atto dal contribuente, che possono o meno modificarne la situazione patrimoniale, ma che non risultano essere congrue nel contesto economico in cui sono attuate. In sostanza, affinché un'operazione o una serie di operazioni possano essere considerate economiche deve sussistere un effettivo vantaggio a livello finanziario economico, che, come stabilito dal terzo comma dello stesso articolo, deve essere "non marginale, anche di ordine organizzativo o gestionale, che risponde a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente"¹¹¹.

L'onere di dimostrare la non economicità dell'operazione spetta all'Amministrazione finanziaria e, quindi, l'attività del contribuente non può essere dichiarata abusiva ex lege anche di fronte alla messa in atto di particolari operazioni. Ritengo che questa sia una particolarità essenziale della riforma che supera in maniera definitiva la previgente visione: non possono essere previste specifiche clausole identificative della fattispecie elusiva in quanto essa è frutto delle singole circostanze di cui le singole operazioni dei contribuenti, seppur simili alle fattispecie ordinarie, differiscono caso per caso. La previsione del Legislatore, pertanto, rende oggettiva l'identificazione della fattispecie attraverso specifici elementi rimettendone l'onere della prova in mano all'Amministrazione finanziaria.

3.2 La direttiva ATAD

La direttiva 2016/1164/UE (cosiddetta Anti Tax Avoidance Directive - ATAD) fa parte del pacchetto antielusione (Anti Tax Avoidance Package) varato dalla Commissione Europea per introdurre negli Stati membri un insieme di misure di contrasto alle pratiche di elusione fiscale.¹¹²

¹¹⁰ Art 10 bis D.L. 27 Luglio 2000 comma 2 lettera a- poi modificato nel 2015

¹¹¹ Art 10 bis D.L. 27 Luglio 2000 comma 3 - poi modificato nel 2015

¹¹² Relazione di accompagnamento al decreto

Come riporta la Relazione di accompagnamento allo schema del decreto, la Direttiva ATAD I nasce dall'esigenza di stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno e si pone in continuità con le attuali priorità politiche di fiscalità internazionale che evidenziano la necessità di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati. Tali obiettivi politici sono stati tradotti in raccomandazioni volte all'attuazione di azioni concrete nel quadro dell'iniziativa contro l'erosione della base imponibile e il trasferimento degli utili già prevista dal progetto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting).

Va premesso che il testo europeo fornisce uno schema di riferimento per i Paesi membri riguardo le tematiche affrontate ma per quelli, come lo Stato italiano, che dispongono già di un testo normativo non hanno carattere vincolante in presenza della disciplina specifica. Ad esempio, la norma generale antiabuso contenuta nello statuto del contribuente (art.10-bis) non viene modificata dalla direttiva così come la disciplina delle CFC ("Controlled Foreign Companies").

Ritenendo essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno che gli Stati membri prendano provvedimenti per scoraggiare le pratiche di elusione fiscale e garantire un'equa ed efficace imposizione nell'Unione in modo sufficientemente coerente e coordinato, la direttiva ATAD 1 adotta un approccio strategico comune al fine di impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti, pur limitandosi a dettare disposizioni di carattere generale, con l'intesa che la sua pratica attuazione venga portata a compimento dagli Stati membri, secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione. Nel dettaglio, la Direttiva adottata fissa regole minime comuni in materia di:

- limiti alla deducibilità degli interessi passivi da parte delle imprese: per contrastare l'erosione delle basi imponibili effettuata dai gruppi di imprese che collocano i prestiti infragruppo in Paesi ad alta tassazione, per beneficiare della deducibilità degli interessi passivi, e i profitti in Paesi a bassa tassazione, in linea con le raccomandazioni BEPS la direttiva prevede che gli interessi passivi siano deducibili fino al 30% dell'EBITDA (margine operativo lordo);
- società controllate estere (CFC, "Controlled Foreign Companies"): per prevenire lo spostamento di profitti in giurisdizioni a bassa tassazione, all'interno e fuori dell'UE, la direttiva prevede che le società controllate estere siano tassate secondo aliquote e regole di calcolo della base imponibile del Paese dell'impresa controllante quando la CFC è localizzata

in un Paese con tassazione sensibilmente inferiore e non svolge un'attività economica effettiva;

- clausola antiabuso generale: tale disposizione consente di disconoscere a fini fiscali operazioni effettuate dalle imprese al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, e quindi senza valide ragioni economiche;
- tassazione in uscita dei beni di impresa: sono introdotte regole comuni per la tassazione delle operazioni di trasferimento in altri Paesi di stabili organizzazioni, rami d'azienda, asset societari;
- strumenti e entità ibride: la direttiva contiene una disposizione volta a contrastare fenomeni di doppia non tassazione derivanti dai disallineamenti delle qualificazioni giuridiche che i diversi ordinamenti attribuiscono a strumenti finanziari o entità, generando doppie deduzioni o deduzioni e non tassazione di talune categorie di reddito in Paesi diversi.

