

FACOLTA' DI ECONOMIA

Corso di laurea in Economia e Direzione delle Imprese

Elaborato finale in:

Diritto tributario progredito

Profili fiscali del gruppo societario come soggetto economico

RELATORE:

Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO: Paola Sadini

Matr.: 616281

CORRELATORE:

Prof. Francesco Carbonetti

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

Indice

Introduzione	p. 7
Capitolo primo: <i>Il controllo</i>	p. 11
1.1. Il controllo	p. 11
1.2. Il controllo nel codice civile	p. 14
1.3. Il controllo nelle legislazioni speciali	p. 18
1.4. La relazione tra il controllo nel c.c. e il controllo nelle legislazioni Speciali	p. 20
1.5. Il controllo nel T.U.I.R.	p. 22
Capitolo secondo: <i>Il rapporto tra controllo e gruppo</i>	p. 23
2.1. Analisi generale del rapporto tra controllo e gruppo	p. 23
2.2. Controllo e gruppo nel codice civile	p. 25
2.3. Controllo e gruppo nella legislazione speciale	p. 27
2.4. Controllo e gruppo nella giurisprudenza	p. 28
2.5. I gruppi nella riforma del diritto societario	p. 30
2.6. Il controllo nel diritto tributario	p. 39
2.7. Controllo e gruppo nella nuova IRES	p. 42
Capitolo terzo: <i>I regimi fiscali</i>	p. 45
3.1. Controllo nel consolidato mondiale	p. 45
3.1.1. Le novità della Legge Finanziaria 2008	p. 50
3.1.2. L'opzione per il consolidato	p. 51
3.1.3. Reddito complessivo ed obblighi delle consolidate e della capogruppo	p. 53
3.1.4. Rettifiche di consolidamento	p. 55
3.1.5. Responsabilità della capogruppo e delle consolidate	p. 57
3.1.6. Cessazione dell'opzione	p. 59
3.1.7. I vantaggi del consolidato fiscale nazionale	p. 62
3.2. Il consolidato mondiale	p. 62
3.2.1. Le modifiche apportate dalla Legge Finanziaria 2008	p. 65
3.2.2. L'opzione e gli effetti	p. 66
3.2.3. Interruzione e mancato rinnovo	p. 70
3.2.4. Limiti del consolidato mondiale	p. 71
3.3. Il regime di Trasparenza	p. 72
3.3.1. Le modifiche apportate dalla Legge Finanziaria 2008	p. 76
3.3.2. Gli effetti	p. 77

Capitolo quarto: <i>I gruppi</i>	p. 79
4.1. Espansione delle dimensioni aziendali ed aggregazioni	p. 79
4.2. Concentrazioni ed aggregati aziendali	p. 80
4.2.1. Alcune osservazioni sul <i>venture capital</i>	p. 84
4.3. Origini storiche del gruppo	p. 86
4.4. Elementi caratterizzanti il gruppo	p. 88
4.5. La morfologia dei gruppi aziendali	p. 95
4.5.1. Le partecipazioni incrociate	p. 97
4.5.2. L'incrocio da acquisto o sottoscrizione non reciproci	p. 97
4.5.3. Acquisto o sottoscrizione di partecipazioni della controllante nella controllata	p. 98
4.5.4. Limiti all'incrocio in presenza di quotazione	p. 99
4.6. Le operazioni di gruppo	p.100
4.6.1. Il <i>transfer pricing</i>	p.102
4.6.2. La disciplina fiscale del <i>transfer pricing</i>	p.104
4.6.3. La pubblicità ed i rapporti interni	p.107
4.7. Vantaggi e svantaggi delle concentrazioni aziendali	p.107
4.8. Tipologie di gruppi	p.112
4.8.1. Il modello multinazionale	p.118
4.8.2. Il modello internazionale	p.118
4.8.3. Il modello globale	p.119
4.8.4. Il modello transnazionale	p.119
4.9. La <i>corporate governance</i> dei gruppi	p.120
4.9.1. La composizione dell'organo amministrativo	p.121
4.9.1.1. Le operazioni con parti correlate	p.122
4.9.2. Il collegio sindacale	p.124
4.9.3. Il controllo contabile nei gruppi	p.126
4.9.4. Gli organi deputati all' indirizzo, coordinamento e controllo del gruppo	p.128
4.9.5. Gli strumenti di indirizzo, coordinamento e di controllo	p.130
4.10. Gli studi sui diversi sistemi di capitalismo	p.130
4.10.1. Il modello capitalistico italiano	p.132
Capitolo quinto: <i>La fiscalità comunitaria ed internazionale</i>	p.135
5.1. L'armonizzazione delle imposte nell'Unione Europea	p.135
5.2. La Direttiva sul trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria	p.136
5.3. Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento	p.140
5.4. La Direttiva Madre-Figlia	p.143
5.4.1. Il recepimento della Direttiva in Italia	p.146
5.5. La Direttiva Fusioni	p.151
5.6. La Direttiva sugli interessi e le <i>royalties</i> infragruppo	p.158
5.7. CFC: <i>Controlled Foreign Companies</i>	p.161
5.7.1. L'estensione alle società collegate	p.167
5.7.2. La nozione di paradiso fiscale	p.169
5.7.3. Profili di compatibilità con i principi costituzionali, norme comunitarie e trattati internazionali	p.170

5.7.4. Criteri direttivi e modifiche della Legge Finanziaria 2008	p.175
5.7.5. Critiche alla legislazione CFC prospettate dalla Commissione Biasco	p.177
5.7.6. Le modifiche recenti al regime CFC	p.179
Conclusione	p.185
Bibliografia e sitografia	p.187

Introduzione

L'impresa è un organismo vivente e come tale si evolve. Dalla Rivoluzione Industriale ad oggi, il mondo economico ha conosciuto e continua a conoscere un crescente sviluppo, che in tempi recenti è stato contraddistinto da due tendenze: l'aumento delle dimensioni aziendali e il cambiamento dei rapporti tra le imprese, non più orientati esclusivamente alla competitività. In sostanza, il processo di sviluppo porta a definire accordi di cooperazione e collaborazione di lungo periodo tra aziende indipendenti economicamente e giuridicamente.

Nonostante non siano un nuovo oggetto di studio, le forme cooperative e collaborative, assumono attualmente un carattere particolare perché rappresentano uno dei principali modi con cui le aziende si rapportano con l'ambiente esterno

I gruppi societari, in questo senso, rappresentano una delle realtà più complesse e multiformi nell'ambito dell'attuale economica internazionale e transnazionale, ed anche in Italia la presenza degli stessi è divenuta sempre più preponderante.

La crisi finanziaria degli ultimi anni, il dissesto di grandi gruppi internazionali e nazionali (tra tutti, Il caso Enron ed il caso Parmalat), hanno però mitigato la corsa alle grandi operazioni straordinarie. Invero, è notizia recente che, nel mese di agosto del corrente anno, vi siano stati annunci di operazioni straordinarie, specie da parte delle imprese meno indebitate, assistendo ad un moltiplicarsi delle offerte pubbliche di acquisto (OPA) ostili.

Il presente lavoro, oltre ad indagare il fenomeno aziendale dei gruppi, vuole anche far riflettere sulle conseguenze, dirette ed indirette, indotte dalle più recenti riforme fiscali e societarie e sull'importanza che le politiche di *tax planning*, hanno all'interno dei gruppi quale strumento di creazione di valore.

L'effetto congiunto delle riforme, tributaria e societaria ha profondamente modificato le strategie di pianificazione fiscale dei gruppi societari.

Inoltre la necessità di un allineamento tra i Paesi appartenenti all'Unione Europea, ha costretto il nostro legislatore ad una modificazione della legislazione nazionale, con la necessità di creare dei nuovi *mix* di possibilità ed agevolazioni, per incentivare anche in Italia, la collocazione di *holding* societarie. E' in quest'ottica che bisogna inquadrare l'introduzione in Italia degli istituti del consolidato fiscale

nazionale e del regime di *participation exemption*, in quanto finalizzati a limitare la concorrenza degli altri Paesi che già hanno adottato questa linea fiscale.

La prima parte del documento è incentrata sull'analisi del concetto del controllo, quale elemento posto alla base del concetto di gruppo, analizzando le sue possibili "declinazioni" nel codice civile, nelle legislazioni "speciali" e nel testo unico delle imposte sul redditi (t.u.i.r.).

Successivamente ho indagato il rapporto tra controllo e gruppo, guardando quindi all'analisi delle opportunità introdotte dalla riforma del diritto tributario, attuata con il D. LGS. 12 dicembre 2003 n. 344, e dalla riforma societaria attuata con il D. LGS. 17 gennaio 2003 n. 6, sulla disciplina dei gruppi fino a giungere all'analisi dei regimi fiscali oggi previsti per il gruppo: il consolidato fiscale domestico, il consolidato fiscale nazionale ed il regime di trasparenza.

L'analisi si è poi concentrata sugli aspetti più aziendalistici del gruppo, guardando alle origini dei gruppi, alle motivazioni che ne portano la costituzione, agli elementi tipizzanti, alle tipologie di gruppo più diffuse, alla *corporate governance* del gruppo ed ad una disamina dei diversi sistemi di capitalismo.

In ultimo, sono passata alla valutazione del processo di armonizzazione delle imposte dirette ed indirette nell'Unione Europea: la Direttiva sul trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria, la Direttiva Madre-Figlia, la Direttiva fusioni, la Direttiva Fusioni, la Direttiva sulle *royalties* e sugli interessi infragruppo e la disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (CFC): tasselli di una politica volta a favorire la cooperazione tra imprese, ma ben attenta a prevenire ed evitare i riscontri negativi dell'elusione e dell'evasione fiscale.

E' bene sottolineare che il quadro analizzato è un processo in continuo divenire: è un periodo di cambiamento, di riflessione e di studio. Si attendono nuovi interventi da parte dell'Unione Europea e conseguentemente dei Paesi che ve ne fanno parte. Giorno dopo giorno emergono nuovi spunti di riflessione, nuove proposte: a fine agosto si è tenuto a Roma il Congresso Internazionale di IFA in cui sono stati affrontati i principi di attualità internazionale, come la lotta ai paradisi fiscali, evasione ed elusione ed i nuovi sviluppi sull'Iva; il Fisco entro il mese di ottobre dovrà emanare almeno due provvedimenti per rendere pienamente operative le misure varate con il Decreto Legge 78/2010 e con la relativa Legge di conversione n. 122, nonché un provvedimento sulle reti di impresa e quello sull'accertamento con adesione anche per chi partecipa al consolidato; è sempre più forte e sentita

la necessità di una riforma fiscale (così come annunciato anche dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, Giulio Tremonti nei giorni scorsi); la Commissione Europea è al vaglio dell'emanazione di nuove direttive sull'IVA.

Tutte queste considerazioni spiegano come ancora quest'argomento, seppur ampiamente dibattuto, rimanga ancora oggi attuale e meritevole di interesse.

Capitolo I

Il controllo

1.1. Il controllo

Con il termine controllo si vuole intendere sia l'*attività* volta ad accertare l'esattezza, la validità, la rispondenza a determinati parametri e criteri, sia la *relazione* attraverso la quale si tiene qualcuno sotto il proprio dominio.

E' proprio sotto questa duplice accezione che il termine controllo vive nel diritto tributario.

Considerarlo un'attività, vuol dire, ad esempio, fare riferimento all'azione posta in essere dall'Autorità Finanziaria per determinare l'imponibile e la liquidazione dell'imposta, disciplinata dal d. P.R. 29 settembre 1973 n. 600.

In generale, si può affermare che questa attività rientra nella competenza della determinazione del presupposto e delle vicende dell'obbligazione tributaria.

Considerare la relazione di controllo, invece, è oggetto di studio nell'ambito della parte speciale del diritto tributario.

Questa disciplina è contenuta nelle disposizioni relative al IRPEF e all' IRES, contenuta nel Testo Unico delle Imposte sul Reddito (T.U.I.R.), ed ha una natura "privatistica", in quanto spetta al contribuente dichiarare il legame che lo riconduce ad una certa persona, e successivamente, è l' Amministrazione Finanziaria che dovrà verificare la veridicità di tale affermazione, eseguendo una sorta di "controllo del controllo" o meglio eseguendo l' *attività* di controllo nella *relazione* di controllo. Lo studio di queste relazioni è divenuto sempre più rilevante, negli ultimi anni, soprattutto a seguito della riforma del diritto tributario e alla introduzione dell' IRES, avvenuta il 12 dicembre 2003 con il D. LGS. n. 344.

All' interno della nuova disciplina tributaria, gli artt. 117 ss, t.u.i.r. , relativi al consolidato nazionale e gli artt. 130 ss, t.u.i.r. , relativi al consolidato mondiale, hanno dato naturale riconoscimento fiscale al gruppo d' imprese ed hanno avvicinato l' ordinamento nazionale ai sistemi più efficienti propri di alcuni Paesi membri dell' Unione Europea.

Nella Relazione che accompagna l'introduzione del decreto, viene ribadita l'importanza che il gruppo ha ormai nella scena nazionale ed internazionale, fatto che invece, storicamente, il nostro ordinamento ha faticato a riconoscere.

Il consolidato, si propone di tenere separati i comportamenti patologici, volti ad eludere in maniera artificiosa le imposte, da comportamenti invece fisiologici per la vita del gruppo in quanto riconducibili all'unitarietà del soggetto economico, ma che comunque permettono l'espansione aziendale.

Il modello adottato per la tassazione del gruppo, prevede una sola base imponibile, e quindi un'unica dichiarazione fiscale, nella quale si sommano tutti i redditi delle società aderenti al consolidato. Questa impostazione si caratterizza

sia per la sua estrema semplicità, sia per la possibilità di prevedere la neutralità per le transazioni infragruppo aventi ad oggetto il trasferimento di beni diversi da quelli che producono ricavi.

Aggiungendo anche quanto disposto dal regime di *participation exemption*, risulta chiara la volontà di eliminare ogni tipo di ostacolo fiscale alla migliore allocazione delle risorse internamente al gruppo.

Al fine di avere una visione più chiara sulla *relazione* di controllo, bisogna indagare il significato che questa assume in tutte le prospettive giuridico disciplinari.

Anzitutto si deve analizzare il contenuto dell' art. 2359 c.c., al quale molto spesso il diritto tributario rimanda: accontentarsi di questa prima definizione, risulterebbe però essere estremamente riduttivo e semplicistico. Si deve infatti guardare anche alle tantissime declinazioni che la parola *controllo* ha assunto nelle diverse legislazioni speciali.

In dottrina è, infatti, molto diffuso considerare la nozione del c.c. come una nozione generale di controllo nell'ambito del diritto societario, essendo però questo concetto utilizzato anche in ambiti diversi : queste altre norme, quindi, hanno carattere "speciale" solo quando suscettibili di applicazione analogica e di integrazione della norma generale.

Al di fuori del diritto societario, invece queste assumono la veste di norme "settoriali" il che impedisce di ritenerle modificative dell' art. 2359 c.c. o integrative.

(¹)

Si deve concludere che, non vi è disciplina di settore nella regolazione globale del mercato e delle attività di chi vi opera, che non faccia riferimento ad una propria configurazione di rapporti di controllo. Tale evoluzione fa parte di un più generale fenomeno di scomposizione e frammentazione degli istituti, che pervade tutti i settori del diritto privato ed è a sua volta il riflesso della complessità dei rapporti sociali e delle istanze che l'ordinamento deve considerare e che sempre più difficilmente possono essere unificate in categorie generalizzanti. (²)

Appare necessario anche introdurre il rapporto tra controllo e gruppo, tanto nel c.c. tanto nelle legislazioni speciali.

Tale relazione viene indagata nell' ambito della disciplina societaria, ma soprattutto con riferimento al fenomeno di gruppo di società : individuare il gruppo, però, non significa solo individuare i rapporti di controllo. Molto spesso, i termini "controllo" e "gruppo" sono stati usati per esprimere uno stesso concetto, giacché entrambi, esprimono l'idea della pluralità nell'unitarietà, riscontrabile nella realtà socio-economica. Nella realtà questi due concetti, esprimono due momenti differenti della vita societaria: il controllo è lo strumento che permette di avere una posizione di potere nell'ambito delle singole organizzazioni economiche e

¹ E' un argomento ampiamente dibattuto a seguito della proliferazioni di legislazioni speciali. Si veda M.S. SPOLIDORO, in *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, 1995 458 ss; M. NOTARI , in *La nozione di " controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 225.

² Il riferimento è a G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 11 ss.

rappresenta il momento strumentale; il gruppo, è invece il rapporto che ne consegue fra le stesse organizzazioni e rappresenta il momento finale ⁽³⁾.

Per la creazione del gruppo è necessaria l'esistenza di un rapporto di controllo, ma non ogni posizione di controllo sfocia necessariamente in un fenomeno di gruppo.

Nel disciplinare questi concetti, si può partire dalla prospettiva del controllo, limitandosi a questa, o si può partire dalla prospettiva del gruppo per poi giungere anche ad essa.

Nel primo caso si vuole evitare che vi siano delle deviazioni del corretto ed ordinato svolgimento dei rapporti interni, dando luogo ad abusi di potere; nella seconda prospettiva, la disciplina è diretta a ricercare le condizioni nelle quali la realizzazione dell'azione e degli interessi di gruppo, possa esser attuata.

In questo *excursus* iniziale, non si può non menzionare la rivoluzione apportata dal D. LGS. n. 6 del 2003, che ha reso esecutiva la riforma del diritto societario nel nostro ordinamento, permettendo un avvicinamento del diritto italiano al diritto dell'Unione Europea.

In particolare, le disposizioni contenute nel capo IX, riconoscono la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento poiché espressione di una strategia imprenditoriale perseguita attraverso un'aggregazione di gruppo. Il regime di responsabilità per chi la esercita, viene sancito attraverso un equo contemperamento tra interesse del gruppo ed interesse della singola società soggetta a controllo.

Dato il forte intreccio di interessi che si manifestano, bisogna garantire la massima verità e trasparenza: quest'ultima viene realizzata attraverso la previsione di uno specifico regime di pubblicità volto ad indicare la soggezione all'attività di direzione e controllo; l'obbligo di dare motivazione analitica alle decisioni delle società soggette a controllo; il riconoscimento del diritto di recesso al socio della società oggetto di controllo, quando venga modificato l'oggetto sociale della società controllante nonché all'inizio ed alla fine dell'attività di direzione e coordinamento.

Il legislatore, inoltre, non ha dato una definizione di "gruppo", in quanto si può rimandare alle nozioni proprie delle legislazioni speciali, ma soprattutto perché tale definizione risulterebbe inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.