Si evidenzia che la Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (cd. ATAD 2) ha apportato modifiche alla direttiva 2016/1164, allo scopo di contrastare i cd. Disallineamenti da ibridi che coinvolgono i Paesi terzi, ovvero le differenze di trattamento fiscale a norma delle leggi di due o più giurisdizioni fiscali per ottenere una doppia non imposizione. La direttiva 2016/1164, infatti, disciplina solo le regolazioni ibride da disallineamento fiscale derivate dall'interazione fra i regimi di imposizione delle società degli Stati membri. L'obiettivo della modifica, dunque, è applicare tali norme a tutti i contribuenti assoggettati all'imposta sulle società in uno Stato membro, comprese le stabili organizzazioni di entità residenti in Paesi terzi. La direttiva del 2017 prevede inoltre: l'esclusione, facoltativa per uno Stato membro, dal campo di applicazione della direttiva di talune operazioni finanziarie e l'entrata in vigore delle proprie disposizioni il 1° gennaio 2020 (un anno dopo rispetto alla direttiva 2016/1164). Nei prossimi paragrafi si procederà all'analisi degli articoli attinenti alla mia analisi, correlando i singoli articoli al recepimento effettuato dalla legislazione italiana.

3.2.1 Norma relativa alla limitazione di deduzione di interessi passivi

L'articolo 4 della direttiva (ATAD 1) stabilisce nuovi parametri e limiti per la deduzione degli interessi passivi da parte delle società. Questi hanno carattere soggettivo, identificando nuovi soggetti d'imposta, ed oggettivo, stabilendo quali debbano essere i parametri per il calcolo della quota degli interessi passivi possibilmente deducibili.

Nella sua ricezione¹¹³ l'articolo 96 de Testo Unico, che appunto tratta il tema della deducibilità degli interessi passivi, viene completamente novellato: in primis si stabilisce che sono ammessi a deduzione gli interessi passivi e gli oneri assimilati eccedenti gli interessi attivi e proventi assimilati, la cui definizione viene parzialmente cambiata come si vedrà in seguito, nel limite del 30% del EBITDA, corrispondente al "nostrano" Margine operativo Lordo ovvero Risultato Operativo Lordo. Il calcolo di quest'ultimo parametro è definito come la differenza tra valore e costi della produzione così come indicati dall'articolo 2425 del codice civile, lettere a) e b), portando fuori dal computo le voci relative all'ammortamento delle immobilizzazioni materiali e immateriali e dei canoni dei leasing. Per quanto concerne il calcolo degli interessi passivi, attivi ed assimilati si stabilisce che questi: "siano qualificati come tali dai principi contabili adottati dall'impresa; per i quali tale qualificazione sia confermata dalle disposizioni fiscali emanate per dare attuazione al principio di derivazione

Rafforzata; che derivino da un'operazione avente causa finanziaria o da un rapporto contrattuale contenente una componente di finanziamento significativa"¹¹⁴. Tale volontà legislativa deriva dalle raccomandazioni del progetto BEPS, che specificavano la limitazione di deducibilità non solo agli interessi passivi su debito, ma anche ai cd. pagamenti finanziari, la cui sostanza è equivalente a quella di un interesse su debito, nel computo degli interessi rientrano anche quelli capitalizzati.

Per quanto riguarda la riportabilità: il ROL, ovvero EBITDA, può essere riportato entro i cinque esercizi successivi alla sua maturazione¹¹⁵ in ossequio alla volontà della Direttiva; al contrario viene modificata la previgente disciplina per la riportabilità degli interessi sia attivi che passivi, che ora sono riportabili senza limiti di tempo, in questo caso la norma opera nel senso di prevedere la variabilità dei risultati di esercizio, strettamente correlati alla produzione di interessi passivi o attivi¹¹⁶.

Le disposizioni illustrate non sono applicabili alle mutue assicuratrici e agli intermediari finanziari.¹¹⁷

Per quanto riguarda il regime del Consolidato Fiscale, la normativa dispone che: "In caso di partecipazione al consolidato nazionale di cui alla sezione II del presente capo, l'eventuale eccedenza di interessi passivi ed oneri assimilati indeducibili generatasi in capo a un soggetto può

¹¹³ Cfr. Art.1 legge 25 ottobre 2017

¹¹⁴ D.M. 3 Agosto 2017

¹¹⁵ Cfr. Art.96 comma 7 TUIR

¹¹⁶ Cfr. Art.96 comma 5-6 TUIR

¹¹⁷ Cfr. Art.96 comma 12 TUIR

essere portata in abbattimento del reddito complessivo di gruppo se e nei limiti in cui altri soggetti partecipanti al consolidato presentino, per lo stesso periodo d'imposta, un risultato operativo lordo capiente non integralmente sfruttato per la deduzione. Tale regola si applica anche alle eccedenze oggetto di riporto in avanti, con esclusione di quelle generatesi anteriormente all'ingresso nel consolidato nazionale.”¹¹⁸ Vengono pertanto applicate le modifiche effettuate per la generalità delle imprese commerciali al regime del Fiscal Unit.

3.2.2 Exit Tax per il trasferimento di attivi in uscita

L'articolo 5 della Direttiva ATAD 1 descrive il trattamento a livello fiscale dei trasferimenti di attivi all'estero. Il dettame dell'articolo fornisce un quadro di riferimento piuttosto completo, indicando le condizioni al cui verificarsi scatta il presupposto impositivo della Exit Tax, ovvero l'imposizione in uscita. L'ambito di applicazione è riservato alle imprese che esercitano attività commerciale, tuttavia è da precisare che l'assoggettamento a tassazione non si verifica ogni qual volta si trasferisce all'estero un ramo d'azienda o altro tipo di attività. Il valore soggetto a tassazione non è quello di trasferimento, bensì quello di mercato, ossia quel valore “in cambio del quale un attivo può essere scambiato o reciproche obbligazioni possono essere fissate tra acquirenti e venditori indipendenti e disponibili nel quadro di una transazione diretta”¹¹⁹. La fissazione di tale tipologia di valore permettere di neutralizzare i tentativi di effettuare, soprattutto da parte dei gruppi d'impresa, arbitraggi fiscali attraverso trasferimenti a prezzi considerabili eccessivamente bassi.

Le condizioni descritte dal quinto articolo della Direttiva sono:

- a) Trasferimento di attivi, da parte del contribuente, dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della sede centrale non abbia più diritto di tassare gli attivi trasferiti;¹²⁰
- b) Un contribuente trasferisce attivi dalla sua stabile organizzazione residente in uno Stato membro alla sua sede centrale o ad un'altra stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento;¹²¹

¹¹⁸ Art. 96 comma 14 TUIR

¹¹⁹ Art. 5 comma 6 Direttiva ATAD 1

¹²⁰ Cfr. Art. 5 comma 1 lettera a)

¹²¹ Cfr. Art. 5 comma 1 lettera b)

- c) Un contribuente trasferisce la sua residenza fiscale in un altro Stato membro o in un paese terzo, ad eccezione degli attivi che rimangono effettivamente collegati ad una stabile organizzazione situata nel primo Stato membro;¹²²
- d) Un contribuente trasferisce le attività svolte dalla sua stabile organizzazione da uno Stato membro ad un altro Stato membro o a un paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento;¹²³

Le condizioni sopra indicate descrivono sostanzialmente una fattispecie comune: il trasferimento della residenza, sia essa intesa come stabile organizzazione, da un paese (Stato membro) ad un altro (Stato membro o terzo).

La normativa italiana conteneva già, seppur in modo parziale, le fattispecie indicate dalla normativa europea, molte delle quali erano disciplinate dall'articolo 166 TUIR. Il novellato di tale articolo ora raccoglie integralmente le disposizioni di cui sopra, indicando in primis quando deve essere considerato avvenuto il trasferimento degli attivi all'estero e successivamente le precise regole di calcolo da applicare alle singole condizioni di verifica. In particolare "il trasferimento di attivi a una stabile organizzazione si deve ritenere effettuato quando le attività si considerano rispettivamente entrate nel patrimonio o uscite dal patrimonio della stabile organizzazione"¹²⁴.