La disciplina ha ad oggetto l'attività di direzione e coordinamento, che si assume come dato di fatto, ed anche per questa non vi è alcuna formula giuridica che definisca tale nozione; si ritiene però essa debba discendere dal potere di controllo, potendosi riferire alle previsioni dell'art. 2359, comma 1, c.c.

Tale presunzione, opera sia verso le società poste al vertice del gruppo, sia per le società poste in una posizione intermedia della catena di controllo.

Lo studio di questa relazione è stato ampiamente affrontato nell'ambito del diritto tributario e si è giunti alla conclusione che in realtà il legislatore non ha mai portato

³ Si veda, G. FERRI, *Concetto di controllo e gruppo*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, 1338.

a compimento lo sforzo di risolvere in maniera sistematica la fisiologica doppia imposizione economica che emerge quando due o più società sono tra loro vincolate da un rapporto di colleganza, costringendo i “veri” gruppi a camaleontiche geometrie al fine di evitare i distorsivi effetti fiscali che la loro naturale conformazione avrebbe comportato. ⁽⁴⁾

Questo discorso si riferisce sia alla classica doppia imposizione economica dei dividendi, ma anche alle possibili disarmonie impositive, che l’assenza di una specifica disciplina normativa, ha contribuito a proliferare.

In queste situazioni, il controllo viene inteso nella massima estensione per poter evitare la doppia imposizione economica: maggiore è il perimetro della relazione di controllo per individuare i confini del gruppo, tanto più si può risolvere il problema della doppia imposizione.

Nella realtà, invece, il legislatore tributario, che da sempre ha mostrato un forte interesse per il sostenimento di un elevato gettito erariale e per evitare comportamenti elusivi, si è sempre preoccupato dei fenomeni di doppia non imposizione ed ha quindi adottato definizioni molto ampie del “controllo” (l’unica eccezione è rappresentata dalla dichiarazione IVA operata congiuntamente dalle società appartenenti al gruppo).

Per concludere il rapporto tra controllo e gruppo nel diritto tributario si muove tra due opposte esigenze: l’eliminazione della doppia imposizione economica da una parte e l’eliminazione della doppia non imposizione.

Anche la giurisprudenza non ha mostrato pareri uniformi in merito alla relazione tra controllo e gruppo: negli ultimi tempi, però, la Suprema Corte ha dato rilievo giuridico al rapporto di gruppo instaurato tra più società ed ha offerto contributi originali alla costituzione giuridico tributaria di questa nuova entità, al fine di evitare la doppia non imposizione. In questo modo, si sta anche affermando l’obsolescenza del dettato dell’ art. 37.3 del D.P.R. n. 600/1973 che dichiara che in sede di rettifica o di accertamento d’ ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando si dimostri che egli ne è l’effettivo titolare. In conclusione, sembra si possa affermare che, nonostante gli sforzi giurisprudenziali più recenti, il legislatore non abbia sfruttato le innovazioni introdotte in materia con la riforma del diritto societario.

1.2. Il controllo nel codice civile

Il nuovo codice civile del 1942 ha introdotto per la prima volta nell’ordinamento positivo la nozione di controllo. In realtà, si regolava la materia dei vincoli intersocietari, senza però dare una esplicita definizione di controllo, con la definizione della società controllata nella prima formulazione dell’ art. 2359. Lo scopo di questa norma era di evitare che fosse falsata la consistenza patrimoniale

⁴ Si veda AA.VV., *La fiscalità industriale*, di G. TREMONTI, Bologna, 1998.

attraverso incroci di patrimoni distinti solo formalmente, alterando il corretto rapporto di forza entro le società a vantaggio del gruppo di comando della società controllata. ⁽⁵⁾

In questa prima formulazione, l'art. 2359 considerava controllate le società in cui un'altra possedeva un numero di azioni tale da assicurare la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria o quelle che, in virtù di particolari vincoli contrattuali, fossero sotto l'influenza dominante di un'altra società.

La prima riforma in materia si ebbe con la L. 7 giugno 1974, n. 216 : nell'art. 6 si ridefinivano le ipotesi di controllo e si inseriva il concetto di società collegata e quindi l'art. 2359 recitava:

“Sono da considerarsi società controllate:

- 1. le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni o delle quote possedute, dispone della maggioranza dei voti richiesta per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria;*
- 2. le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa;*
- 3. le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa.*

“Sono considerate collegate le società nelle quali si partecipa in misura superiore al decimo del loro capitale, ovvero in misura superiore al ventesimo se si tratta di società con azioni quotate in borsa”.

Questa seconda formulazione è stata poi sostituita con l'attuale testo, in occasione del recepimento della IV e della VII direttiva CEE in materia societaria.

Nella relazione di accompagnamento al D. LGS. 9 aprile 1991, n.127, nel contesto della riforma per la trasparenza contabile di gruppo, nell'affrontare il problema della definizione delle imprese “ controllate ” ai fini del consolidamento, si è dapprima riscritta la norma del codice che definiva questa fattispecie, di modo da rendere tale definizione più precisa e completa e pertanto più idonea a richiami parziali ai fini dell'individuazione dell'ambito del consolidamento ⁽⁶⁾.

Pertanto il nuovo art 2359 c.c. recita:

“ Sono considerate società controllate:

- 1. le società in cui un'altra società, dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- 3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa;*

⁵ Si veda, ad esempio, G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contratto e impresa*, 1997,319.

⁶ Si veda G. SBISÀ, *Società e imprese controllate nel d. l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. Soc.*, 1992, 906 ss.

“Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma, si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a interposta persona; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

“Sono considerate collegate le società sulle quali un’ altra società esercita un’influenza notevole. L’ influenza si presume quando nell’ assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

Questo articolo è rimasto tale anche a seguito della riforma del diritto societario del 2003, se non per il riferimento alle “ *azioni quotate in borsa* ” invece che “ *in mercati regolamentati* ”, nella presunzione di collegamento.

Il primo comma, contempla l’ ipotesi del controllo diretto, distinto nelle due figure del controllo interno, che si scompone ulteriormente nel controllo interno di diritto e nel controllo interno di fatto, e del controllo esterno.

Il secondo comma, invece, disciplina il controllo indiretto.

Il confronto con la precedente formulazione dell’ art., si può notare come le novità non riguardano tanto le fattispecie di controllo, quanto il modo in cui esse sono state intese ed il loro inquadramento sistematico.

Il controllo di fatto è disciplinato al secondo comma, individuando il cosiddetto controllo interno di fatto, ed al secondo comma che definisce il controllo esterno, attuato in virtù di particolari vincoli contrattuali tra società controllante e società controllata.

Il terzo comma, individua il controllo indiretto, che è una modalità del controllo interno, e che ricorre ogni qualvolta si disponga di voti spettanti a terzi e quindi si tiene conto dei voti che si possono esprimere sia tramite società controllate, sia tramite società fiduciarie o persone interposte.

La prima ipotesi in cui si manifesta il controllo è anzitutto una situazione di fatto che si manifesta quando una società disponga del cinquanta per cento più uno del capitale di un’altra società. Rispetto al passato non è più richiesta la titolarità delle partecipazioni, in quanto non sempre sufficiente o necessaria per dominare l’assemblea, bensì la *disponibilità* della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria.

Con questo termine, si intende far riferimento anche a tutte le situazioni non codificate in virtù delle quali una società si ritrova la maggioranza dei voti esercitabili, a prescindere dal fatto che detti voti risultino insufficienti per l’approvazione in prima convocazione di una deliberazione in virtù di *quorum* deliberativi più elevati fissati dalla legge o dallo statuto.

Ad esempio, una modalità tipica di disponibilità della maggioranza dei voti è costituita dagli accordi in base ai quali uno o più soci si obbligano a votare secondo le indicazioni di un altro soggetto.

Non si attribuisce invece rilevanza al controllo *congiunto* che si manifesta quando più soci, non disponendo nessuno della maggioranza dei voti, la ottengono in forza di accordi parasociali che regolano l’esercizio del diritto di voto.

La seconda fattispecie si ottiene con la disponibilità di voti necessari ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria: è questo il controllo interno di fatto che deve risultare a seguito di accertamento empirico, più o meno agevole a seconda che si tratti di società quotate o meno. Nel caso di società quotate, infatti, è facilmente agevole conoscere i rapporti partecipativi e relative evoluzioni; più difficile è l'individuazione degli stessi in società non quotate.

Quello che è importante, è che la disponibilità di voti che consentono di esercitare un'influenza notevole in assemblea ordinaria, non deve esser occasionale, ma il frutto di posizioni giuridiche e di rapporti che abbiano un certo grado di stabilità ⁽⁷⁾. L' art. 2359.1 al terzo punto considera il controllo esterno, ossia l'assoggettamento al controllo per effetto di particolari vincoli contrattuali.

Per i numeri 1) e 2) è ammessa l' ipotesi del controllo indiretto ovvero attuato per interposizione, fra la controllante e la controllata, di una terza società, controllata dalla prima e controllante la seconda, da sola o in concorso indiretto attuato tramite società fiduciarie o interposte persone.

La catena del controllo indiretto non ha limiti e può dar vita ad un vero e proprio "effetto telescopico"; è da notare come la norma faccia riferimento ai punti 1) e 2) ma non anche al 3) e si può tener conto dei voti spettanti a società controllate, ma non dei particolari vincoli contrattuali fra le società controllate e altre società.

Quindi, se lungo la catena del controllo, ci si dovesse imbattere in una società controllata in virtù di particolari accordi contrattuali, solo la sua controllante diretta sarà da considerare controllante e non anche le controllanti antecedenti.

Ad esempio se A controlla B in virtù di particolari vincoli contrattuali, e B controlla C mediante partecipazioni, A è controllante di C, in quanto si tiene conto anche dei voti spettanti a B. Se C dovesse controllare D mediante partecipazioni, A controllerà anche D, contando anche i voti che C esercita nell'assemblea di D.

L'ultimo comma dell'art. 2359 individua la nozione di collegamento: il legislatore, però, non ne indica alcun elemento costitutivo dell'influenza notevole, potendo quindi ravvisarla ogni qualvolta una società sia in grado di influire sull'attività dell'altra o le consenta di avere una quota di partecipazione significativa.

Nel silenzio della norma, non sembra che il collegamento derivi dall'esercizio effettivo dell'influenza notevole, bastando la possibilità di esercizio. Quest' ultimo si ravvisa quando la società dispone di almeno un quinto dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria dell'altra, o un decimo, se la società è quotata in mercati regolamentati.

⁷ Sempre G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Società controllate e società collegate*, op. cit., 335

1.3. Il controllo nelle legislazioni speciali

Alla definizione di controllo offerta dal novellato art. 2359 c.c., si affiancano una serie di nozioni offerte dalle cosiddette legislazioni "speciali".

Risulta chiara, quindi, la volontà del legislatore di offrire nozioni diverse di controllo in base agli scopi che si vogliono perseguire, più che giungere ad un'unica definizione di controllo e di gruppo.

In realtà, non vi è corrispondenza tra la varietà di nozioni di controllo e le situazioni sostanziali cui queste facciano riferimento: si tratta quindi di gravi disarmonie che creano diversi problemi applicativi.

Il numero considerevole di nozioni di controllo è stato recentemente ordinato secondo quattro criteri: a) le definizioni speciali di controllo richiamanti l'art 2359 c.c.; b) la clausola dell'influenza dominante; c) la definizioni speciali di controllo richiamanti il solo art. 2359 c.c.; d) le definizioni di controllo prescindenti da specifici elementi definitivi né rinvianti a definizioni preesistenti (⁸).

Nozioni speciali di controllo si trovano nella legislazione di ausilio all'industria e delle partecipazioni statali, ma è soprattutto con la Legge Prodi del 3 aprile 1979 n. 95, che si è acceso un vivace dibattito sulla questione.

Altre nozioni di controllo sono contenute con la L. 10 ottobre 1990 n. 287, sulla tutela della concorrenza e del mercato (legge *antitrust*).

Ulteriori nozioni, sono state introdotte con il D . LGS. 20 novembre 1990, n. 356, in materia di gruppo creditizio oggi in parte modificato con l'art 23 del T.U.B.

Il D. LGS. n. 127/ 1991, detta in materia di bilancio consolidato, un'altra e più ampia definizione di controllo, cui si affianca l' ipotesi del controllo congiunto. Grazie a quest'ultimo si configura il consolidamento proporzionale in quelle ipotesi in cui l'impresa abbia il controllo congiuntamente ad altri soci ed in base ad accordi con essi, purché la partecipazione posseduta non sia inferiore alle percentuali indicate nell'art. 2359.3 c.c.

La L. 17 maggio 1991, n.157, sull'*insider trading*, impiega la nozione di controllo dell'art. 2359 c.c., integrandola facendo riferimento agli artt. 5 e 7, della Legge *antitrust*.

Un'ulteriore definizione di controllo è contenuta nel D. LGS. 27 gennaio 1992, n. 87, sui bilanci bancari.

Nel dare attuazione ad una Direttiva CEE sulle informazione pubblicitarie da dare al momento dell'acquisto o della cessione di una partecipazione importante nelle società quotate, il D. LGS. 27 gennaio 1992, n. 90, fissa una definizione di controllo da impiegare nelle comunicazioni alla Banca d' Italia e modifica la nozione di controllo in materia di partecipazione al capitale delle società di assicurazione contenuta nella l. n. 20/1991.

Vi è una definizione autonoma di controllo nella Legge 12 febbraio 1992, n. 149, sulle O.P.A.

⁸ In tal senso, N. RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 185-234.

In seguito ad una attuazione della II Direttiva CEE in materia bancaria, il D. LGS. 14 dicembre 1992, n. 481, ha modificato l'art. 27 della legge *antitrust*. Lo stesso articolo è stato poi abrogato dall'art. 161.1 del D. LGS. 385/1993 ed ora sostituito con gli artt. 22 e 23 dello stesso D. LGS. 385/1993 (T.U.B.)

Il T.U.B. ha notevolmente modificato la disciplina del controllo per gli enti bancari e creditizi.

Altri importanti modifiche si sono attuate con il D. LGS. 24 febbraio 1998, n. 58, (T.U.F.): partendo dalla definizione di società controllata prevista dall'art. 2359 c.c. si è voluto estenderla alle i) imprese, italiane o estere, in cui un soggetto ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge consenta tali contratti o clausole; ii) alle imprese, italiane o estere, su cui un socio, in base ad accordi con altri soci, dispone da solo di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria. In ogni caso, si considerano anche i voti spettanti a società controllate o esercitati per il tramite di fiduciari o di interposte persone; non si considerano quelli spettanti per conto di terzi ⁽⁹⁾.

L'art. 80.1, lett. b), D. LGS. 8 luglio 1999, n. 270 disciplinante l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, dispone che per "imprese di gruppo" si considerino a) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; b) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; c) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre. Per l'ipotesi sub a) e sub b) il rapporto di controllo esiste anche nel caso di soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dal c.c. dall'art. 2359.1 n. 1 e 2, c.c. Per finire, la L. 28 dicembre 2005, n. 262 disciplinante le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, all'art. 6 ha introdotto una nuova sezione IV bis, alla parte IV, titolo III, capo II, del T.U.F. rubricata *Rapporti con società estere aventi sede legale in Stati che non garantiscono la trasparenza societaria*, ed all'interno della quale sono previsti degli obblighi di trasparenza per gli amministratori delle società italiane quotate e società emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico, che controllino società aventi sede in un paradiso societario o che siano ad esse collegate.

L'art. 165 *ter* del T.U.F. per individuare il perimetro del gruppo internazionale, applica le nozioni di controllo previste dall'art. 93 e la nozione di collegamento prevista dall'art. 2359.3 c.c. ⁽¹⁰⁾.

⁹ Il riferimento è a G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 62 ss.

¹⁰ Si veda G. MARINO, *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto di norme?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, I, 967 ss.

1.4. La relazione tra il controllo nel c.c. e il controllo nelle legislazioni speciali

Alla luce di quanto dibattuto, ci si chiede quale sia la relazione tra la nozione di controllo offerta dal codice civile e le diverse nozioni di controllo contenute nelle legislazioni speciali, dato il loro rinvio allo stesso art. 2359 c.c.

Ciò che appare chiaro è che, ogni definizione di controllo acquista senso nella misura in cui appaia funzionale agli scopi che il legislatore intendeva perseguire dettandola; il compito degli interpreti della definizione di controllo è di verificare l'ipotesi formulata entro i confini di ciascun settore di intervento.

Pur accettando l'idea che il controllo sia un concetto ad area variabile, non si può non notare come tale pluralità di nozioni, crei diversi problemi applicativi.

A ben vedere, appare chiara l'ambiguità del rapporto tra norma speciale e norma generale: tutto questo comporta che la norma speciale sia contrabbandata per applicativa di quella generale, con la pretesa di interpretare la norma generale attraverso quella speciale.

L'approccio da usare verso le molteplici definizioni di controllo non può muovere dalla presa di coscienza di una specialità funzionale alla particolarità delle finalità seguite: si deve necessariamente compiere una verifica sul terreno delle varie leggi speciali.

Da tale verifica, molto spesso, emerge che la nozione speciale, è tale solo in apparenza in quanto la nozione di controllo è ibrida. Se poi, dalla verifica, si dimostrasse davvero l'esistenza di una nozione speciale, allora bisognerebbe definire con esattezza i presupposti e le condizioni d'uso specifici.

Da un'analisi rigorosa si evince, nella stragrande maggioranza dei casi, che il legislatore, invece di usare identici concetti, identiche nozioni, identiche parole per disciplinare identici fenomeni, così come imporrebbe il metodo analitico, di volta in volta gratuitamente arricchisce, dando una nuova pennellata, usa perifrasi. *Ma la fantasia in questo campo non è concessa. La monotonia è di rigore se la nozione è identica* ⁽¹¹⁾.

Il quadro complessivo evidenzia dunque una proliferazione di nozioni di controllo ed una non sempre semplice identificazione delle diverse fattispecie - pur essendo tutte definite "controllo societario"-, da aggiungere alla frequente incertezza sulla rilevanza degli interessi e degli obiettivi sottesi alla scelta di una nuova definizione ed a ricorrenti interrogativi sulla congruità dell'estensione della nozione di controllo di volta in volta accolta rispetto al fine perseguito, conducono verso un approccio disilluso rispetto ad un'ipotesi metodologica. Si usa lo stesso termine "controllo" senza qualificazioni per evocare sinteticamente fattispecie tra loro diverse, pretendendo di esportare surrettiziamente in un certo settore ed ad una determinata problematica, che al controllo si riferisce ma senza una propria definizione o con una definizione ritenuta scarna o insoddisfacente, l'estensione di

¹¹ In tal senso P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 5,6.

quella, tra le diverse nozioni, che l'utilizzatore dell'espressione giuridica ritenesse la più appropriata ⁽¹²⁾.