Per quanto riguarda le modalità di calcolo dell'imposta dovuta sono previste diverse modalità tante quante sono le possibili condizioni:

1. Nell'ipotesi di trasferimento all'estero della residenza la plusvalenza soggetta a tassazione è data dalla differenza del valore di mercato e quello fiscalmente ammesso degli attivi trasferiti. Se il trasferimento avviene ad una stabile organizzazione residente nel territorio dello Stato appartenente al soggetto ora non più residente tale regola perde di effettività;
2. Se il trasferimento avviene a favore di una stabile organizzazione residente all'estero di proprietà del soggetto trasferente si applica la stessa metodologia, ovvero la differenza tra valore di mercato e costo fiscalmente ammesso;
3. Nel momento in cui l'oggetto del trasferimento risulta essere l'intera stabile organizzazione nel territorio dello Stato di un soggetto non residente che viene trasferita nel paese di residenza della proprietaria, come se fosse riassorbita, il valore da assoggettare è dato dalla

¹²² Cfr. Art. 5 comma 1 lettera c)

¹²³ Cfr. Art. 5 comma 1 lettera d)

¹²⁴ "norme contro le pratiche di elusione fiscale" (Direttiva ATAD 2) A.G. 42 pagina 27

differenza tra il valore di mercato e quello rilevante ai fini fiscali di tutte le attività rientranti nella stabile organizzazione oggetto di trasferimento;

4. Infine, viene disciplinata l'ipotesi relativa alle operazioni straordinarie, soprattutto fusioni e scissioni, il cui effetto si riversa nel trasferimento all'estero di attivi da parte di un soggetto residente ovvero da parte di stabile organizzazione appartenente a soggetto non residente, in questo caso la differenza da imputare a tassazione risiede tra il valore di mercato dei beni trasferiti, da verificare prima che l'operazione sia effettivamente compiuta, e il valore fiscalmente riconosciuto dei beni oggetto del trasferimento.

Il valore di mercato a cui si fa riferimento nella disciplina italiana è parzialmente uguale a quello prescritto dalla normativa, l'unica differenza risiede nel fatto che la normativa italiana fa riferimento alle indicazioni contenute nel decreto ministeriale¹²⁵ in tema di prezzi di trasferimento, secondo cui il valore di mercato è determinato con riferimento alle condizioni e ai prezzi potenzialmente stabiliti dagli operatori di mercato in libera concorrenza.

3.2.3 Imposizione fiscale dei soggetti in entrata

Dello stesso tono ma di diverso contenuto risulta essere il terzo articolo della Direttiva: il tema trattato questa volta è la tassazione in entrata nei confronti dei trasferimenti di attivi dall'Estero allo Stato.

Il presupposto applicativo si verifica ogni qual volta, per effetto del trasferimento di attivi, siano essi rami d'azienda o risultanti da operazioni straordinarie, lo Stato italiano acquisisca il diritto a tassare il reddito prodotto, mentre lo Stato di provenienza perda contestualmente lo stesso diritto. L'impatto della normativa si riflette sul novellato articolo 166-bis del Testo Unico.

La disciplina di riferimento per quanto concerne il momento esatto di trasferimento degli attivi e il valore a cui deve essere tassato l'oggetto del trasferimento rimane molto simile a quella prevista per le fattispecie in uscita: si riconosce infatti il trasferimento nel momento in cui avviene l'effettiva entrata nella stabile organizzazione, in questo caso residente nello Stato, accompagnata dall'effettiva e contestuale uscita dal patrimonio della stabile organizzazione estera; per quanto riguarda il valore assoggettato a tassazione, questo equivale al valore di mercato precedentemente citato, ossia quel valore determinato alle condizioni di libera concorrenza, purché il paese da cui deriva la stabile organizzazione faccia parte dell'Unione Europea o avvenga con uno Stato con cui ci

¹²⁵ Cfr. DM 14 Maggio 2018, emanato ai sensi dell'art.110, comma 7 TUIR

sia un condiviso scambio di informazioni fiscali; se lo Stato non è compreso in queste due categorie, ovvero in mancanza di un accordo preventivo stipulabile dalle imprese con attività internazionale con l'Amministrazione Finanziaria,¹²⁶ il valore che viene preso come riferimento è, per le attività, il minore tra costo di acquisto, valore di mercato e valore contabile, per le passività invece il maggiore tra questi 3 valori precedentemente elencati.