Questo approccio metodologico "concettuale" si contrappone al metodo "metodologico" per il quale l'appartenenza di certe fattispecie al "tipo" si realizza in virtù della ricorrenza di un tratto qualificante comune, che rappresenta il denominatore comune di queste fattispecie.

Il tratto qualificante si ottiene a seguito di un processo di astrazione e di intuizione, rinunciando quindi ad un'elencazione completa degli attributi essenziali della fattispecie stessa.

Il vantaggio che presenta il "tipo" rispetto al "concetto" è l'elasticità dei dati che lo individuano, nonché la loro gradualità: al tipo possono appartenere fattispecie con tratto qualificante comune, ma differenti per l'esistenza di ulteriori specificazioni di contenuto ⁽¹³⁾.

Quindi, la pluralità delle definizioni di controllo, non dovrebbe comunque impedire di individuare degli "epifenomeni" di un modello "ontologico" di controllo, delimitato da una parte dall'art. 2359 c.c. e dall'altro dal controllo di una o più imprese dell'art. 7, L. n. 287/1990, sulla tutela della concorrenza e del mercato. Tra questi due estremi, sembrerebbe esser lo stesso legislatore a selezionare le fattispecie funzionali per ogni disciplina ⁽¹⁴⁾.

Questo metodo è stato comunque oggetto di critica in quanto si ritiene sia utilizzabile solo quando non vi sia una definizione legale del concetto di controllo ovvero quando si debbano individuare degli elementi di disciplina applicabili a fattispecie che non sono riconducibili a nessuna "nozione legale" o ancora quando si debbano ritagliare, all'interno di una disciplina, disposizioni che non possono essere derogate se non snaturando il fenomeno regolato, trasformandolo, quindi, in un altro "tipo" di realtà giuridica.

Le conclusioni alle quali si è giunti più recentemente, sostengono che l'art. 2359 c.c. pur rappresentando la norma di maggior rilievo ed il "modello" cui le altre nozioni spesso fanno riferimento, è una nozione "generale" solo nell'ambito del diritto societario, che è una branca del diritto d'impresa, ma che evidentemente non lo racchiude tutto. Rispetto ad essa, le altre nozioni sono "speciali" solo se l'art. 2359 c.c. ha valenza generale.

Al di fuori del diritto societario, invece, queste nozioni hanno natura "settoriale" più che "speciale", il che impedisce di ritenerle modificative dell'art. 2359 o integrative, ma non di estenderle per analogia ad altri settori dell'ordinamento.

Pertanto, per individuare quale nozione sia applicabile, quando una disciplina presupponga il controllo senza definirlo, si deve tener presente che poiché, l'art. 2359 c.c. non trova applicazione diretta, anche su di questo bisogna fare l'esame

¹² In tal senso sempre P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, Milano, 1996, II, 1548 ss.

¹³ Si veda, M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995, 54,55.

¹⁴ Il riferimento è a G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 67; M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, op. cit., 8,9.

dell' *eadem ratio*, e che restano applicabili le altre nozioni di controllo, che al di fuori del diritto societario, non hanno natura eccezionale rispetto all' art. 2359 c.c. (¹⁵).

1.5. Il controllo nel T.U.I.R.

Molto spesso si rinvia all'art. 2359 c.c. con espressioni quali “ *ai sensi dell'art. 2359 c.c.*”, oppure “*si applica l'art. 2359 del c.c.*”, o ancora “*in base all'art. 2359 del c.c.*”: questo rinvio risulta però essere non recettizio, nel senso che le modifiche sopravvenute dell'art. 2359 c.c. rileveranno sul contenuto del rinvio ed anche la sua validità resterà subordinata a quella dello stesso articolo.

Questo richiamo, comunque, pur essendo esplicito, non è privo di problemi di tipo interpretativo: la sua utilizzazione non presuppone necessariamente l'accoglimento del significato che a tale istituto è attribuito nella disciplina giuridica originaria, dal momento che non sempre alla coincidenza del *nomen juris* corrisponde la nozione contraddistinta dal *nomen* medesimo: spetta all'interprete individuare, mediante l'applicazione dei normali canoni ermeneutici, il significato assunto ai fini fiscali (¹⁶).

Ancor più complesso è il caso del rinvio implicito in quanto nell'enunciato appare il termine “tecnicizzato” del controllo o di suoi derivati, in diversi contesti di un stesso documento legislativo, senza però offrirne una definizione, senza specificarne la fonte normativa e non rendendo chiaro all'interprete il significato cui fare riferimento.

Ad esempio, quindi, in via di principio, l'approccio per interpretare il termine controllo di cui all'art. 51, comma 2 *bis*, del t.u.i.r. dovrebbe esser lo stesso usato per l'art. 110, comma 7, del t.u.i.r. o dell'art. 84.3 lett a) del t.u.i.r..

Ancor diverso è interpretare norme che definiscono il controllo senza alcun rinvio al dettato del codice civile: si pensi, ad esempio, alle definizioni dei soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllate residenti ex art. 117, t.u.i.r., e del relativo requisito del controllo ex art. 120, t.u.i.r., nonché all'art. ex 130 in tema di soggetti ammessi alla determinazione di un'unica base imponibile per il gruppo di imprese non residenti.

Comunque, seguendo un metodo usato dalla dottrina giuscommerciale, si possono distinguere 3 diverse tecniche legislative per ricondurre i soggetti passivi dell' Irpef e/o dell' IRES entro una relazione di controllo: 1) norme tributarie che usano il termine controllo senza definirlo e senza rinviare a norme o a definizioni preesistenti; 2) norme tributarie che rinviano esplicitamente all' art. 2359 c.c. ed infine 3) norme tributarie che rinviano all' art. 2359 c.c., integrandolo con ulteriori requisiti.

¹⁵ In tal senso M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, op. cit., 225.

¹⁶ Il riferimento è a G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 17.

Capitolo II

Il rapporto tra controllo e gruppo

2.1. Analisi generale del rapporto tra controllo e gruppo

Analizzare ed indagare la relazione tra il controllo ed i gruppi di impresa è uno *step* necessario per la successiva analisi del controllo del diritto tributario.

Infatti, il legislatore usa le definizioni delle relazioni di controllo non solo con riguardo alla disciplina societaria, volta a prevenire eventuali falsificazioni della consistenza patrimoniale attraverso incroci di patrimoni fittizi e puramente apparenti, ma anche per scopi diversi, primo fra tutto quello di identificare le aggregazioni che danno vita ai gruppi societari.

Inoltre, è bene sottolineare come, nel diritto tributario, il controllo, sia un concetto usato principalmente per individuare le aggregazioni di società che sono potenzialmente lesive dell'interesse erariale o, all'estremo opposto, che possono essere oggetto di agevolazioni fiscali.

Le imprese di gruppo sono state un fenomeno che ha trovato larga diffusione nel XX secolo e che ha rappresentato una forte innovazione nella vita economica giuridica, forse tanto quanto lo è stata la creazione della società per azioni, ovvero società in cui il capitale è rappresentato da azioni ed in cui la responsabilità dei soci è limitata. Non si può non notare come tra i due eventi vi sia un rapporto di continuità, ma sono anche chiare le differenze tra le due entità.

La società per azioni, è il frutto di una creazione legislativa: la suddivisione del capitale in valori negoziabili e facilmente trasferibili, poteva agevolare l'afflusso del risparmio in nuove realtà produttive e la responsabilità limitata, era una forma di incentivo all'investimento, giacché il patrimonio dei soci restava indenne di rischi di impresa.

Il gruppo societario è nato invece "sul campo", da esigenze operative degli imprenditori: chiunque può acquisire azioni di altre società, anche per un ammontare che consenta di esercitare il controllo, che come tale consenta ad esempio di esercitare un'influenza dominante nell'assemblea della società, le cui quote di capitale sono state oggetto di acquisizione.

In questo modo una stessa attività economica può frazionarsi in una pluralità di società, tra loro legate da un rapporto di controllo azionario, che ne assicura la guida unitaria, ciascuna destinata ad uno specifico settore di impresa o ad uno specifico mercato in cui questa opera ⁽¹⁷⁾.

Il gruppo di società è stato definito come un concetto di frontiera nel mondo giuridico, per la inesorabile evoluzione che lo caratterizza e che dona la sensazione al giurista di esser di fronte ad una avventura talmente grande da fare

¹⁷ In tal senso, si veda F. GALGANO, *Lex mercato ria*, Bologna, 2001, 164.

affermare, con sarcasmo, “che la sua mente è messa a dura prova: come può un’entità essere, al tempo stesso, una (per l’unità del gruppo) e plurima (la pluralità delle società che lo compongono)? Solo questo spiega come in questa materia ci siano gli agnostici (quelli che non vedono altro che le singole società), i credenti (che invece riconoscono la giuridica esistenza di un rapporto di gruppo fra le società) ed i mistici (quelli che identificano il gruppo, elevandolo alla dignità di una nuova persona giuridica, secondo un’idea che circola solo nella letteratura francese ed olandese, mentre in Italia ha avuto un effimero successo presso alcuni giudici del lavoro, cui ha presto posto termine la Cassazione”⁽¹⁸⁾.

Risulta essere un’utopia la corrispondenza tra impresa economica e la sua organizzazione giuridica per dar luogo ad iniziative economiche unitarie o comunque tra loro coordinate che si realizzano, e possono realizzarsi, soltanto attraverso una pluralità di organizzazioni giuridiche autonome, anche se economicamente collegate.

L’esperienza ha evidenziato come si sia spesso presupposta una nozione pregiuridica di gruppo fortemente indifferenziata e definita funzionalmente, in via generale, in ragione di obiettivi gestionali che il gruppo consentirebbe di perseguire tra i quali ricordiamo: la ripartizione del gruppo, l’espansione del dominio finanziario attraverso l’effetto moltiplicatore della partecipazione iniziale, il decentramento produttivo, l’autonomia gestionale, il coordinamento tra strategia, formulata dalla *holding* o dalla capogruppo, e tattica attuata dalle società “figlie”, la razionalizzazione tra politica finanziaria di gruppo e politiche produttive delle controllate⁽¹⁹⁾.

A partire dagli anni ’70, in Italia, si è sviluppata un acceso dibattito sulla relazione tra controllo e gruppo, in quanto in quegli anni vi furono importanti interventi legislativi.

Questi sono rappresentati dalla miniriforma delle società per azioni introdotta con la L. n. 216/ 1974, che da una parte novellava la disciplina del controllo di cui agli artt. 2359 e 2359 *bis*, c.c., e dall’altra, esplicitamente, usava la dizione “gruppo” con riferimento al bilancio consolidato⁽²⁰⁾.

Altro intervento si è avuto con il recepimento della VII direttiva CEE, ma è stato soprattutto con il D.L. 30 gennaio 1979, n. 26 (cd. “Decreto Prodi”) che è stata introdotta per la prima volta nell’ordinamento giuridico italiano la più ampia e articolata disciplina in tema di aggregazione societarie, seppur limitatamente alla prospettiva dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Questa

¹⁸ Si veda F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 8.

¹⁹ Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 71-72; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 81; G. F. CAMPOBASSO, *Gruppi e gruppi bancari: un’analisi comparata*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, 731.

²⁰ In tal senso, F. D’ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA. VV., *La disciplina dei gruppi di società nella “novella” del 1974*, Milano 1978, 105 ss.

norma, aveva comunque portata limitata, ma ha suscitato grande interesse anche al di fuori del limitato ambito della procedura di amministrazione straordinaria ⁽²¹⁾. Dopo questi interventi normativi, la dottrina interpreta le nozioni di “controllo” e di “gruppo” come mezzi qualificanti uno stesso fenomeno: entrambe riconducono all’idea della pluralità nella unitarietà nella realtà socio- economica.

Il controllo, è quella condizione che consente ad un soggetto di coordinare ed unificare l’azione economica di più organizzazioni giuridicamente autonome.

Il gruppo, indica il determinarsi, fra quelle organizzazioni, di un collegamento in funzione dell’unità dell’azione e dell’interesse unitario che l’azione presiede, ma non il determinarsi di una riduzione ad unità ⁽²²⁾.

Sono quindi due momenti di uno stesso fenomeno: il controllo rappresenta il momento strumentale, il gruppo è il momento finale

Perché si possa creare un gruppo, il controllo appare comunque un requisito indispensabile ma non è altrettanto vero il contrario: da una relazione di controllo non ne deve per forza discendere la creazione di gruppo. Inoltre, la dottrina, si è più volte interrogata sul fatto che il controllo sia il solo requisito per la creazione di gruppo o se se ne debbano rispettare degli altri, ed ancora ci si è interrogati sull’eventuale natura di questi ulteriori elementi: sono elementi di natura formale organizzativa o sono elementi di natura sostanziale, che come tali collegando le singole imprese, consenta il coordinamento delle diverse attività e con esse un’azione di gruppo ed il perseguimento di un interesse di gruppo.

2.2. Controllo e gruppo nel codice civile

Il controllo giuridico di diritto, ovvero il fatto che una società abbia una partecipazione di controllo in un’altra società non sembra realizzare in sé per sé un fenomeno di gruppo: questo controllo può trovare la propria ragion d’essere semplicemente nella realizzazione di un interesse delle società operative, senza ulteriori interessi conseguibile con la loro aggregazione.

Il controllo di diritto dà la possibilità di interferire nella vita societaria della società nella quale si detiene tale partecipazione; ci si chiede, però, anche quale sia il limite a questa interferenza ed una prima soluzione appare indicata con l’applicazione di un principio fondamentale del diritto societario, secondo il quale la realizzazione di un interesse ulteriore non è consentito, quando esso, si traduca in un sacrificio dell’interesse delle singole società ⁽²³⁾.

Il controllo derivante da accordi natura contrattuale differisce da quello di diritto per almeno due aspetti: la situazione di controllo è volutamente creata mediante la

²¹ In materia si veda P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria*, in AA. VV. , *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, 90, 91.

²² Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 74.

²³ Si veda G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, op. cit., 1343.

stipulazione del contratto e si crea per realizzare un interesse ulteriore rispetto a quello delle singole imprese, che potrà compiersi solo con un coordinamento delle imprese interessate al contratto. E' più facile che, in questo caso, dal controllo ne discenda la creazione di un gruppo.

Ciò che appare necessario è la possibilità di un'azione coordinata di gruppo, di un interesse di gruppo e la necessaria azione integrata delle diverse imprese.

Se il fenomeno di gruppo è un fenomeno di aggregazione di imprese per la realizzazione di un programma economico comune ed ulteriore rispetto a quello realizzabile attraverso le singole imprese, e precisamente un fenomeno di aggregazione che trova il suo fondamento in un contratto, da un punto di vista teorico è chiaro che il fenomeno non è necessariamente legato alle imprese costituite in forma di società per azioni. Tuttavia, nell'esperienza concreta, la disciplina dei gruppi sembra esser stata sempre posta in occasione delle società per azioni e come una disciplina differenziata rispetto ad essa ⁽²⁴⁾.

Tale previsione normativa è conforme solo ai cosiddetti "gruppi contrattuali" o ai "gruppi orizzontali", quali aggregazioni di tipo volontario, ma è sempre stato evidente come queste realtà abbiano avuto scarsa diffusione nel panorama economico italiano. In Italia, unioni di imprese si sono diffuse, ma erano per lo più consorzi, intese ed associazioni temporanee di imprese: ma non si ha, in questo modo, il fenomeno di gruppo, caratterizzato dall'accentramento, nelle mani della controllante, di funzioni gestionali inerenti alle singole entità del complesso.

L'accentramento viene reso possibile dall'esistenza di vincoli di controllo di una o più entità del gruppo nei confronti delle altre, e quindi attuato unilateralmente ed al di fuori di un'intesa tra le diverse entità aggregate. In ogni caso, non si può negare l'affermazione per la quale non ogni vincolo di controllo dà luogo alla formazione di un'aggregazione verticale di gruppo, essendo a tal fine necessario che la capogruppo si avvalga del potere di controllo per costituire un organismo economico unitario, ossia per coordinare ed indirizzare l'attività della società da essa controllate.

In conclusione, si può affermare che la differenza tra controllo e gruppo si può cogliere avendo presente che il "gruppo" presuppone un tipo di collegamento qualitativamente diverso dal controllo, potendo però parlare di gruppo solo quando l'ingerenza assume *forme diverse e più incisive* di quella esplicabile in una ordinaria situazione di controllo: finché la società controllante si avvale dei suoi poteri "istituzionali" di socio e non esercita influenza diversa da quella che tali poteri consentono, non si ha "gruppo", ma un semplice rapporto di controllo ⁽²⁵⁾.

²⁴ Si veda, G. FERRI, *Concetto di controllo e gruppo*, op. cit., 1344.

²⁵ In tal senso, G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 78; A. PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, in *Contratto e impresa*, 1997, II, 514 ss; ID., "Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Il dir. Fall.*, 1985, I, 175ss; ID., *La responsabilità da "controllo" nei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 1984, 401 ss.

2.3. Controllo e gruppo nella legislazione speciale

Un'altra prospettiva dalla quale valutare la relazione tra controllo e gruppi, viene offerta dalle cd. "legislazioni speciali", giacché nel codice civile del 1942 non veniva mai usata la parola gruppo così come lo stesso art. 2359, codice civile, esamina il rapporto di controllo mirando alla tutela del patrimonio sociale per i creditori d'impresa.

Partendo da queste considerazioni, si può indagare la relazione grazie alla proliferazione legislativa speciale avvenuta negli ultimi decenni⁽²⁶⁾.

Non ci si può neanche trincerare dietro l'affermazione diffusa nel mondo giuridico-economico per la quale controllo e gruppo sono concetti ad aree a "geometria variabile" e che la diversità degli interessi perseguiti dalle varie discipline speciali conduce ad attribuire rilevanza a diversi indici di collegamento tra imprese, approvando quindi a diverse nozioni. Questa pluralità di nozioni, non può che condurre a gravi disarmonie teoriche ed a problemi operativi: è necessaria una ricomposizione che guardi alle nozioni comunitarie e così trovi il suo punto di riferimento nell'art. 2359 c.c., integrato dalla stessa ricomprensione in esso dell'influenza dominante che ad un socio derivi dai cosiddetti contratti di impresa, da accordi parasociali, dal diritto di nominare gli amministratori⁽²⁷⁾.

Si dovrà, quindi, trovare un polo unitario alle diverse definizioni delle legislazioni speciali che richiamano più o meno esplicitamente l'art. 2359 c.c. .

Il Decreto Prodi del 1975 in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dedica l'art. 3, composto da 10 commi, alla disciplina delle " società o imprese controllate, a direzione unica e garanti", che ha introdotto delle innovazioni nel rapporto tra controllo e gruppo.