3.2.4 La disciplina delle Controlled Foreign Companies (CFC)

Gli articoli 7 e 8 della direttiva ATAD trattano la disciplina dei dividendi e delle plusvalenze derivanti dalle società estere controllate, altresì note come "Controlled Foreign Companies". La disciplina italiana prevede il regime di trasparenza relativamente agli utili prodotti dalla società estera posseduta dal soggetto residente in Italia. Il contenuto della norma risiede nell'articolo 167 TUIR, il quale è stato recentemente novellato recependo la Direttiva. Una volta accertato il requisito del controllo, si procede alla tassazione del reddito in proporzione al rapporto di partecipazione nella CFC. A seconda che lo stato di residenza del soggetto controllato sia membro dell'Unione Europea o residente in un paese con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni fiscali, si rendono applicabili due diverse discipline:

- Se lo Stato di residenza detiene un regime fiscale privilegiato, che si verifica nel momento in cui il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello eventualmente applicabile in Italia, si applica la disciplina ordinaria.
- Se lo Stato è membro UE o aderente agli accordi sullo scambio delle informazioni, devono ricorrere contestualmente due condizioni: la prima è l'assoggettamento a tassazione effettiva inferiore a quella eventualmente prevista in Italia, la seconda è che abbiano conseguito più del 50% degli utili derivanti dalla gestione mobiliare finanziaria, ossia definiti passive income; in questo caso si applica la disciplina ordinaria a meno che il soggetto residente non dimostri che tale assetto non sia solamente una costruzione artificiosa volta al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali.

La normativa, nel tentativo di descrivere l'evoluzione di tale fenomenologia elusiva, prevede due approcci di diverso carattere:

- Approccio jurisdictional, inerente alle controllate che risiedono in paesi a fiscalità privilegiata.

¹²⁶ Cfr. Decreto Legislativo n.147/2015

- Approccio transational, inerente alla produzione di passive income.

Come specificato prima, l'articolo 167 del TUIR viene parzialmente modificato nel recepire il dettame della normativa. L'obiettivo risiede nell'imputazione al soggetto controllante, residente nel territorio dello Stato, dei redditi prodotti dal soggetto estero controllato e localizzato nel paese a fiscalità privilegiata nel momento in cui questi redditi siano composti per più di un terzo dall'utilizzo di passive income. L'ambito soggettivo di applicazione viene esteso a tutti i soggetti che sono potenzialmente produttori di reddito d'impresa, per cui non solo le società di capitali e ma anche le persone fisiche e le società di persone, nonché le stabili organizzazione detenute da soggetti esteri¹²⁷. Vengono specificate le fattispecie di configurazione del controllo su soggetto non residente, per cui "sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, da parte di un soggetto di cui al comma 1;"¹²⁸ ovvero se "oltre il 50 per cento della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto di cui al comma 1."¹²⁹

Successivamente si provvede alla descrizione dell'ambito soggettivo di applicazione, strettamente collegato al testo della Direttiva precedentemente esposto. Sono infatti due le condizioni che devono necessariamente verificarsi in maniera contestuale per far sì che venga applicata la disciplina CFC:

- "sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti"¹³⁰, ossia paesi soggetti a fiscalità privilegiata;
- "oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle seguenti categorie", rientrano nella categoria di passive income:
 1. "interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari";
 2. "canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale"
 3. "dividendi o redditi generati dalla cessione di partecipazioni"
 4. "redditi da leasing finanziario"

¹²⁷ Cfr. Art. 167 TUIR comma 1

¹²⁸ Art. 167 TUIR comma 2 lettera a)

¹²⁹ Art. 167 TUIR comma 2 lettera b)

¹³⁰ Art. 167 TUIR comma 4 lettera a)

5. “redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie”¹³¹

Per inverso, tale regola non è applicabile nel momento in cui il soggetto estero controllato svolga attività sostanziale, ossia composta da mezzi, persone e capitale proprio.¹³² La sussistenza di una reale azienda volta alla produzione di reddito determina di per sé la non artificiosità della fattispecie conformatasi.