Secondo questa norma, non basta l'esistenza di un rapporto di controllo, inteso come potenziale ingerenza nella gestione, ma serve una direzione unitaria, ossia l'esercizio effettivo di questo potere. Di conseguenza, la responsabilità della controllante non è una responsabilità oggettiva, ma una responsabilità per danni, da ricondurre a comportamenti illeciti: è questo il tema del dibattito tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Per la prima, tutti gli amministratori della controllante sono responsabili, indipendentemente dall'aver impartito delle direttive agli amministratori delle controllate, e spetta a loro dimostrare l'imputabilità del danno. La responsabilità, comunque, grava sugli amministratori e non anche sulla controllante. La seconda, invece, impone agli amministratori della società controllante di esser vincolati esclusivamente dall'obbligo di non danneggiare la società controllata, attraverso le direttive impartite agli organi societari di quest'ultima, facendo gravare la responsabilità solo sugli amministratori che abbiano effettivamente emanato tali direttive.

²⁶ In tal senso, si veda P. MARCHETTI, *Note sulla legislazione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 1 ss.

²⁷ Si veda, G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 79.

Nella disciplina *antitrust*, il gruppo assume rilevanza al fine di identificare quell'insieme di soggetti che, pur dotati di autonomia giuridica, devono essere considerati in modo unitario al fine dell'individuazione di una restrizione alla concorrenza ⁽²⁸⁾.

In materia di bilancio consolidato, il D. LGS. 127/ 1991, in attuazione delle direttive IV e VII CEE, ha sicuramente offerto la più ampia definizione di controllo dell'ordinamento italiano. Nel mondo giuridico, si ritiene, comunque, che il bilancio consolidato non possa essere interpretato come rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale ed economico-finanziaria del gruppo, a meno che non si voglia equiparare il controllo di società al gruppo di imprese.

Infatti, l'obbligo di redigere il bilancio consolidato lo hanno anche quelle società, tra le quali pur ricorrendo un rapporto di controllo, non si è costituito un gruppo.

Anche il testo unico bancario riconosce espressamente la sussistenza di poteri ed obblighi giuridicamente sanzionabili facenti capo sia agli amministratori della capogruppo che delle società controllate ⁽²⁹⁾.

2.4. Controllo e gruppo nella giurisprudenza

Il caso più noto dell'esperienza giurisprudenziale in materia di controllo e gruppo, è senza dubbio quello della sentenza *Caltagirone*, in cui si è analizzata la possibilità di sottoporre alla procedura fallimentare una società *holding*, riconoscendo ad essa la qualità di imprenditore commerciale, presupposto necessario per la sottoposizione al fallimento ⁽³⁰⁾.

La Cassazione ha dato parere positivo a tale questione, a condizione che la società *holding* eserciti attività di direzione e coordinamento di un gruppo di imprese commerciali, in nome proprio ed in modo tale da potere astrattamente far conseguire al gruppo vantaggi economici ulteriori rispetto a quelli acquisibili in mancanza dell'opera di coordinamento.

Per giungere a tale conclusione, la Cassazione ha svolto una lunga dissertazione sui fenomeni economici di aggregazione di imprese, distinguendo tra i profili della direzione unitaria e dell'autonomia formale.

E' solo quest'ultimo concetto ad essere oggetto di qualificazione giuridica, giacché l'ordinamento italiano è impostato ad una visione "atomistica della funzione societaria". Il gruppo non diventa, quindi, soggetto di diritto. Ma quando la *direzione unitaria* è svolta dalla *holding*, e quindi il centro decisionale delle strategie finanziarie del gruppo è posto al di fuori delle singole società operative, questa non è contrario ai principi inderogabili del nostro ordinamento.

²⁸ Si veda, M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996.

²⁹ Si veda, P.G. JAEGER, *op. cit.*, 918.

³⁰ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 366 con nota di N. Rondinone.

E' illecito il comportamento degli amministratori delle varie società del gruppo, quando nasce un conflitto di interessi tra *holding* e società controllata, causando a quest'ultima dei danni (³¹).

Un'altra sentenza della Suprema Corte ha riguardato un'azione di responsabilità per danni contro gli amministratori di una società controllata (³²), i quali si erano difesi affermando di aver agito nell' *interesse di gruppo*, ancorché la gravità dei fatti condannava comunque la difesa all'insuccesso.

In questo caso, la Cassazione ha preso posizione sulla qualificazione giuridica di gruppo in termini sostanzialmente diversi da quelli della sentenza *Caltagirone*.

Si ribadisce, come il fenomeno di gruppo, non sia un soggetto giuridico, ma un fenomeno di fatto: l'interesse sociale da tenere in considerazione per valutare l'esistenza di un conflitto di interesse è da identificare con l'autonomia soggettiva delle singole società del gruppo.

Non si discosta da quest'interpretazione, la negazione, da parte della Cassazione, della legittimità di fidejussioni bancarie prestate dagli amministratori di una società a favore di società collegate (³³).

La giustificazione di questo divieto, ripropone considerazioni già presenti nella sentenza *Caltagirone*, tra le quali quella della visione atomistica della vita societaria, alla quale si aggiungono l'enfaticizzazione della condizione che le decisioni della società in conformità alle linee direttive del gruppo devono essere assunte formalmente dagli organi societari delle società collegate secondo le regole statutarie, e quella per la quale il conflitto di interessi va inteso in senso effettivo, e non meramente potenziale.

In conclusione, si può dire che sia ammissibile che con la partecipazione di una società ad un gruppo si perseguano anche interessi di gruppo; certo è che, invece, non si possono considerare legittime la attività, che nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società controllata, fino al punto di recarle pregiudizio.

La giurisprudenza italiana, considera il gruppo, come una costellazione di enti, dotati ciascuno di un proprio distinto interesse e di una propria distinta soggettività (³⁴).

Questa interpretazione, rende difficile il riconoscimento ad una società della responsabilità per i debiti contratti da un'altra mentre lascia grande spazio per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori: agire perseguendo l'interesse del gruppo, non è per la nostra giurisprudenza, una giustificazione plausibile.

Ad esempio, nel caso in cui la società controllante abbia imposto alla controllata dei comportamenti lesivi dell'interesse della controllata stessa, nel caso di fallimento della controllata, il curatore fallimentare potrà esercitare una azione di

³¹ Si veda G. MARINO, in *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 83.

³² Cass. 8 maggio 1991, n. 1918, in *Riv. giur. impr.*, 1991, 535, con nota di P. Galgano.

³³ Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Le società*, 1992, 2402.

³⁴ Si veda G. MARINO, in *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 84.

responsabilità nei confronti degli amministratori della controllata, senza coinvolgere gli amministratori della controllante o la controllante stessa.

Al contrario, dagli anni sessanta, la Cassazione ha iniziato a dar rilievo al rapporto di gruppo instaurato tra più società e ad offrire contributi originali alla costruzione giuridica di questa nuove entità.

I giudici, infatti, si sono dovuti occupare dei gruppi in quanto fenomeno ormai esistente nella nostra realtà economica: si sono resi conto che, una società seppur appartenente ad un gruppo, non è una realtà isolata e, sebbene nessuna norma imponesse loro di differenziarle, non hanno potuto che giungere ad una precisa differenziazione.

La giurisprudenza si è sforzata di comprendere i gruppi come invece non ha fatto la dottrina, che si è adagiata sulle previsioni di legge che non riconoscevano il diritto di cittadinanza nel sistema giuridico alle imprese di gruppo.

E' abbastanza sorprendente notare come la dottrina giuscommerciale italiana abbia assunto, verso la giurisprudenza in materia di gruppi societari, un atteggiamento critico: si è persa in un mare di sottili interpretazioni, quando da essa ci si attendeva, piuttosto, la fondazione di nuove idee ⁽³⁵⁾.

2.5. I gruppi nella riforma del diritto societario

Il controllo è un istituto del diritto societario che non può travalicare i limiti ed i corretti ambiti di applicazione che i principi generali impongono: in particolare i diritti relativi al conflitto di interessi.

E' ormai chiaro, però, che il controllo sia utilizzato per individuare l'esistenza di un gruppo: si tratta di concezioni che adottano i criteri propri del diritto societario per trasporli alla disciplina d'impresa, cui i gruppi appartengono.

Nonostante le molteplici definizioni che il legislatore italiano ha fornito con riferimento ai gruppi, le varie legislazioni speciali non fanno che rimandare ad un concetto di controllo, che poi controllo non è, usando espressioni incerte quali, ad esempio, il "*controllo ai sensi della presente legge*": il controllo con il tempo sembra abbia perso un'identità precisa e questo non gli permette più di adempiere a qualsiasi tipo di funzione.

A partire da questo, si rende necessaria un'individuazione propria dei gruppi, che parta dalla loro struttura e che li liberi dagli schemi tradizionali del diritto societario. Per individuare un gruppo non ci si può riferire ad un controllo assunto con il cinquantuno per cento del capitale sociale o con il venticinque per cento, o addirittura con il cinque; ed anche nella valutazione dell'interesse di gruppo, ovviamente maggiore di quello delle singole società, non per forza si deve umiliare

³⁵ In tal senso, F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 9.

l'interesse di queste ultime, potendo, invece, esaltarlo con riferimento ad un'ottica di medio -lungo periodo ⁽³⁶⁾.

La dottrina, che più volte ha affermato l'obsolescenza del controllo, ha individuato il suo sostituto nel concetto di dominio o meglio della direzione unitaria, che del dominio ne è la più diretta e concreta manifestazione.

La direzione unitaria è un fatto concreto, riscontrabile, non come il controllo che è un concetto formale ed astratto: la capogruppo è il vero e proprio capo dell'impresa e non solo una controllante.

Questo concetto, fuori dal "contratto di dominio", che è per così dire totalizzante, si presenta, si propone e si sfaccetta in diverse attività dell'impresa, sicché sovente si verifica che esista una direzione unitaria in un settore di attività e non esista in un altro. Pertanto ogni legge speciale di settore deve considerare quale aspetto sia rilevante nell'ambito della propria disciplina ⁽³⁷⁾.

Con il D. LGS. 17 gennaio 2003, n. 6, viene introdotta per la prima volta nell'ordinamento societario italiano, una disciplina sulla direzione ed il coordinamento, contenuta nel Capo IX "Direzione e coordinamento di società", titolo V, Libro V del c.c. . Qui si trovano disposizioni relative alla responsabilità diretta della società capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori della società controllata, agli obblighi di pubblicità per l'appartenenza ad un gruppo e di giustificazioni di decisioni prese dalla capogruppo, alla disciplina del diritto di recesso al socio della società soggetta a direzione e coordinamento, alla disciplina dei finanziamenti infragruppo, al coordinamento delle società.

Va da subito precisato che la normativa in commento non fa in alcun caso esplicito riferimento alla nozione di gruppo, né pretende di fornire una definizione valida per tutti i settori del diritto: l'impianto della legge si fonda sul concetto di esercizio di una specifica attività, quella di direzione e di coordinamento di società da parte di un soggetto diverso.

Questa disciplina è inquadrabile nel tipo *Rechtformneutral* ovvero una regolamentazione che prescinde dal tipo societario scelto dall'impresa, essendo l'ambito di applicazione della stessa determinato dall' *attività di direzione e coordinamento* ⁽³⁸⁾.

Questa attività viene assunta come dato di fatto, considerando che l'impresa è esercitata in un contesto economico influenzato inevitabilmente da collegamenti con altre imprese: è per questo che non è stata data una definizione "statica" dell'attività di direzione e coordinamento.

Ai sensi dell'art. 2497 *sexies* infatti: " *si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controllano ai sensi dell'art. 2359. Le disposizioni del presente capo si applicano altresì a chi esercita l'attività*

³⁶ In tal senso, G. ROSSI, *Il fenomeno del gruppo ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA. VV., *I gruppi di società*, Milano, 1996, 23-24.

³⁷ In tal senso, G. ROSSI, *Il fenomeno del gruppo ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, op. cit., 35.

³⁸ In tal senso, G. MARINO, in *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 88.

di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti” .

Coloro i quali hanno analizzato la relazione tra controllo e gruppo per approfondirlo nella soluzione dell'attività di direzione e coordinamento si dividono in due correnti di pensiero opposte: chi ritiene che la direzione unitaria si possa ritenere esistente solo in presenza di un accentramento nella capogruppo di funzioni fondamentali, quali quella finanziaria, ad esempio, delle società controllate e chi, invece, sostiene che la direzione non comporti necessariamente tale accentramento di funzioni, ma coincida con un'attività di coordinamento, pianificazione ed indirizzo delle attività poste in essere dalle società figlie da parte della capogruppo (³⁹).

Il fulcro quindi del gruppo è l'attività di direzione e coordinamento, e non la fonte di potere, attraverso la quale tale attività si estrinseca.

Inoltre, se è vero che il legislatore ha voluto mantenere una disciplina generale in materia, è anche vero che ha introdotto un certo numero di disposizioni volte a regolamentare il fenomeno del gruppo anche da un punto di vista organizzativo che hanno acquisito centralità anche in virtù dei richiami effettuati nella legge sulla tutela del risparmio (L. 262/2005), alle dinamiche informative all'interno degli organi sociali del gruppo (⁴⁰).

In questo senso, l'attività di direzione e coordinamento sembra essere una naturale esplicazione del potere di controllo: con la riforma del 2003 si è collegato al fatto “noto” dell'esistenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., il fatto “ignorato” dell'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento da parte della società controllate, sul presupposto che, con ogni probabilità, la società controllante si avvarrà della propria posizione di supremazia, derivante dalle partecipazioni azionarie o dai vincoli contrattuali, per determinare la condotta degli affari delle società dipendenti, imponendo agli organi di queste la propria direzione (⁴¹).

Tale presunzione semplice opera sia nei confronti della società capogruppo che verso le altre società poste nella catena intermedia del controllo, che comunque si trovano in una posizione di controllo.

Tale disciplina si applica tanto ai casi di controllo interno, tanto in caso di attività di direzione e coordinamento esercitata in virtù di un contratto o di una clausola statutaria.

Tra gli obiettivi della legge delega vi erano “una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza”; “forme di pubblicità adeguate all'appartenenza al gruppo”; un obbligo di motivazione delle “decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo” (art.10 L. 3 ottobre 2001, n. 366).

³⁹ In tal senso, si veda A. PAVONE LA ROSA, “ *Controllo*” e “*gruppo*” nella fenomenologia dei collegamenti societari, *op. cit.*, 20; ID., *La responsabilità da “controllo” nei gruppi societari*, *op. cit.*, 409 ss; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 219 ss.

⁴⁰ In tal senso, Circolare Assonime del 23 ottobre 2006, n.44; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, 317 ss.

⁴¹ Si veda F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e imprese*, 2003, 1020.

Con il decreto legislativo è stato imposto l'onere alla pubblicità dell'appartenenza al gruppo e dei rapporti infragruppo da parte della società controllante.

L'assoggettamento ad attività di direzione e coordinamento deve risultare dagli atti e dalla corrispondenza della società controllata; inoltre, la controllata dovrà esser iscritta ad apposita sezione nel Registro delle imprese, adibita proprio ad accogliere tutte le società che esercitano l'attività di direzione e coordinamento nonché le società ad essa assoggettata (art. 2497 *bis*, comma 1).

Gli amministratori hanno l'obbligo di comunicare la soggezione o la cessazione dell'altrui direzione e coordinamento -pena la responsabilità degli stessi per i danni arrecati a terzi- anche se è molto difficile stabilire da quale momento questo obbligo sorga (sembra prevalere l'ipotesi *ex art. 2497 sexies c.c.*); la stessa responsabilità è imputabile in caso di mancata iscrizione della società in questa apposita sezione.

Le informazioni dell'appartenenza al gruppo, devono esser indicate anche in apposita sezione della nota integrativa, attraverso un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento (ultimo bilancio di esercizio approvato): la necessità di queste indicazioni, risponde ad esigenza di conoscenza da parte dei soci e dei creditori sociali su quello che il valore e la composizione del patrimonio a garanzia della responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento, così come sancito dal documento n. 1 dell' OIC, in tema dei principali effetti della riforma del diritto societario sulla redazione del bilancio di esercizio.

L' OIC, ma non anche il legislatore, ritiene opportuno indicare anche se la società, di cui si riportano i dati, rediga il bilancio consolidato.

In ultimo, vi è l'obbligo di dare pubblicità dei rapporti infragruppo, essendo previsto che gli amministratori della società capogruppo indichino, nella relazione sulla gestione, *"i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati"* (art. 2497 *bis*, comma 5).

L'OIC prescrive l'indicazione analitica della natura dei rapporti instaurati, della tipologia delle operazioni più rilevanti e del valore di tali rapporti, esplicitando per ciascuna operazione la sua effettuazione a condizioni di mercato, ovvero, in caso di contrario, indicando gli effetti prodotti dalla stessa e le motivazioni sottostanti.

Anche la controllante deve dare indicazione nei verbali del consiglio di amministrazione, delle decisioni assunte in considerazione dell'interesse di gruppo, esplicitando ragioni ed interessi che abbiano condotto alla decisione.

L'omissione delle suddette indicazioni tanto in nota integrativa che nella relazione sulla gestione, ha risvolti sia sul profilo civilistico che sul profilo penale, arrecando, questo, altri rischi per amministratori, direttori generali e sindaci.

L'informazione ha per oggetto le operazioni infragruppo o le operazioni poste in essere dalla società figlia su direttive impartite dalla società madre per perseguire un interesse di gruppo o della società madre stessa; le indicazioni da fornire riguardano la complessiva economicità della società figlia, entro la quale

l'eventuale diseconomicità di singole operazioni può trovare compensazione in specifici vantaggi che la società madre ha attribuito alla società figlia ⁽⁴²⁾. Questi obblighi sono posti a carico degli amministratori della controllata, ma la norma tace sull'eventuale inadempimento.

Un argomento delicato e di estrema importanza è quello riguardante le operazioni di finanziamento infragrupo, che provochino nella società controllata un eccessivo squilibrio nel rapporto indebitamento/ patrimonio sociale netto o che agiscano in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato più ragionevole un conferimento: questo è quanto previsto dal combinato del disposto degli artt. 2497 *quinquies* e 2467 c.c., che si riferisce a qualsiasi tipo di finanziamenti effettuati dai soci in una società a responsabilità limitata, a prescindere dal fatto che derivino da rapporti infragrupo.

L'omissione delle suddette indicazioni tanto in nota integrativa che nella relazione sulla gestione, ha risvolti sia sul profilo civilistico che sul profilo penale, arrecando, questo, altri rischi per amministratori, direttori generali e sindaci.

Alla luce di queste osservazioni, appare fuor di dubbio che questa disciplina pone delle problematiche sotto il profilo procedurale ed applicativo.

Il primo problema nasce dall'individuazione della società esercente attività di direzione e di coordinamento.