Il reddito che deve essere assoggettato a tassazione deve essere calcolato in proporzione alla percentuale di partecipazione detenuta sul soggetto estero controllato, tenendo conto degli eventuali effetti demoltiplicativi prodotti lungo la catena di controllo se la partecipazione risulta essere indiretta.¹³³ Una volta calcolata la quota di reddito imputabile, si assoggetta tale reddito ad un'aliquota media che non può risultare inferiore a quella ordinariamente prevista per l'IRES (24%)¹³⁴. Successivamente, previa dimostrazione della controllante residente, potranno essere portate a detrazione eventuali imposte pagate all'estero a titolo definitivo, in ossequio del principio della doppia non tassazione¹³⁵.

L'articolo 8 della Direttiva interviene allo stesso modo sul tema dei dividendi e delle plusvalenze. La norma in questo caso intende uniformare l'identificazione dei paesi con fiscalità privilegiata e la fattispecie costituente il controllo sopra i soggetti esteri.

Il recepimento dell'articolo 8 ha comportato la creazione di un nuovo articolo all'interno del TUIR, il 47-bis che integra e sostituisce nozioni già presenti nel Testo Unico, aggiungendone altre di previsione comunitaria. Per quanto riguarda l'identificazione dei paesi a fiscalità privilegiata, si ritiene che “regimi fiscali di Stati o territori, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, si considerano privilegiati”¹³⁶:

1. Nel momento in cui sussiste il requisito del controllo richiamato nel suddetto articolo 167 comma 1 lettere a) e b) e, congiuntamente, il livello di tassazione effettivo sia inferiore al 50%¹³⁷¹³⁸

¹³¹ Art. 167 TUIR comma 4 lettera b) numeri da 1) a 5)

¹³² Cfr. Art. 167 TUIR comma 5

¹³³ Cfr. Art. 167 TUIR comma 6

¹³⁴ Cfr. Art. 167 TUIR comma 7

¹³⁵ Cfr. Art. 167 TUIR comma 9

¹³⁶ Art. 47-bis TUIR comma 1

¹³⁷ Cfr. Art. 167 TUIR comma 4 lettera a)

¹³⁸ Cfr. Art. 47-bis TUIR comma 1 lettera a)

2. Nel momento in cui non sussiste il requisito del controllo, ossia la percentuale di partecipazione della controllante residente sia inferiore al 50% e, congiuntamente, il livello di tassazione nominale sia inferiore al 50% di quello eventualmente applicabile in Italia.¹³⁹

I successivi commi disciplinano la disapplicazione di tale regime, chiarendo che il contribuente può provare la non artificiosità del progetto economico attraverso la dimostrazione che l'attività svolta è effettiva, cioè composta da mezzi persone e capitale proprio.¹⁴⁰

3.2.5 Il disallineamento degli strumenti fiscali

L'ultima parte trattata dalla normativa antielusiva comunitaria riguarda la regolamentazione dei disallineamenti intercorrenti tra le diverse normative fiscali in merito al trattamento di fenomeni economico-giuridici della stessa matrice.

La disciplina è stata modificata con la correzione apportata all'articolo 9 (ATAD 1) nell'ordine di includere le fattispecie verificabili nei paesi extra-UE. La ratio della norma è quella di prevenire fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva messe in atto dai gruppi di imprese. Questi ultimi infatti, sfruttando rapporti di controllo e di collegamento intercorrenti con altre società residenti in differenti Stati, e conseguentemente soggetti a diverse regole impositive, pongono in essere delle operazioni definibili "forzose" con la sola finalità di ottenere un risparmio di imposta. Il vantaggio fiscale non deriva da un regime impositivo più favorevole verso cui dirottare utili ed altri redditi, bensì da asimmetrie proprie dei diversi ordinamenti, che devono dunque reagire ad hoc per scongiurare tali pratiche dannose. Lo sfruttamento di questi "mismatches" può portare alla formazione di fattispecie molto particolari come:

- Costi ovvero perdite dedotti in due diverse giurisdizioni fiscali;
- Pagamenti deducibili in una giurisdizione, ma non inclusi nel reddito dell'entità che lo riceve nell'altra giurisdizione (c.d. deduction no inclusion);
- Deduzioni in una giurisdizione a cui vengono indirettamente e senza ragione associate non inclusioni in un'altra giurisdizione.

Nel recepire la normativa, lo Stato italiano chiarisce che alcuni punti: al verificarsi della doppia deduzione, questa non viene riconosciuta al soggetto passivo¹⁴¹. Nel caso della deduzione senza inclusione nell'imponibile, non si riconosce allo stesso modo la deduzione della componente

¹³⁹ Cfr. Art. 47-bis TUIR comma 1 lettera b)

¹⁴⁰ Cfr. Art. 47-bis TUIR comma 2 lettera a)

¹⁴¹ Cfr. Art. 8 comma 1 D. Lgs 29/11/2018

negativa di reddito, a meno che questo disallineamento non sia neutralizzato attraverso l'inclusione della stessa componente nel reddito della società residente in altra giurisdizione¹⁴². Nel caso inverso, ossia nel momento in cui lo Stato italiano riceve il pagamento, questo deve essere incluso nell'imponibile della ricevente al fine di garantire la neutralità fiscale.

¹⁴² Cfr. Art. 8 comma 2 D.Lgs 29/11/2018

CONCLUSIONI

Come ho avuto modo di constatare durante la stesura dell'elaborato, quello dei gruppi di imprese è un fenomeno altamente complesso. Attraverso la mia analisi ho voluto circoscrivere, seppur in maniera sintetica, quali siano le sue peculiarità rintracciabili negli specifici ambiti. La verità però è che si tratta di una realtà in continua evoluzione i cui problemi quasi sempre anticipano le soluzioni nei vari ambiti disciplinari. A riguardo, le mie considerazioni possono essere così riassunte:

1. In ambito giuridico, è necessario garantire una costante tutela volta al corretto funzionamento degli organi assembleari di minoranza, la cui volontà non deve essere sistematicamente avallata da parte delle controllanti;
2. In ambito contabile, è necessario rispettare quelli che sono i principi di redazione, italiani e non, basati sulla correttezza e, soprattutto, sulla trasparenza del processo di rendicontazione, che presenta molto frequentemente più di un'insidia;
3. In ambito fiscale, per la crescente competitività a livello internazionale in chiave fiscale è necessario aggiornare quelli che sono i principi regolatori dell'istituto del Consolidato Fiscale Nazionale. Quest'ultimo infatti appare scarsamente utilizzato dai gruppi residenti in Italia, nonostante il suo meccanismo permetta di conseguire un notevole risparmio d'imposta se usato nella maniera corretta;
4. In chiave antielusiva, la nuova disciplina comunitaria, che in parte entrerà in vigore dal prossimo anno (1/1/2020) mentre la restante è già normativa vigente, dovrebbe offrire un effettivo strumento di contrasto alle dannose pratiche elusive messe in atto dalle entità di gruppo.

Per concludere in maniera definitiva la mia tesi, gradirei parlare del sistema fiscale italiano. Durante lo svolgimento della mia analisi ho avuto modo di leggere e studiare molti documenti riguardanti la normativa e la regolamentazione di tale sistema soprattutto in ambito societario, siano essi articoli del Testo Unico, decreti legislativi ovvero circolari dell'Agenzia delle Entrate. Il modo in cui questo è progettato, ossia nell'ossequio dei fondamentali principi sancita dalla carta Costituzionale, risulta essere, almeno a livello ideale, correttamente concepito nell'ordine di assicurare un prelievo sociale nella corretta misura e altresì di garantire l'efficienza nell'erogazione dei servizi statali. Al contrario, è assolutamente, a mio parere, sbagliato l'approccio con cui questo viene implementato da parte delle istituzioni statali. Se infatti questo si promette di essere improntato pro-economia, la realtà dei fatti narra una storia diversa: la pressione fiscale sopra il 45% ed una scarsissima tax-compliance

da parte degli stessi contribuenti, accompagnate entrambe dalla proverbiale lentezza burocratica che contraddistingue la Pubblica Amministrazione sono l'evidenza empirica del fatto che in questo momento storico, peraltro non particolarmente favorevole, il sistema fiscale Italiano costituisca un deterrente piuttosto che uno strumento alla crescita economica. Oltretutto, questa patologia rende ancor meno appetibile il nostro paese nell'attrarre capitali dall'estero, circostanza che costituirebbe puro ossigeno data la generale stasi registratasi nella crescita economica durante gli ultimi mesi. Non credo di poter esprimere particolari suggestioni sulle possibili modalità di aumento del gettito erariale che non risultino banali e prive di alcun senso a livello tecnico, come spesso si sente oggi giorno nelle televisioni e nei canali di informazione. Posso però fermamente dire che una maggiore organizzazione nell'utilizzo delle risorse, accompagnata da una flessibilità normativa che attualmente non risulta essere presente, aiuterebbe a migliorare la situazione attuale. In questo senso l'Amministrazione finanziaria, pur rivestendo un ruolo pubblico, dovrebbe agire come un privato nell'implementazione strategica del modello fiscale.