In seconda analisi, vi è un problema applicativo nascente dalla necessità di revisionare le condizioni dei contratti esistenti tra le società facenti parte del gruppo stesso: problema amplificato quando i gruppi hanno una matrice internazionale (si pensi, tra l'altro, ai contratti disciplinanti la ripartizione dei costi).

Ulteriore problema nasce quando la società dominante sia residente in uno Stato estero.

Ci si dovrà, pertanto, riferire al modello di convenzione OCSE, in cui il concetto di direzione è collegato a quello di stabile organizzazione.

L'art. 5 del Modello OCSE, per stabile organizzazione, intende una sede d'affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte una sua attività: la sede può essere una sede di direzione, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio, una miniera o un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali.

L'individuazione in uno Stato di una stabile organizzazione di una società residente in altro Stato, comporta l'attrazione del reddito di quest'ultima nello Stato in cui ha sede la stabile organizzazione.

In particolare, per "*sede di direzione*" dovrebbe intendersi un luogo nel quale vengono definiti gli indirizzi dell'azienda limitatamente ad una certa area geografica e dalla quale, di conseguenza, vengono diramate le relative istruzioni ⁽⁴³⁾.

⁴² Si veda F. GALGANO, *Le nuove società di capitale e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, vol. XIX, 2004, tomo I, 185.

⁴³ M. PIAZZA, *Guida alla Fiscalità Internazionale*, Il Sole 24 Ore, 2004.

Infine, dall'applicazione del principio di trasparenza, è prevista un'analitica motivazione delle operazioni della controllata, prese nell'interesse di gruppo (2497-ter); tale norma è da integrare all'art. 2497 sul regime di responsabilità.

Ai sensi di questo articolo, infatti: *“le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”*.

Da una prima lettura si può subito comprendere la portata innovativa di questo articolo, e sembra, perciò, opportuno declinare la norma in tre punti, al fine di coglierne tutti gli aspetti più innovativi:

- l'individuazione dei soggetti a cui la norma si riferisce;
- tipologia, presupposti e finalità;
- casi di esonero della responsabilità.

Il regime di responsabilità è applicato alla società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento: questa responsabilità è diretta nei confronti dei soci e dei creditori della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento. Non sono presi in considerazione gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori della società dominante né vi è una responsabilità diretta della controllante nei confronti della controllata.

La legge, riconosce la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento, purché sia esercitata secondo i “principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale”. Se non si seguono queste disposizioni, si incorre in una ipotesi di “abuso”, fonte di responsabilità nei confronti dei soci della società soggetta a direzione e coordinamento, da parte della capogruppo per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò diretta (art. 2497, comma 1).

Da un'analisi della Relazione di accompagnamento alla legge delega, emerge una nuova forma di responsabilità posta a carico della società capogruppo: è una azione di responsabilità diretta posta a carico del singolo socio o creditore della società controllata, che si affianca a quella primaria esercitata dagli amministratori di quest'ultima.

Fino al 2003, infatti, gli amministratori della capogruppo erano responsabili solo nei confronti della società controllata e non anche verso i portatori di diversi interessi in quest'ultima: ad esempio, con il Decreto Prodi la responsabilità era

limitata all'ipotesi di insolvenza della controllata o con unico azionista e comportava una responsabilità solidale con gli amministratori della controllata, per i danni da questi causati alla società stessa in ossequio alle direttive impartite dalla controllante.

La riforma, si basa, tra l'altro, su un criterio di effettività, disciplinando l'attività di direzione e coordinamento a prescindere dalla motivazione in forza della quale viene esercitata: non rileva il profilo statico del controllo, bensì quello dinamico, quale esercizio effettivo dell'influenza dominante su una o più società (⁴⁴).

Le motivazioni che giustificano l'azione di responsabilità sono: la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della società controllante e l'esistenza di un danno diretto nei confronti dei soci o dei creditori.

Il danno cagionato ai soci si manifesta come pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale; il danno inferto ai creditori si palesa nella lesione all'integrità del patrimonio sociale e l'azione che il creditore può promuovere è un'azione diretta e non surrogatoria.

Il legislatore, ha lasciato alla giurisprudenza ed alla dottrina il compito di individuare i principi di corretta gestione societaria.

Si può dire, che un principio di corretta gestione è quello dell'economicità ovvero quello della continuità aziendale.

E' facile scorgere, quindi nella responsabilità in esame, lo schema tipico della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043, in base al quale "*qualunque fatto doloso ,o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

L'art. 2497, comma terzo, offre la possibilità di un'azione individuale da parte dei soci e dei creditori nei confronti della capogruppo, solo se non sono già stati soddisfatti dalla società stessa.

In questo caso quindi sulla società controllante, ricadrà la *culpa in vigilando* per non aver impedito un'operazione pregiudizievole posta in essere dalla controllata; l'azione che i soci ed i creditori possono proporre è successiva e sussidiaria a quella promossa nei confronti della controllata.

La volontà del legislatore è quella di tutelare anche i soci di minoranza, nel loro diritto a salvaguardare gli utili ad essi spettanti ed alla remunerazione del capitale investito.

Questo concetto è sicuramente sancito con l'art. 2265 c.c., che impedisce il patto leonino, con il quale si escludono uno o più soci da ogni partecipazione agli utili ed alle perdite: nella realtà, potrebbe avvenire, che gli interessi personalistici dei soci di maggioranza potrebbe dar luogo a fenomeni assimilabili al patto leonino, mascherati dalla struttura del gruppo.

Altro diritto dei soci di minoranza che deve esser tutelato è quello di salvaguardare il valore della partecipazione: si vuole evitare il compimento di manovre arbitrarie o accadimenti estranei alla corretta gestione manageriale di gruppo.

⁴⁴ Si veda A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, 773.

Affinché possa configurarsi la responsabilità, il danno deve essere ingiusto: deve cioè ledere la situazione giuridica altrui (*damnum contra ius*) ovvero derivare dall'esercizio di un diritto non proprio (*damnum non iure*).

Nel caso in esame il danno si configura ogniqualvolta l'azione che lo genera è contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, perseguendo l'interesse della società dominante o di altra società del gruppo.

Poiché, come già si è avuto modo di dire, la responsabilità è di tipo extracontrattuale, l'onere della prova della colpa della società esercente attività di direzione e coordinamento, del danno subito e del nesso di causalità tra fatto e danno, incombe sul socio e sul creditore; ed è chiaro come quest'onere sia molto gravoso, giacché nei gruppi le decisioni, sono molto spesso il frutto di riunioni informali, di consultazione senza definizione o formalizzazione⁽⁴⁵⁾.

Al comma primo del sopracitato articolo viene sancita l'esclusione della responsabilità, qualora il danno risulti mancante a seguito del risultato del gruppo o a seguito di un'operazione posta in essere per eliminarlo.

Sembra, quindi, accettata la teoria dei cosiddetti "vantaggi compensativi", secondo la quale nella valutazione del danno arrecato alla società controllata non si può isolare la singola operazione, ma si deve tener conto del complesso delle relazioni infragruppo e quindi degli effetti compensativi derivanti dai vantaggi, anche indiretti, che l'appartenenza ad un gruppo procura alle società controllate.

La soluzione appare coerente con l'impostazione di fondo accolta dalla riforma, secondo cui la collocazione all'interno di un gruppo muta le condizioni di esercizio dell'impresa sociale, nel senso che il quadro economico di riferimento, e talora la stessa possibilità di esistenza di un'impresa, varia notevolmente a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo.

La Corte di Cassazione, infatti, ha individuato l'interesse di gruppo che deve perseguire la controllante: è un interesse "mediato ed indiretto" che consente di realizzare l'oggetto sociale che, caratterizza le società del gruppo.

Interesse ed oggetto sociale sono due concetti coordinati tra loro: se attraverso la controllante la controllata soddisfa, in modo mediato ed indiretto, un proprio interesse, è perché attraverso la controllante, essa persegue in modo mediato ed indiretto una propria attività economica⁽⁴⁶⁾.

A questa interpretazione va associato il dettato dell'art. 2634 c.c.: *gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione dai sei mesi ai tre anni.*

Bisogna però integrare questa nozione con il terzo comma ai sensi del quale non è ritenuto ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo quando

⁴⁵ A. R. VONWILLER, *I gruppi societari*, Giuffrè editore, Padova, 2005, 34.

⁴⁶ Si veda G. MARINO, in *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 97.

compensato dai vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Da una lettura combinata dell'art. 2497, comma 1, e dell'art. 2634, comma terzo, ne discende che il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata non è fonte di responsabilità ,né civile della *holding* ,né penale dei suoi fiduciari nell'organo amministrativo della controllata, se trova compensazioni nei vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, che alla controllata derivano dalla appartenenza al gruppo ⁽⁴⁷⁾.

Al fine di render trasparente l'interesse di gruppo che regge il compimento di determinate transazioni l'art 2497-ter, impone che, le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando sono da questa influenzate, devono esser analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione e di questo ne va dato anche nella relazione sulla gestione.

Esiste, poi, una solidarietà per coloro i quali abbiano comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, comma secondo).

L'art. 2497-*quater*, c.c., detta la disciplina del diritto di recesso, per i soci della controllata, in caso di fatti estranei alla vita della società controllata stesse, ma in grado di alterare sensibilmente i profili di rischio.

Tre sono le ipotesi inderogabili di recesso:

- quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta a direzione e coordinamento (art. 2497 *quater*, comma 1, lett. a));
- quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497; in tal caso il diritto di recesso può esser esercitato solo per l'intera partecipazione del socio (art. 2497 *quater*, comma 1, lett. b));
- 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 di pubblico acquisto (art. 2497 *quater*, comma 1, lett. c)); per l'applicazione concreta di questa ipotesi, dipendente dal verificarsi di una situazione di fatto, si possono presentare difficoltà analoghe a quelle segnalate in relazione agli adempimenti degli obblighi di pubblicità.

L' inizio e la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento coincidono con l'inserimento o la fuoriuscita di una società all'interno del gruppo, ovvero con

⁴⁷ In tal senso, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, vol. XIX, 2004, tomo I, 183.

operazioni realizzate con l'acquisto o la cessione della partecipazione di controllo da parte della holding.

Queste tre ipotesi, vanno in ogni caso, coordinate con la disciplina generale del recesso prevista per le S.p.A. e le S.r.l.

2.6. Il controllo nel diritto tributario

Con l'art. 1 della Legge del 7 aprile del 2003, n. 80, è stato creato un nuovo quadro del sistema impositivo fiscale in quanto vengono disciplinate 5 differenti imposte: Imposta sul reddito, Imposta sul reddito delle società, Imposta sul valore aggiunto, Imposta sui servizi ed accisa. Soffermandosi sulle imposte sui redditi, non si può non notare l'innovazione apportata con l'introduzione dell'IRES (imposta sul reddito delle società), molto diversa dall'imposta chiamata a sostituire, l'Irpeg.

Tra le differenze, vi è sicuramente la determinazione del prelievo, baricentrata sulla situazione "oggettiva" dell'impresa e non su quella "soggettiva" del socio: questo permette di focalizzarsi sul problema della doppia imposizione economica che è foriera di notevoli distorsioni nei comportamenti imprenditoriali sempre più orientati verso una proiezione internazionale del fare economia. Tra questi comportamenti distorti dalla doppia imposizione economica, vi erano quelli relativi alla creazione di gruppi di imprese che non seguendo fisiologie di *business*, ma patologie tributarie, si ripercuotevano fuori dall'economia dei rapporti fiscali, esportando distorsioni in contesti più generali⁴⁸.

Il Testo Unico delle Imposte (T.u.i.r.), è suddiviso in quattro sezioni: l'Imposta sul reddito delle persone fisiche, l'Imposta sul reddito delle società, disposizioni comuni ad entrambe le imposte ed infine le disposizioni varie, transitorie e finali.

La relazione di controllo viene indagata sia nella parte relativa all'Irpef, che in quella relativa all'IRES che nelle disposizioni comuni ad entrambe le imposte. A questi riferimenti, bisogna aggiungere anche la norma antielusiva relativa al rimborso della ritenuta sui dividendi distribuiti a soggetti non residenti e contenuta nell'art. 27 *bis*, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

In molti casi, si tratta di norme disciplinanti particolari situazioni di controllo in cui si vengono a trovare i soggetti passivi IRES o Irpef. In generale, nel t.u.i.r., troviamo:

- norme che usano il termine controllo senza definirlo e tanto meno rinviando a norme o a definizioni preesistenti (queste pongono numerosi problemi in ossequio alla loro natura, ovvero se propongono o meno un rinvio tacito);
- norme tributarie che rinviano esplicitamente all'art. 2359 c.c.;
- norme tributarie che rinviano all'art. 2359 c.c. ma lo integrano con ulteriori requisiti.

⁴⁸ In tal senso si rimanda al *pamphlet* di G. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, 12.

A ben vedere, sembra, che anche all'interno del testo unico si replichi il controverso rapporto tra la nozione generale di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e le definizioni speciali di controllo, in ragione dei diversi scopi legislativi che si intendono perseguire con lo stesso dettato legislativo.

Appare comunque superato il problema inerente all'utilizzo nell'ambito del diritto tributario di termini propri di altri settori: oggi, infatti, si ritiene che, con le recenti riforme del diritto tributario e del diritto societario, la finalità peculiare della norma tributaria legittima la sussistenza di definizioni divergenti dall'archetipo civilistico, giustificate dal diverso scopo della legge settoriale. Anzi, si ritiene anche che, laddove, la norma tributaria dovesse avere carattere generale, non circoscritto allo scopo della imposizione, il rapporto con il diritto civile si possa ribaltare, estendendo la previsione speciale al diritto comune ⁽⁴⁹⁾.

E' auspicabile, che allorquando il legislatore tributario si trovi ad utilizzare termini propri di altri rami giuridici, non ne modifichi il significato: ma questo è un auspicio, e pertanto il legislatore potrà modificarli, non sconfinando mai in significati irreali, però. Pertanto, è da considerarsi come un' eccezione, la modifica del significato, e non come una mera e fisiologica funzione del riferimento al contesto.

Rientrano nel primo gruppo le norme di cui all'art. 51, comma 2-*bis*, relativo al regime tributario dell'assegnazione di *stock option* all'interna di un gruppo, l'art.110 in materia di *transfer pricing* ovvero le disposizioni contenute nel D.P.R. 600 del 29 settembre 1973 recante le norme antielusive relative al rimborso della ritenuta sui dividendi distribuiti a soggetti non residenti e quella in attuazione della direttiva 2003/49/CE sugli interessi e canoni.

Tra le norme che rinviano esplicitamente al controllo disciplinato dall'art. 2359 c.c., spicca la *Controlled Foreign Corporation Legislation*, meglio nota come CFC, gli artt. 175, 177, 178 del t.u.i.r. relativi, rispettivamente, ai conferimenti di aziende o partecipazioni di controllo *ai sensi dell'art. 2359 c.c.*, allo scambio di partecipazioni in cui un soggetto acquista od integra una partecipazione di controllo *ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, n.1*, e l'ultimo relativo alle fusioni, scissioni, conferimento d'attivo, scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi.

In ogni caso, il rinvio esplicito alla norma codicistica, non è foriero di problemi di tipo interpretativo in quanto la sua utilizzazione non presuppone necessariamente l'accoglimento del significato che a tale istituto è stato attribuito nella disciplina giuridica originaria, dal momento che non sempre al *nomen juris* corrisponde la nozione contraddistinta dal *nomen* medesimo: spetta all'interprete individuare, mediante l'applicazione dei normali canoni ermeneutici, il significato assunto ai fini tributari ⁽⁵⁰⁾.

Tra il terzo gruppo di norme tributarie, vi sono l'art. 98 t.u.i.r., relativo al contrasto della sottocapitalizzazione, l'art. 117 t.u.i.r. , che individua i soggetti ammessi alla

⁴⁹ Si veda G. FALSITTA, *I rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale alla luce della IV direttiva Cee*, in *Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva Cee*, Milano, 1988.

⁵⁰ In tal senso si veda, G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 117. Per un'analisi più approfondita dei rinvii esplicita si veda G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, op.cit., 146.

tassazione di gruppo di imprese controllate residenti tra coloro i quali *sussiste il rapporto di controllo di cui all'art. 2359 c.c., comma 1, n.1, con i requisiti di cui all'art. 120 del t.u.i.r. etc. etc.*

Il quadro che emerge è complesso, talvolta poco nitido e definito; ecco perché si ritiene giusto, andare oltre ai profili sostanziali ed indagare concretamente nell'attività di verifica della relazione di controllo.

Il D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600, attribuisce il potere di verifica sia agli Uffici delle imposte che alla Guardia di finanza, e può essere esercitato, nei confronti del contribuente cui si riferisce il controllo, sia verso i terzi con i quali il soggetto intrattiene rapporti. Tra i poteri vi sono quello di fare richieste specifiche ovvero quello di svolgere attività suscettibili di agire profondamente sulla sfera privata del contribuente ⁽⁵¹⁾.

A ben vedere, per garantire una maggior efficacia dell'attività svolte, bisognerebbe attribuire all'Amministrazione finanziaria, poteri specifici per indagare sulle possibili interrelazioni che si riverberano, ma solo dopo che siano state appurate, in criteri specifici nella determinazione della base imponibile di ciascuno dei soggetti coinvolti.

Il problema è quello relativo al modo in cui accertare se, come e perché la società sottoposta a verifica faccia parte di un gruppo economico.

Altro limite è quello relativo all'accertamento del *transfer pricing*, laddove si afferma che il contribuente, dovrebbe essere in grado di predisporre e produrre una base documentale illustrativa idonea a: 1) descrivere l'attività svolta; 2) indicare la struttura dell'organizzazione; 3) delineare i rapporti di partecipazione all'interno del gruppo multinazionale; 4) definire l'entità delle vendite e degli acquisti per la tipologia di prodotto o servizio; 5) indicare analiticamente e separatamente per prodotto o servizio le vendite e gli acquisti con ciascuna associata estera; 6) dare informazioni sulle strategie commerciali adottate; 7) indicare possibili informazioni sui prodotti di terzi indipendenti che sono in concorrenza con il mercato ove l'impresa opera ⁽⁵²⁾.

Per completare l'indagine sulla relazione di controllo, non si può non indagare anche sulla nozione di collegamento, quale relazione più tenue del controllo stesso.

In via generale, si fa riferimento alla nozione enunciata dall'art. 2359 c.c., comma 3, ai sensi del quale *“sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può esser esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”*.

Pur non avendo una definizione esplicita, l'influenza notevole è ravvisabile ogni qualvolta si possa influire, sia pur con un'incidenza minore ed in misura più tenue di quella che caratterizza il controllo sull'attività dell'altra, o per il fatto di disporre di una quota di partecipazione significativa in quest'ultima, o per ragioni esterne.