BIBLIOGRAFIA

ARTICOLI:

- BOSI G. (2011), Il capitalismo italiano in evoluzione: i gruppi societari tra conflitti di interesse e sviluppo, *Rivista trimestrale diritto processuale civile* 4/2011
- DEGANI G. E., LUCINI F. (2018). Verso un sistema fiscale equo: gli hybrid financial instruments mismatches nelle iniziative del progetto BEPS e delle Direttive ATAD I e II, *Diritto e pratica tributaria internazionale* n. 3/2018
- IAIA R. (2018). La “Interest Limitation Rule” della direttiva antielusione ATAD, *Diritto e pratica tributaria* 6/2018
- MARCHISIO E. (2015). Il valore del gruppo e il valore nel gruppo, *rivista di diritto tributario* 2/2015
- PICOLLI A. A. (2016). Il Consolidato Fiscale Nazionale, *I Quaderni della scuola di alta formazione*, 63.
- RIZZARDI R. (2019). La disciplina CFC: un punto fermo dopo la Direttiva ATAD, *Corriere Tributario* 3/2019
- SERENA A., PAVANETTO S. (2019). Il recepimento della Direttiva ATAD in materia di interessi passivi, *Bilancio e reddito d’impresa* 2/2019
- VALENTE P. (2018). Il recepimento della direttiva ATAD I (come modificata dalla direttiva ATAD II) da parte dell’Italia, “La gestione straordinaria delle imprese” n. 5/2018
- VINCENTI M., VISELLI G. (2013). il credito per le imposte estere nell’ambito del Consolidato Fiscale Nazionale, *Fiscalità e commercio internazionale* 7/2013

TESTI

- BAGAROTTO E.M. (2009). *La presunzione di residenza fiscale delle società esteroinvestite*, Roma: Cedam
- BATISTONI FERRARA F., BELLE’ B. (2008). *l’imposta sul reddito delle imprese commerciali*, Milano: Giuffrè
- BEGHIN M. (2008), “ L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso de diritto”, Milano: Giuffrè Cedam
- BUCCI L., CAPOZZI V., GALLUCCI M. (2006). *La disciplina Ires dei gruppi d’imprese: trasparenza e consolidato*, Milano: Giuffrè

- CAMPOBASSO (2017), *Manuale di diritto commerciale vol.2 "Diritto delle società"*, 9° Edizione, Roma: UTET Giuridica
- COURT S. R. (2006). *Pianificazione fiscale e riforma tributaria*, Assago (MI): Edizioni FAG
- IANELLO B., LOTTINI R. (2008), *I gruppi d'impresa: disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano: Ipsoa
- TOMBARI U. (2010), *Diritto dei gruppi d'impresa*, Milano: Giuffrè Cedam

NORMATIVA

- Codice Civile
- Principi Contabili: OIC; IFRS; IAS
- Decreto Legislativo 9 aprile 1991, n.127, *Attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69*
- Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n.344 *Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80*
- Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 147, *Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*
- Decreto Legislativo 29 novembre 2018 n. 142, *Attuazione della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno e come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi*
- Decreto Ministeriale 9 Giugno 2004, *Disposizioni applicative del regime di tassazione del consolidato nazionale, di cui agli articoli da 117 a 128 del testo unico delle imposte sui redditi*
- Decreto Ministeriale 9 agosto 2017, *Revisione delle disposizioni attuative in materia di aiuto alla crescita economica (ACE)*
- Direttiva (UE) 2016/1164 12 Luglio 2016, *recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*
- Direttiva (UE) 2017/952 29 Maggio 2017, *recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi*
- Giurisprudenza, in particolare sentenze della cassazione
- Legge 27 luglio 2000, n.212 *Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*

- Legge 28 Dicembre 2005, n.262, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*
- Legge 25 Ottobre 2017, n. 163 *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017*
- Principi Contabili: OIC; IFRS; IAS
- Testo Unico Imposte sui Redditi