⁵¹ Si veda G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, op.cit.*, 535; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte generale*, UTET, 2008, 143.

⁵² In tal senso S. CAPOLUPO, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, 2005, 882.

Nella poca limpidezza e chiarezza della norma, il collegamento si presume anche quando l'influenza notevole sia possibile, e non per forza effettiva.

Il legislatore tributario si avvale in diverse norme della nozione di collegamento: 1) nell'art. 167 t.u.i.r., in materia di imprese estere controllate, o nella disciplina CFC., in cui si afferma che ai fini della determinazione del limite di controllo, si applica l'art. 2359 c.c. in materia di società controllate e società collegate; 2) nell'art. 175 t.u.i.r., relativo ai conferimenti di aziende o di partecipazioni di controllo o di collegamento *ai sensi dell'art. 2359 c.c.*; 3) nell'art. 177 t.u.i.r., relativo allo scambio di partecipazioni in cui un soggetto acquista o integra una partecipazione di controllo *ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, c.c., contenente disposizioni in materia di società controllate e collegate.*

2.7. Controllo e gruppo nella nuova IRES

Fino a questo momento, grazie ad una definizione elastica di controllo, nel diritto tributario positivo, si è affermata un'idea di gruppo improntata soprattutto sull'eliminazione del fenomeno della doppia non imposizione.

Si deve, però, verificare se vada emergendo o meno, sempre in termini di diritto positivo, una concezione dei rapporti di gruppo volti ad evitare la doppia imposizione economica, sospinta da una giurisprudenza comunitaria sempre più attenta a contrastare tale fenomeno attraverso l'uso dei principi generali ⁽⁵³⁾.

L' IRES offre spunti interessanti sul rapporto tra soci e società: nel delineare l'imposta, si è fatto riferimento al modello europeo prevalente, con l'obiettivo di modernizzare la fiscalità dei capitali e delle imprese, ed in particolare, di ridurre il prelievo sul sistema produttivo anche mediante interventi di razionalizzazione e di semplificazione.

Gli aspetti più interessanti sono rappresentati da: 1) la tassazione consolidata a livello di gruppo, sia a livello nazionale che a livello mondiale; 2) il nuovo regime dei dividendi e delle plus/ minusvalenze realizzati/e su cessioni di partecipazioni; 3) l'introduzione di norme finalizzate al contrasto della sottocapitalizzazione delle imprese; 4) l'introduzione di un'aliquota di imposta unica con la conseguente eliminazione della DIT (*DUAL INCOME TAX*) e dell'imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie di impresa; e 5) il regime di "trasparenza" per le società di capitali.

Tra i contributi più importanti all'eliminazione del fenomeno della doppia imposizione economica, vi è l'introduzione del regime della *participation exemption*, ovvero l'esenzione delle plusvalenze realizzate, relativamente a partecipazioni in società con o senza personalità giuridica, sia residenti che non, al verificarsi di specifiche condizioni, accompagnato dall'esclusione dal concorso alla

⁵³ Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op.cit., 260.

formazione del reddito imponibile del 95 per cento degli utili distribuiti da società con personalità giuridica sia residenti che non in Italia.

Tuttavia la nuova *participation exemption*, per quanto non presupponga alcuna relazione di controllo o collegamento, prevede una diversa specie di invasiti che evidenzia il timore del legislatore di non sconfinare nel terreno della doppia non imposizione: è in questo senso che vanno lette le disposizioni contenute nell'art. 87, comma 1, lett. c) e d), t.u.i.r..

Con la previsione del consolidato nazionale e di quello mondiale, è stato riconosciuto fiscalmente il fenomeno del gruppo di imprese; ma soprattutto, l'importanza di questo intervento normativo è rappresentata dal fatto di aver reso il sistema tributario italiano più omogeneo a quello degli altri paesi dell'Unione Europea.

Il gruppo, è un fenomeno sempre più rilevante e presente nello scenario economico del nostro paese, ma soprattutto dello scenario internazionale, ma il nostro ordinamento ha sempre faticato a riconoscerlo.

Infatti, nella relazione che accompagna il decreto che lo introduce, si sottolinea come con il consolidato fiscale si vogliono tenere distinti i comportamenti chiaramente "patologici", in quanto finalizzati ad eludere il pagamento delle imposte, da comportamenti "fisiologici" per la vita del gruppo in quanto riconducibili all'unitarietà del soggetto economico e volti a favorire l'espansione aziendale.

Il modello adottato prevede una sola base imponibile e, pertanto una sola dichiarazione fiscale nella quale sono sommati algebricamente i redditi delle imprese appartenenti al gruppo che hanno optato per il consolidato.

E' un modello semplice, caratterizzato dalla minima esigenza di disposizioni antielusive, dalla possibilità di prevedere la neutralità delle transazioni infragruppo per i trasferimenti di beni diversi da quelli che producono ricavi.

Alla flessibilità offerta dal regime di *participation exemption* si aggiunge quella offerta, all'interno del gruppo, in grado di togliere ogni ostacolo fiscale alla migliore allocazione delle risorse all'interno del gruppo.

Dall'analisi del contenuto normativo, si evincono due distinte definizioni di controllo, una per il consolidato nazionale (art. 120, t.u.i.r.) ed una per il consolidato mondiale (art. 133, t.u.i.r.).

Ad esempio, se si opta per il consolidato nazionale, l'art. 123, t.u.i.r., prevede un regime opzionale di neutralità fiscale per gli scambi infragruppo di beni diversi da quelli che producono ricavi, se invece si esce dall'area del consolidamento, è previsto il riallineamento dei valori fiscali a quelli contabili, con il conseguente recupero a tassazione delle plusvalenze realizzate, fino a concorrenza della differenza residua. Questa opzione è invece assente nel caso del consolidato mondiale, per il quale continua a valere il principio del valore normale dei beni e servizi scambiati tra società residenti e non consolidate.

Inoltre, nell'IRES, permangono disposizioni antielusive con accezione negativa del gruppo: l'art. 84, t.u.i.r., riguardante il riporto delle perdite, conferma la volontà di colpire una manifestazione pratica del "commercio delle bare fiscali", fondata sull'acquisizione del controllo di una società dotata di perdite fiscalmente

riportabili, con lo scopo di conferirvi attività profittevoli, di modo da compensare la perdite dell' ex bara con gli utili dell'attività profittevole ⁽⁵⁴⁾.

Per concludere, si può notare come il legislatore tributario non abbia recepito le novità apportate con la riforma del diritto tributario in tema di rapporti di gruppo, in quanto, pur non dettando una definizione specifica ed esplicita, li individua attraverso la nozione di attività di direzione e coordinamento che sembra esser la naturale esplicazione del potere di controllo.

Sembra, che il legislatore sia ancora impaurito dall'eventualità di concedere troppo, finendo per intervenire in maniera invasiva, solo con norme che individuano in modo negativo i rapporti di gruppi. Questo è più evidente, nelle norme disciplinanti il consolidato nazionale ed ancor di più quello mondiale, in quanto appaiono esser rigide e descrittive di una geometria perimetrale di gran lunga meno estesa rispetto a quella alla quale si giunge attraverso l'applicazione del criterio dell'attività di direzione e coordinamento di cui all' art. 2497 ss., c.c. .

⁵⁴ Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 262-263.

Capitolo III

I regimi fiscali

3.1. Il controllo nel consolidato nazionale

L' introduzione del consolidato nazionale e mondiale, concretizza il naturale riconoscimento fiscale del gruppo di imprese ed ha la finalità di rendere il sistema tributario italiano omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell'Unione Europea.

Infatti, nonostante la tassazione di gruppo sia il sistema più appropriato in termini di efficienza di risorse, il legislatore italiano si è sempre dimostrato restio alla tassazione consolidata, a differenza di quanto avveniva negli altri Stati, nei quali il gruppo, da un punto di vista fiscale, veniva concepito come unico ed unitario soggetto passivo di imposta.

In via preliminare, va notato, che la tassazione unitaria di gruppo, postula che questo sia una sola entità economica: ma il gruppo non è unico soggetto giuridico, giacché le società che lo compongono, mantengono la loro personalità giuridica, sia ai fini della determinazione del reddito che ai fini della responsabilità.

Inoltre, il consolidato nazionale, non si fonda sul bilancio civilistico: bisogna tener ben distinte queste due nozioni, essendo molto diverso il consolidato nazionale da quello civilistico.

Il consolidato civilistico, è un bilancio nel quale la pluralità di società si racchiude in un'unica società: vengono eliminati i rapporti interni tra le società ed i patrimoni netti sono integrati. Il risultato finale è un bilancio che rappresenta la pluralità di soggetti che compongono il gruppo come un soggetto unitario, con un solo patrimonio ed un solo reddito ⁽⁵⁵⁾.

Nel consolidato nazionale, invece, restano salvi i rapporti infragruppo, ed il risultato complessivo, si ottiene dalla somma dei risultati fiscali conseguiti dalle diverse società. Si calcolano i redditi di ogni società, compreso quello della capogruppo; quest'ultima sommerà al suo risultato finale, quello delle altre società, apportando a tale somma una "rettifica da consolidamento".

Da questo, si ottiene, un reddito complessivo globale, quale sommatoria dei risultati complessivi netti di ciascuna società.

Sul piano procedurale, ciascuna società, deve redigere una propria dichiarazione dei redditi da presentare sia al Fisco che alla capogruppo che, dopo aver redatto la propria, deve redigere e presentare al Fisco la dichiarazione di gruppo, avente ad oggetto il già menzionato reddito complessivo di gruppo.

Il risultato, positivo o negativo che sia, viene imputato alla capogruppo; dal risultato positivo scaturisce un unico debito, di cui è responsabile, per l'intero importo, la controllante. Le società controllate, sono responsabili, solo per la parte

⁵⁵ In tal senso, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, Utet, 2008, 173.

di debito globale che si può collegare ad ognuna di esse e per le sanzioni, per le quali è prevista anche una responsabilità solidale della controllante.

E' la controllante ad esser responsabile della liquidazione d'imposta dovuta o dell'unica eccedenza rimborsabile o riportabile a nuovo; qualora il risultato complessivo dovesse, invece, esser negativo, dovrà riportare a nuovo l'eventuale perdita risultante dalla somma algebrica degli imponibili, così come sancisce l'art. 118, t.u.i.r. .

Per quanto riguarda l'ammissione al consolidato vi sono dei requisiti da seguire.

La controllante può esser rappresentata sia da una società di capitali (società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata), che da società cooperative e di mutua assistenza, residenti, nonché dagli enti pubblici e privati residenti, aventi ad oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale.

Le società non residenti possono esercitare l'opzione per il consolidato solo in qualità di controllanti ed a condizione di esser residenti in paesi con i quali vi sia una convenzione contro la doppia imposizione nonché accordi che permettano adeguati scambi di informazioni, e di esercitare nel territorio dello Stato, un'attività d'impresa, mediante una stabile organizzazione, nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna società controllata (art. 117, comma 2, t.u.i.r.).

L'Agenzia delle Entrate, ha precisato che le stabili organizzazioni, di soggetti non residenti, la cui attività consiste nella mera detenzione di partecipazioni di società residenti, devono esser escluse dall'ambito applicativo del consolidato fiscale nazionale.

Le controllate sono società di capitali residenti: sono pertanto escluse le società cooperative e di mutua assicurazione, gli enti commerciali residenti, gli enti non commerciali residenti e le società ed enti (commerciali e non) non residenti nel territorio dello Stato.

Il D.M. del 9 giugno 2004, all'art. 2, ha ampliato il potenziale perimetro del consolidamento, prevedendo la possibilità di adesione al consolidato, in qualità di controllate, anche:

- per le società di nuova costituzione, sin dal primo esercizio, a condizione che la costituzione avvenga prima della scadenza del termine per l'esercizio dell'opzione;
- per le società estere che trasferiscono in Italia la residenza ai fini fiscali, sin dall'esercizio in cui avviene il trasferimento, purché lo stesso sia compiuto prima della scadenza del termine per l'esercizio dell'opzione, ed a condizione che il soggetto trasferitosi, abbia maturato, relativamente al medesimo periodo, lo *status* di residente come definito dall'art. 73 t.u.i.r, comma 3;
- per le società di persone e gli enti non commerciali trasformati in società soggette all' IRES, sin dall' esercizio che inizia dalla data in cui ha effetto la trasformazione, purché la stessa sia compiuta prima della scadenza del termine per l'esercizio dell' opzione.

Questo avvicinamento è importante, in quanto il nostro ordinamento ha sempre faticato a riconoscere il fenomeno del gruppo, o meglio, ha sempre faticato a riconoscerlo in senso positivo, mentre lo ha sempre fatto in senso negativo, al fine di prevenire il fenomeno della doppia non imposizione.

La legge delega del 7 aprile 2003, n. 80, con riferimento al controllo afferma: *“per la definizione del requisito del controllo, il riferimento ad una partecipazione non inferiore a quella necessaria per il controllo di diritto, diretto o indiretto, di cui all’articolo 2359 del codice civile; (...)”*, quindi l’appartenenza al gruppo dipende anzitutto dall’esistenza del requisito del controllo di diritto detenuto dalla società o dall’ente controllante, come viene specificato nell’art. 117, t.u.i.r., disciplinante i soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllanti residenti.

Il comma 1, infatti, recita:

“La società o l’ente controllante e ciascuna società controllata rientranti tra i soggetti di cui all’articolo 73, comma 1, lettere a) e b), fra i quali sussiste il rapporto di controllo di cui all’articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, con i requisiti di cui all’articolo 120, possono congiuntamente esercitare l’opzione per la tassazione di gruppo.

“ 2. I soggetti di cui all’articolo 73, comma 1, lettera d), possono esercitare l’opzione di cui al comma 1 precedente solo in qualità di controllanti ed a condizione:

- a. di essere residenti in paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione;*
- b. di esercitare nel territorio dello stato un’attività di impresa, così come definita dall’articolo 55, mediante una stabile organizzazione alla quale la partecipazione in ciascuna società controllata sia effettivamente connessa.*

“3. Permanendo il requisito del controllo di cui all’articolo 120. L’opzione ha durata per tre esercizi sociali ed è irrevocabile. Nel caso venga meno tale requisito si determinano le conseguenze di cui all’articolo 124”.

Ma da solo il requisito del controllo diretto non basta e deve essere integrato dai requisiti previsti dall’art. 120 t.u.i.r., che definisce il requisito del controllo, per il quale: *“ Agli effetti della presente sezione si considerano controllate le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata:*

- a) al cui capitale la società o l’ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento, da determinarsi relativamente all’ente o società controllante tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo, senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell’assemblea generale richiamata dall’articolo 2346 del codice civile;*
- b) al cui utile di bilancio la società o l’ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento da determinarsi relativamente all’ente o società controllante, tenendo conto dell’eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo e senza considerare la quota di utile di competenza prodotta dalle azioni prive del*

diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile.

“2. Il requisito del controllo di cui all'articolo 117, comma 1 deve sussistere sin dall'inizio di ogni esercizio relativamente al quale la società o ente controllante e la società controllata si avvalgono dell'esercizio dell'opzione”.

L'opzione deve essere quindi bilaterale ed esercitata sia dalla controllante che dalla controllata, con definizioni di controllo tanto dal lato della controllata che dalla controllante.

Ai fini del consolidato, si deve tener conto delle partecipazioni di piena proprietà, ed i requisiti minimi per poter esercitare l'opzione devono sussistere dall'inizio del periodo d'imposta dell'esercizio nel quale si esercita il consolidato.

Questa posizione di controllo può quindi essere analizzata sia dal punto di vista della consolidante che di quella della consolidata.

Dal lato della consolidante, si osserva come rispetto ai requisiti del controllo richiesti dall'art. 2359 c.c., permane solo quello richiesto dal comma 1, n. 1, c.c., comportando l'esclusione del controllo cosiddetto indiretto.

Con ciò, si escludono le società controllate con una struttura triangolare ovvero, quando la società A detiene il 60% di B, B detiene il 40% di C, allora A detiene il 40% di C, e considerando quindi solo le catene di controllo, cosiddette a cascata.

Ma l'Amministrazione Finanziaria, è solita usare una definizione più estensiva del perimetro del consolidamento dalla prospettiva della consolidante, ricomprendendo anche le società che detengono, direttamente o indirettamente, la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società: questa nasce dalla combinazione dell'art. 2359 comma 1, n. 1, e del comma 2.

Il legislatore non ha ricalcato l'interpretazione che segue l'Amministrazione finanziaria nella sua attività di controllo, per effetto del demoltiplicatore, richiamato dall'art. 120, t.u.i.r.: la nozione di controllo, così come intesa dall'Amministrazione Finanziaria non si sposa con la demoltiplicazione della catena societaria di controllo, che ha lo scopo di escludere dalla geometria perimetrale del consolidato le società, indirettamente, controllate, poste al livello più basso della catena, seppure in relazione alle stesse la capogruppo detenga una partecipazione di pieno controllo, indiretto.

Quindi, si è voluto restringere il riferimento all'art. 2359, c.c., nell'art. 117, t.u.i.r., e rinviare l'“effetto espansivo delle partecipazioni indirette”, seppur con i limiti della demoltiplicazione, all'art. 120, t.u.i.r..

Altra confusione nasce dal confronto del dettato dell'art. 117, con il riferimento all'art. 2359, con l'art. 120, comma 1, lettera b), avente ad oggetto la disponibilità di una maggioranza in punto di diritto agli utili di bilancio.

Altri dubbi interpretativi, nascono con riferimento, compiuti in chiave di esclusione, “alle azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale, richiamata dall'art. 2346 del codice civile” ed alla “quota di utile di competenza” della medesima categoria di azioni.

Cosa si debba intendere con il termine assemblea generale, non è chiaro, giacché essa può rappresentare sia l'assemblea ordinaria che quella straordinaria. Il dubbio, è stato risolto con l'art. 3, D.M. 9 giugno 2004, che riferisce tale assemblea, all'assemblea ordinaria, escludendo la possibilità che potessero concorrere anche le partecipazioni sociali attributive dei diritti di voto ed agli utili, nella sola assemblea straordinaria.

Non rilevano, pertanto, sia ai fini del computo della partecipazione al capitale sociale, sia ai fini del capitale sociale di riferimento, le azioni di risparmio e le azioni privilegiate.

Inoltre, la C.M. 20 dicembre 2004 n. 53/ E afferma che ai fini della determinazione del rapporto di partecipazione al capitale sociale, non rilevano: le azioni che non attribuiscono diritto di voto nell'assemblea ordinaria, le azioni senza diritto di voto, le azioni con diritto di voto limitato a specifici argomenti, le azioni con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative e gli strumenti finanziari di cui agli articoli 2346, ultimo comma, 2349, ultimo comma, 2411, terzo comma, 2447- *ter*, primo comma, lettera e), c.c.

Così riassunto, sembrerebbe che l'art. 120, t.u.i.r., sia privo di ogni riferimento all'art. 2359, ponendosi dal punto di vista della sola controllata.

Quindi, il quadro riassuntivo dei rapporti di controllo, può esser così rappresentato:

- 1) la scelta può esser esercitata solo se la controllante dispone, dall'inizio del periodo in cui si esercita l'opzione, del controllo di diritto, diretto o indiretto, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, c.c., ossia detenendo la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria della controllata, con i requisiti previsti dall'art. 120, t.u.i.r. , ovvero:
 - a) partecipazione, diretta o indiretta, al capitale della controllata in misura superiore al 50 per cento;
 - b) partecipazione, diretta o indiretta, agli utili della controllata, in misura superiore al 50 per cento (pertanto, non si devono considerare le azioni gravate da diritto di usufrutto, perché il nudo proprietario non ha diritto agli utili).
- 2) non si computano le azioni prive del diritto di voto;
- 3) il rapporto di controllo può esser sia diretto che indiretto: è diretto, quando , la controllante dispone di una partecipazione pari o superiore alla maggioranza; è indiretto quando la maggioranza è posseduta per il tramite di una terza società.

In quest'ultimo caso, la partecipazione deve esser superiore al 50 per cento, applicando il demoltiplicatore. Infatti, se la società X ha una partecipazione in Y per l'80 per cento e Y partecipa Z al 70 per cento, allora X può consolidare Y, ma anche Z, in quanto la sua partecipazione demoltiplicata è comunque superiore al 50 per cento (80 per 70 = 56 per cento).

3.1.1. Le novità della Legge Finanziaria 2008

L'art. 1 della Legge 24 dicembre 2007 (Legge Finanziaria 2008) ha recato importanti modifiche alla disciplina del consolidato nazionale, comportando profondi mutamenti nei rapporti infragruppo.

Il legislatore, ha ritenuto di modificare la disciplina dopo i primi anni di applicazione della stessa: dagli interventi adottati, deriva la considerazione che l'esperienza maturata a partire dall'entrata in vigore del regime di consolidamento degli imponibili non ha portato alla luce problemi di rilievo e, pertanto, è necessario il suo mantenimento; la Legge Finanziaria, infatti, si è limitata ad adottare qualche aggiustamento di natura tecnica utile a rimuovere alcuni favori o ostacoli atti a rendere il regime maggiormente coerente ed appetibile con l'intero impianto normativo.

Tra le novità si segnalano:

- a) l'anticipazione della data di scadenza per l'esercizio dell'opzione per il consolidato per allinearla con il termine previsto per il versamento a saldo dell'IRES;
- b) l'eliminazione delle rettifiche di consolidamento;
- c) la rinnovata disciplina in materia di deducibilità degli interessi passivi;
- d) la possibilità di affrancare le differenze tra i valori fiscali ed i valori civili degli elementi patrimoniali soggetti alla disciplina del cd. riallineamento di cui all'art. 128, t.u.i.r..

La modifica di cui alla lettera a) risponde ad esigenze di coerenza e di semplificazione del sistema.

Le novità di cui alle lettere b) e c) sono quelle maggiormente significative e destinate ad avere effetti rilevanti sulle scelte strategiche delle società interessate dalla disciplina della tassazione di gruppo.

L'abrogazione delle rettifiche di consolidamento è giustificata dal legislatore nel presupposto che l'accesso al regime di consolidamento rappresenta già di per sé un beneficio e che, quindi, non è necessario conservare ulteriori vantaggi, anche alla luce della circostanza del fatto che, rispetto a quanto previsto da altre legislazioni che utilizzano lo stesso regime, è notevolmente ampliato l'ambito soggettivo, in quanto è richiesta come condizione d'accesso, il possesso di una partecipazione minima, purché atta a garantire il controllo.

Sono, pertanto, eliminate tutte le possibilità di rettifiche del reddito complessivo di gruppo che l'articolo 122, t.u.i.r., consentiva.

Infine, motivi di opportunità e semplificazione della determinazione del reddito imponibile sono alla base della disposizione di cui alla lettera d) con la quale viene introdotta la possibilità di "affrancare", previo pagamento di un'imposta sostitutiva dell'IRES del 6%, le differenze tra valori civili e valori fiscali degli elementi patrimoniali delle società aderenti al consolidato fiscale nazionale, soggetti alla disciplina del cosiddetto "riallineamento" ai sensi dell'art. 128, t.u.i.r.. Si tratta di un

intervento di semplificazione mediante il quale si consente di eliminare divergenze tra valori contabili e valori fiscali, che è una delle linee fondamentali dell'intera manovra finanziaria (⁵⁶).

3.1.2. L'opzione per il consolidato

L'applicazione del regime fiscale del consolidato, deriva da una libera scelta effettuata dalla capogruppo e da almeno una società controllata; non è necessaria l'adesione di tutte le società appartenenti al gruppo, proprio in virtù del fatto che è espressione di una volontà specifica della società.

Ai fini di questo regime, quindi, la nozione di gruppo ha un'area variabile, in quanto non vale la regola *all in, all out*, prevista nel regime di trasparenza ed in quello del consolidato mondiale.

L'opzione viene fatta a coppia: controllante e controllata.

Perché l'opzione sia valida, devono ricorrere quattro differenti condizioni:

1. identità di esercizio sociale tra controllata e controllante.
Tale requisito è da ritenersi soddisfatto sia nelle ipotesi di:
 - società che abbiano anticipato la chiusura dell'esercizio sociale al fine di renderla omogenea con quelle delle altre società che intendono partecipare al consolidato;
 - società neo- costituite con periodo di imposta superiore all'anno che, pur non coincidendo con quello delle altre società incluse nel consolidamento, risulta omogeneo perché chiude alla medesima data;
2. esercizio congiunto dell'opzione da parte della controllante e della controllata.
Si avranno, pertanto, tante opzioni a coppia quante sono le società controllate che esercitano la facoltà: va ricordato che il regime è opzionale.
A differenza del consolidato mondiale, nel quale vale la regola dell' *all in all out*, qui possono essere escluse alcune società pur soggette a controllo di diritto.;
3. elezione del domicilio, da parte di ciascuna società controllata, presso la controllante, ai fini della notifica degli atti e provvedimenti relativi ai periodi d'imposta per i quali è esercitata l'opzione. Tale condizione va rispettata all'atto della comunicazione dell'opzione.
L'elezione del domicilio, data la finalità per cui è prevista, permane sino al termine previsto per l'accertamento di cui all'art. 43 del D.P.R. 600/1973 dei redditi interessati dalla dichiarazione relativa all'ultimo esercizio in cui la controllata si è avvalsa della tassazione consolidata di gruppo;
4. comunicazione dell'opzione all' Agenzia delle entrate entro il sedicesimo giorno del sesto mese successivo alla chiusura del periodo di imposta

⁵⁶ Così A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, Giuffrè, Milano, 2008, 795-796.

precedente al primo esercizio cui si riferisce l'esercizio dell'opzione, nella quale deve essere indicato:

- l'individuazione del perimetro di consolidamento con indicazione per ciascuna società partecipante, della qualità di controllante o controllata, denominazione, ragione sociale e codice fiscale;
- l'elezione del domicilio da parte della controllata presso la società o l'ente controllante ai fini della notifica degli atti e provvedimenti relativi ai periodi di imposta riguardanti la tassazione di gruppo;
- l'individuazione delle società che hanno eventualmente effettuato il versamento d'acconto in modo separato;
- il criterio utilizzato per l'eventuale ripartizione delle perdite residue in caso di interruzione della tassazione di gruppo o mancato rinnovo, alle società che le hanno prodotte.

La comunicazione è condizione essenziale per l'ammissione all'istituto in esame, essendo a tal fine irrilevanti eventuali comportamenti concludenti tenuti dal contribuente.

Le condizioni devono sussistere congiuntamente perché si possa esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo. L'inesistenza o il venir meno anche solo di una sola di esse, comporta, rispettivamente, l'inefficacia della opzione o l'interruzione della tassazione di gruppo.

L' Agenzia delle Entrate ha inoltre chiarito che l'opzione, se esercitata in assenza dei requisiti indicati, determina l'inefficacia:

- di ogni opzione congiunta effettuata dal soggetto consolidante privo dei requisiti, precludendo ex se l'avvio della tassazione di gruppo;
- dell'ingresso nel perimetro di consolidamento di una consolidata priva dei requisiti, con la conseguenza che rispetto ad essa non potranno prodursi gli effetti tipici del consolidamento degli imponibili ⁽⁵⁷⁾.

L'opzione ha una durata di tre esercizi ed è irrevocabile, salvo cessare se durante il triennio viene meno il requisito del controllo; se al termine del triennio, si intende rinnovare l'opzione, bisognerà seguire tutte le istruzioni prima riportate, salvo il termine che in questo caso sarà riferito al primo esercizio successivo al triennio di efficacia dell'opzione.

Non possono usufruire di questa opzione, le società che già fruiscono di una riduzione dell' aliquota IRES (art. 126, comma 1, t.u.i.r.): esempi della riduzione dell'aliquota, sono quelli spettanti alle società neo- quotate (aliquota agevolata del 20%), ovvero della potenziale riduzione dell'aliquota IRES per le società che aderiscono all'istituto della Pianificazione Fiscale Concordata (previsto dalla legge 30 dicembre 2004 n. 311, legge finanziaria per il 2005).

Altresì sono escluse dall'esercizio dell' opzione le società che sono sottoposte a procedura fallimentare o a liquidazione coatta amministrativa: infatti, nel caso

⁵⁷ Così, A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, op.cit., 826.

l'opzione fosse stata esercitata prima dell'apertura di una di queste procedure, questa cessa dall'inizio dell'esercizio in cui interviene la dichiarazione di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa.

Il D.M. 9 giugno 2004, ha esteso l'esclusione anche società sottoposte all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, quando queste siano oggetto di programmi di cessione delle attività, e dunque sottoposte alla disciplina con finalità liquidatorie; non sono invece escluse le società coinvolte in programmi di risanamento.

Un'ulteriore causa ostativa all'accesso al regime di tassazione consolidata è da ravvisarsi nel sistema di determinazione forfetaria dell'imponibile fiscale cosiddetta di *tonnage tax*, disciplinato dagli artt. 155 a 161, t.u.i.r., calcolato sulla base di importi fissi applicati a diversi scaglioni di tonnellaggio delle navi.

Sono escluse, infine, le società che abbiano optato per il regime di trasparenza in qualità di partecipate, mentre *nulla quaestio* per le società che vi abbiano aderito in qualità di soci partecipanti.

3.1.3. Reddito complessivo ed obblighi delle consolidate e della capogruppo

Ogni società, deve provvedere alla determinazione del proprio reddito sulla base delle regole del reddito di impresa, prescindendo dal regime del consolidato, e quindi ricomprendendo nell'imponibile anche il 5 per cento dei dividendi percepiti, anche se derivanti da altre società del gruppo.

Dal risultato complessivo di ogni società vanno sottratte le perdite relative agli esercizi anteriori della tassazione di gruppo.

L'articolo 118, comma 4, t.u.i.r., prescrive che non vengano ricomprese le somme ricevute o versate tra società del gruppo in contropartita dei vantaggi fiscali attribuiti o ricevuti nell'ambito del gruppo, in quanto derivanti da movimentazioni interne al gruppo.

Ipotizziamo che il risultato fiscale della società controllata X sia una perdita mentre quello della controllante Y sia un risultato positivo: con il consolidato, la perdita di X può esser subito utilizzata mediante compensazione con gli utili di Y, che vedrà così ridotto il suo onere fiscale. Per questo beneficio, Y corrisponderà ad X una contropartita, che nel caso tornasse a produrre gli utili, non potrà più utilizzare tale perdita.

Tale compensazione, non è prevista dalla legge, ma deriva da accordi di natura privatistica (patti di consolidamento), che servono a tutelare le minoranze.

Ogni società, deve redigere la propria dichiarazione da consegnare sia all'Agenzia delle Entrate che alla consolidante; in questa comunque non vi è la liquidazione di imposta, in quanto questo onere spetta alla consolidante.

Le controllate, devono compilare la dichiarazione dei redditi per comunicare il reddito prodotto, le ritenute subite, le detrazioni ed i crediti di imposta, gli acconti autonomamente versati. Quindi rimane in capo a ciascuna controllata consolidata l'onere di predisporre la dichiarazione dei redditi ai fini della determinazione del proprio onere fiscale, senza liquidazione dell'imposta, e di presentarla all' Agenzia delle Entrate. Si allega anche un prospetto dei componenti negativi dedotti ai fini fiscali, ma non a quelli civilistici.

Devono fornire anche le informazioni sui beni ceduti ed acquistati in regime di neutralità fiscale, specificando la differenza residua tra valore di libro e valore fiscalmente riconosciuto (disposizione ex art. 123 t.u.i.r., abrogata con la L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, lett. v.).

Possono cedere alla consolidante i crediti utilizzabili in compensazione e le eccedenze di imposta, ai fini della compensazione dell'imposta dovuta dalla consolidante.

Devono dare la massima disponibilità alla controllante, per permetterle di effettuare tutti gli adempimenti che le competono.

La controllante, dopo aver redatto la propria dichiarazione dei redditi, deve sommare algebricamente tutti i risultati fiscali delle controllate per l'intero importo: con il consolidato si tassa il reddito complessivo al netto delle rettifiche di consolidamento.

Il risultato delle controllate, viene sommato per intero, a prescindere dalla quota di partecipazione detenuta.

Da questo risultato complessivo, come abbiamo già detto, bisogna imputare le rettifiche di consolidamento e le eventuali perdite di gruppo degli esercizi precedenti: in questo modo, si ottiene il risultato definitivo e complessivo del gruppo.

Sulla base del risultato complessivo globale la consolidante calcola l' IRES, la cui liquidazione, infatti, non è effettuata da parte del singolo soggetto giuridico, predisporre la dichiarazione dei redditi del consolidato e procede alla presentazione della stessa all'Agenzia delle Entrate mediante invio telematico, direttamente o tramite un intermediario abilitato entro l'ultimo giorno del decimo mese successivo a quello di chiusura del periodo di imposta.

In ogni caso, anche la consolidante è tenuta a predisporre ed a presentare all'Agenzia delle Entrate la propria dichiarazione dei redditi senza liquidazione dell'imposta.

Per effetto dell'esercizio del consolidato al soggetto controllante/ consolidante, competono:

- il riporto a nuovo della eventuale perdita risultante dalla somma algebrica degli imponibili;
- la liquidazione dell'unica imposta dovuta o dell'unica eccedenza rimborsabile o riportabile a nuovo;
- i versamenti a saldo e in acconto dell'imposta;
- il possibile utilizzo delle eccedenze di imposta portate a nuovo;

- la determinazione del credito di imposta per le imposte pagate all'estero;
- il computo dell'eventuale detrazione di cui all'art. 78, t.u.i.r.;
- lo scomputo degli acconti ex art. 79, t.u.i.r., ed il riporto o rimborso delle perdite ex art. 80, t.u.i.r. .

Se il risultato è una perdita, viene imputata alla capogruppo che può decidere di riportarla a nuovo, secondo le regole ordinarie, ed utilizzarla per compensare il reddito imponibile del gruppo nei periodi successivi di imposta.

Le perdite prodotte prima dell'opzione del consolidato, possono esser usate solo e soltanto dalle società che le hanno prodotte.

Nel caso di interruzione anticipata del consolidato, le eventuali perdite del gruppo possono rimanere nella disponibilità della consolidante ovvero della società che le ha prodotte.

3.1.4. Rettifiche di consolidamento

Queste rettifiche vanno apportate alla somma algebrica dei risultati netti delle singole società del gruppo.

Prima del 2008, vi erano tre rettifiche di consolidamento, da quella data una sola.

In passato, le rettifiche riguardavano:

1. una rettifica in diminuzione, per l'ammontare imponibile dei dividendi distribuiti infragruppo, pari al 5 per cento, anche per utili assoggettati a tassazione in esercizi precedenti a quello da cui ha effetto l'opzione;
2. una rettifica in diminuzione o in aumento, per effetto della rideterminazione del *pro-rata* patrimoniale senza tener conto dei finanziamenti relativi alle partecipazioni in società consolidate (ex art. 97, t.u.i.r.);
3. una rettifica in diminuzione, per un importo pari alla differenza tra il valore contabile ed il valore fiscalmente riconosciuto in regime di neutralità fiscale dei beni trasferiti in regime di neutralità, ai sensi dell'art. 123, t.u.i.r., tra i soggetti partecipanti alla tassazione di gruppo.

Quindi, avevano effetto solo i rapporti esterni. Se il consolidato, terminava prima della scadenza, però, la consolidante doveva fare una rettifica, di segno opposto, al reddito di gruppo per l'ammontare degli interessi passivi correlati alla rideterminazione del *pro-rata* patrimoniale e per le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni infragruppo non ancora riassorbite. Nel caso di mancato rinnovo, la sola rettifica da apportare era quella relativa alle plusvalenze.

Ora, la sola rettifica da apportare riguarda gli interessi passivi.

L'art. 2, comma 33, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244, (Legge Finanziaria 2008), elimina le rettifiche di consolidamento nell'ambito del consolidato nazionale, pur restando fermo il principio fondamentale del consolidato nazionale in base al quale *"il reddito complessivo globale"* sul quale si calcola l'IRES è determinato in

base alla somma algebrica dei redditi e delle perdite di periodo delle società partecipanti al consolidamento.

L'eliminazione è dovuta alla considerazione che l'accesso al regime di consolidamento si risolve già di per sé in un vantaggio e, quindi, non è necessario conservare ulteriori benefici in una disciplina agevolativa, peraltro, facilmente accessibile, tenuto conto della soglia minima di controllo adottata per l'ingresso nel regime, decisamente inferiore rispetto a quelle richieste dalla altre legislazioni che adottano gli stessi sistemi di consolidamento.

Gli effetti delle disposizioni, fissati dall'art. 34 della Legge Finanziaria 2008, hanno decorrenze differenziate per le modifiche apportate. In particolare, l'eliminazione dell'esclusione del reddito della quota imponibile dei dividendi distribuiti tra società aderenti al consolidato ha effetto dalle delibere di distribuzione adottate a partire dal 1° settembre 2007, esclusa la delibera riguardante la distribuzione dell'utile relativo all'esercizio anteriore a quello in corso al 31 dicembre 2007. L'abrogazione, invece, del regime di neutralità per le cessioni infragruppo, si applica ai trasferimenti effettuati dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data del 31 dicembre 2007.

Il nuovo regime fiscale per gli interessi passivi, per i soggetti IRES, è rinvenibile solo nell'art. 96, t.u.i.r., essendo stati abrogati gli artt. 97 (relativo al pro rata patrimoniale) e 98 (relativo alla *thin capitalization*).

La nuova formulazione dell'art. 96, incide profondamente, sia indirettamente che direttamente, nella formazione del risultato *fiscal unit*. Esso, infatti, prevede che gli interessi passivi e gli oneri assimilati, diversi da quelli compresi nel costo dei beni ai sensi dell'art. 110, comma 1, lett. b), sono deducibili in ciascun periodo di imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati. L'eccedenza è deducibile nel limite del 30% del risultato operativo lordo (ROL) della gestione caratteristica, intendendo per esso *“la differenza tra valore e i costi della produzione di cui alle lettere A) e B) dell'articolo 2425 del Codice Civile, con esclusione delle voci di cui al numero 10, lettere a) e b), e dei canoni di locazione finanziaria di beni strumentali, cos' come risultanti dal conto economico dell'esercizio”*.

Sono previsti, inoltre, meccanismi che ne attenuano la portata restrittiva, poiché:

- è consentito dedurre la quota resa indeducibile in un determinato periodo di imposta- in quanto, evidentemente, eccedente il limite del 30% del ROL, come sopra individuato- dal reddito dei successivi periodi di imposta *“se e nei limiti in cui, in tali periodi, l'importo degli interessi passivi e degli oneri assimilati di competenza eccedenti gli interessi attivi e i proventi assimilati sia inferiore al 30% del risultato operativo lordo di competenza”*;
- si prevede, in via provvisoria, una somma aggiuntiva del 30% del ROL per aumentare il limite di deducibilità degli interessi passivi nei primi due anni. Tale somma è di 10000 euro nel 2008 e di 5000 euro nel 2009;
- si prevede che la quota del 30% del ROL non utilizzata in un dato periodo di imposta, per la deduzione degli interessi passivi e oneri finanziari (ovvero il

30% del ROL è superiore alla quota di interessi passivi ed oneri finanziari), sia riportabile a nuovo per aumentare il limite di deducibilità degli anni successivi. Questa previsione ha efficacia dal 2010.

Viene inoltre stabilito che, in caso di partecipazione al consolidato nazionale *“l’eventuale eccedenza di interessi passivi ed oneri assimilati indeducibili generatesi in capo ad 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 di imposta, un risultato operativo lordo capiente non integralmente sfruttato per la deduzione”*; tale regola trova applicazione anche per le eccedenze oggetto di riporto in avanti, ad eccezione di quelle originatesi anteriormente all’ingresso nel consolidato.

Inoltre, a tali fini, possono esser incluse, come partecipanti al consolidato, anche le società estere per le quali esisterebbero le condizioni richieste per esercitare la tassazione di gruppo nonché il requisito della certificazione del bilancio ⁽⁵⁸⁾.

Pertanto, il reddito di gruppo potrà esser rettificato in diminuzione, per un importo corrispondente all’ eccedenza di interessi passivi ed oneri assimilati indeducibili prodotti da una società consolidata, a condizione che, nello stesso periodo, altre società consolidate presentino una “capienza” di ROL non utilizzata per la deduzione dei propri interessi passivi. L’ eccedenza del ROL può esser apportata al gruppo anche da società estere che presentino tutte le condizioni per la partecipazione al consolidato nazionale, considerandole “virtualmente” come partecipanti.

Il gruppo, con il consolidato, assume importanza ai fini della massimizzazione della deducibilità degli interessi passivi. Nel caso di società con ROL pari o inferiore a zero, l’ esercizio dell’ opzione per il consolidato è la sola strada percorribile, per trasformare da indeducibili e deducibili gli interessi passivi mediante lo sfruttamento della capienza del ROL delle altre società del gruppo.

L’ eccedenza di oneri finanziari indeducibili che residua dopo la rettifica di consolidamento può esser riportata in avanti ed usata, per ridurre, alle stesse condizioni, il reddito complessivo di gruppo dei periodi di imposta successivi ⁽⁵⁹⁾.

3.1.5. Responsabilità della capogruppo e delle consolidate

In materia di responsabilità, la Legge delega n. 80/2003 ha previsto che *“le società che esercitano l’opzione garantiscono solidalmente tra loro l’adempimento degli obblighi tributari dell’ente o società controllante”*.

Tale argomentazione ha da subito suscitato delle perplessità in dottrina e giurisprudenza fino a quando, con il D. LGS. 247/2005 si è passati da un sistema

⁵⁸ Così A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società, op.cit.*, 857-858.

⁵⁹ Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, op. cit., 180.

di distribuzione delle responsabilità che vedeva coinvolte le società anche con riferimento a violazioni alle stesse non attribuibili, ad un sistema che prevede:

- una responsabilità diretta della consolidante in ordine alla fedeltà del reddito complessivo dichiarato, alla liquidazione dell'imposta di consolidato ed all'esattezza dei versamenti;
- una responsabilità solidale della società consolidata in ordine alla maggior imposta accertata a livello consolidato riferibile ad una rettifica apportata al suo reddito imponibile;
- una responsabilità diretta della consolidata in ordine alle sanzioni per violazioni riscontrate a livello di consolidato e riferibili al reddito imponibile della stessa;
- una responsabilità solidale della controllante per le sanzioni irrogate in via diretta alla consolidata.

In particolar modo la controllante è responsabile per:

- a) le maggiori imposte accertate relative al reddito risultante dalla dichiarazione dei redditi del consolidato ed i relativi interessi;
- b) le maggiori imposte dovute, nonché i relativi interessi, risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, a seguito dell'attività di controllo formale di cui all'art. 36-*ter* del D.P.R. 600/1973 effettuata con riferimento alle dichiarazioni dei redditi dei soggetti partecipanti al consolidato;
- c) le maggiori imposte dovute, nonché le sanzioni ed i relativi interessi, risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, a seguito dell'attività di liquidazione di cui all'art. 36-*bis* del D.P.R. 600/1973;
- d) le sanzioni connesse con le violazioni degli obblighi strumentali per la determinazione del reddito complessivo del consolidato;
- e) le somme dovute corrispondenti alla sanzione irrogata alla società che ha commesso la violazione nella determinazione della singola posizione reddituale.

Il comma 2 dell'art. 127 del t.u.i.r., nel testo approvato con il D. LGS. 247/2005, si riferisce al regime di responsabilità della controllata e riguarda:

- 1) la responsabilità solidale con la controllante per le maggiori imposte accertate relative alla dichiarazione dei redditi del consolidato riferite alla rettifica del reddito risultante dalla propria dichiarazione dei redditi ed i relativi interessi;
- 2) la responsabilità solidale con la controllante per le maggiori imposte dovute, nonché i relativi interessi, risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, a seguito dell'attività di controllo formale di cui all'art. 36-*ter* del D.P.R. 600/1973 effettuata con riferimento alla propria dichiarazione dei redditi;
- 3) la responsabilità solidale con la controllante per le maggiori imposte dovute, nonché i relativi interessi, risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, a seguito dell'attività di liquidazione di cui all'art. 36-*bis* del D.P.R. 600/1973 effettuata con riferimento alla propria dichiarazione dei redditi;

- 4) le sanzioni correlate alle maggiori imposte dovute relative alla dichiarazione dei redditi del consolidato a seguito dell'attività di cui ai punti 1, 2 e 3, che ha rettificato la singola posizione reddituale;
- 5) le sanzioni diverse da quelle connesse alla determinazione dell'imposta evasa.

Pertanto, dall'esame del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 127 del t.u.i.r. si nota, come la società consolidante sia responsabile direttamente per i versamenti delle imposte dovute, mentre ciascuna consolidata risponderà solo in solido con la consolidante e limitatamente alla quota di imposta proporzionalmente ad essa riferibile.

Inoltre, con il D. LGS. 247/2005, è stato abrogato il comma 3 dell'art. 127 del t.u.i.r. che, nella formulazione previgente, disponeva che *“nel caso di omesso versamento dovuto in base alla dichiarazione dei redditi di cui all'articolo 122, le somme che risultano dovute sono richieste alla società o ente controllante”* ⁽⁶⁰⁾.

La responsabilità esterna verso il fisco è ben diversa da quella che scaturisce dai rapporti interni.

Ogni società deve fornire alla capogruppo, i mezzi finanziari per assolvere il tributo anticipatamente; se questo non avviene la capogruppo potrà rivalersi successivamente.

Con il consolidato, si ha la totale compensazione dei risultati positivi e negativi delle società appartenenti al gruppo: le società con risultati positivi possono profittare di quelli negativi di altre società. Tale vantaggio, va comunque remunerato per non danneggiare le minoranze.

Eventuali sanzioni, gravano sulle società che ne sono soggette.

3.1.6. Cessazione dell'opzione

Il regime può esser interrotto dalla venuta a mancare, nel corso del triennio, del requisito del controllo ovvero può avvenire che al termine del triennio, l'opzione stessa non venga rinnovata.

Di seguito, si elencano una serie di transazioni che fanno venir meno la tassazione consolidata, alla luce di quanto previsto dagli artt. 124 e 126 del t.u.i.r., ed artt. 4, 11, 13 del D.M., 9 giugno 2004:

- a) perdita del requisito del controllo;
- b) fusione di società consolidante con società non inclusa nel consolidamento;
- c) fusione tra consolidata e società non inclusa nella tassazione di gruppo;
- d) fusione tra consolidane ed una o più consolidate;
- e) scissioni parziale della consolidante, con riferimento alle società poste sotto il controllo della beneficiaria;

⁶⁰ Così A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società, op.cit.*, 954-959.

- f) assoggettamento alle procedure di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza;
- g) liquidazione giudiziale;
- h) trasformazione di una società soggetta IRES in società non soggetta a tale imposta (cd. trasformazione regressiva);
- i) trasformazione della società consolidata o della società consolidante in un soggetto avente natura giuridica diversa da quella richiesta dagli artt. 117 e 120, t.u.i.r.;
- j) trasferimento all'estero della residenza, ai sensi dell'art. 166 t.u.i.r., della società consolidata, o consolidante, a condizione che quest'ultima non diventi residente di un paese con il quale l'Italia abbia stipulato una convenzione contro la doppia imposizione e non eserciti un'attività di impresa ex art. 55 t.u.i.r., mediante stabile organizzazione;
- k) opzione esercitata dalla consolidante, congiuntamente ad altre società, per la tassazione di gruppo, in qualità di controllata.

Inoltre, il D.M. 9 giugno 2004 stabilisce anche che l'opzione per il consolidato perde di efficacia *“dall'inizio dell'esercizio nel corso del quale sono effettuate le operazioni di cui al comma 1, lettere da a) a f)”*.

A ben vedere, però, non tutto l'elenco sopra indicato ha ad oggetto delle operazioni, in quanto non sono così qualificabili come tali né l'assoggettamento di una società aderente al consolidato ad un'aliquota IRES ridotta né l'assoggettamento a procedure concorsuali.

Pertanto la disposizioni del D.M. del 2004 va interpretata nel senso che la tassazione consolidata perde di efficacia dall'inizio dell'esercizio nel corso del quale:

- l'operazione che determina la cessazione anticipata ha acquisito efficacia giuridica;
- si sono verificati gli effetti giuridici connessi ad una delle ipotesi di cessazioni anticipata che non sono qualificabili come operazioni.

L'art. 124 del t.u.i.r, indica le conseguenze dell'interruzione della tassazione consolidata che sono:

- l'obbligo di comunicazione della cessazione anticipata della tassazione consolidata;
- il *recapture* degli interessi passivi dedotti per effetto della mancata applicazione del pro-rata patrimoniale;
- la tassazione della differenza residua tra valore contabile e valore fiscalmente riconosciuto dei beni trasferiti infragruppo in regime di neutralità fiscale;
- l'obbligo di integrazione dei versamenti degli acconti;
- la ripartizione delle perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione dei redditi “consolidata”;

- l'individuazione del soggetto cui spettano determinate "posizioni soggettive attive" (crediti di imposta chiesti a rimborso, crediti per le imposte estere).

Con l'eliminazione delle "rettifiche di consolidamento", avvenuta dal 1 gennaio 2008, si deve ritenere che le variazioni di segno opposte siano limitate ai benefici ottenuti dal gruppo in esercizi del triennio anteriore alla predetta data ⁽⁶¹⁾.

In caso di cessazione, durante il triennio, dell'opzione, il reddito della società controllante, nel periodo di imposta in cui cessa il consolidato è aumentato:

1. in misura equivalente agli oneri finanziari dedotti nei precedenti esercizi disapplicando il pro-rata patrimoniale. La controllante deve quindi effettuare una variazione in aumento del reddito imponibile in misura pari agli interessi passivi dedotti in precedenza, per effetto della rideterminazione del *pro-rata*, inerenti alla partecipazione nelle società di cui si è perso il controllo;
2. di un importo corrispondente alla differenza residua tra valore contabile e quello fiscale dei beni ceduti all'interno del gruppo in regime di neutralità. La controllante, dunque, deve includere nel proprio reddito imponibile, mediante una variazione in aumento, un importo corrispondente alla plusvalenza realizzata, fino a concorrenza della differenza ancora esistente.

Nel termine di trenta giorni dalla cessazione del rapporto di controllo, controllante e controllate devono integrare i versamenti di acconto già effettuati; e la controllante, che ha ancora la disponibilità delle perdite fiscali, dei crediti e delle eccedenze del gruppo, può attribuire le eccedenze dei pagamenti alla società nei cui confronti è venuto meno il controllo ⁽⁶²⁾.

Nel caso in cui non si intenda rinnovare l'opzione, il consolidato si scioglie al termine della durata di validità del "periodo" di consolidamento.

La disciplina è molto simile a quella dettata in caso di interruzione del consolidato, ciò che è diverso è che, in questo caso, la controllante è tenuta ad operare, in sede di determinazione del proprio imponibile, le dovute rettifiche sopra descritte limitatamente agli importi relativi ai trasferimenti di beni in regime di neutralità fiscale.

Il rinnovo va comunicato all'Agenzia delle Entrate, entro il sesto mese del primo esercizio successivo al triennio d'efficacia dell'opzione; nel caso di mancato rinnovo, la comunicazione deve esser effettuata entro 30 giorni dal termine previsto per il rinnovo dell'opzione.

Si producono i seguenti effetti: vale la regola del recupero a tassazione della plusvalenza non tassata in caso di cessione infragruppo in regime di neutralità, per cui, nel reddito dell'ultimo esercizio del triennio, è inclusa la differenza residua tra valore del libro e valore fiscalmente riconosciuto dei beni ceduti secondo il regime di neutralità.

⁶¹ Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, op. cit., 182.

⁶² In tal senso, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, Utet, 2008, 183.

Non vale la regola del recupero a tassazione degli interessi dedotti in eccesso, rispetto alla normale applicazione della regola del pro-rata patrimoniale, essendo stato regolarmente osservato il termine di vigenza del regime del consolidato.

Gli obblighi di acconto si calcolano rispettivamente a ciascuna società singolarmente considerata con riferimento ai redditi propri così come risultanti dalle dichiarazioni dei redditi.

Le perdite rimangono comunque della disponibilità della controllante o possono essere attribuite alle società che le hanno prodotte.

I crediti chiesti a rimborso e le eccedenze riportati a nuove, invece, risultanti dalla dichiarazione della consolidata, rimangono nella disponibilità della sola controllante.

3.1.7. I vantaggi del consolidato fiscale nazionale

Dall'analisi svolta, si deduce come il consolidato sia uno strumento dotato di rilevanti opportunità per i gruppi, al fine di ridurre il carico fiscale a livello consolidato.

I vantaggi che possono essere ottenuti sono:

- esclusione dalla tassazione di tutti i dividendi distribuiti tra le società consolidate: questo beneficio trova ragion d'esser nell'abolizione del riconoscimento del credito di imposta. Tale beneficio è tanto più presente nei gruppi a catena, laddove, in assenza dell'adesione al consolidato si sconterebbe l'imposizione del 5% ad ogni passaggio successivo della catena;
- disapplicazione della disciplina del pro-rata patrimoniale di indeducibilità di cui all'art. 97, t.u.i.r., con riferimento alle partecipazioni in società consolidate;
- possibilità di compensare imponibili positivi con perdite fiscali.

3.2. Il consolidato mondiale

La previsione normativa di un consolidato fiscale a livello mondiale fa sì che l'Italia entri nell'alveolo limitato dei pionieri di tale forma di tassazione; infatti allo stato attuale sono solamente due gli Stati che prevedono tale forma di consolidato mondiale: la Francia e la Danimarca. Del resto la Commissione Europea, in base ad una logica di armonizzazione, raccomandava la possibilità di disciplinare il consolidamento fiscale anche delle società non residenti, ed il legislatore italiano ha ritenuto coerente l'inserimento di questo nuovo istituto nel nuovo t.u.i.r., Titolo II, Capo II, Sezione III, artt. 130-142⁽⁶³⁾.

⁶³ A.R. VONWILLER, *I gruppi societari*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, 240.

La nuova disciplina dettata dal D. LGS. 12 dicembre 2003, n. 344, e parzialmente modificata dal D. LGS. 19 novembre 2005, n. 247 e dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008), è entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2004, per cui le società hanno potuto fruire dei regimi di consolidamento fin dal primo esercizio che sia iniziato nel corso del 2004.

E' comunque opportuno osservare che, il quadro normativo relativo al consolidato mondiale non è completo, poiché il Ministero dell'Economia, non ha ancora provveduto ad emanare le disposizioni applicative, previste dall'art. 142, t.u.i.r..

Il consolidato mondiale, consiste nell'imputazione alla capogruppo italiana, del risultato fiscale delle controllate estere, in proporzione alla quota di partecipazione. Il consolidato mondiale introduce, di fatto, una tassazione societaria *world-wide*; in altri termini la società controllante, residente in Italia, è tassata per tutti i redditi da essa prodotti nel mondo, per il tramite di partecipazioni possedute in altre società non residenti.

Per effetto del consolidato, viene meno la soggettività giuridica di ciascuna società non residente; pertanto la stessa di fatto potrebbe esser assimilata sotto un profilo impositivo ad una *branch* ⁽⁶⁴⁾, fatta salva l'imputazione dei redditi proporzionalmente alla percentuale di partecipazione al capitale della società non residente posseduta dalla controllante italiana.

E' chiara fin da subito, la differenza con il consolidato nazionale: con quest'ultimo si ha la tassazione unitaria di più società residenti; con il consolidato mondiale, si ha la tassazione solo della controllante residente, ed è pertanto solo quest'ultima ad esprimere la preferenza per il consolidato.

Con questo regime, vi è l'imputazione proporzionale dei redditi di tutte le controllate non residenti, alla controllante, per un periodo di cinque esercizi.

Tra i vantaggi offerti dal consolidato mondiale, spicca quello per il quale è possibile compensare le perdite fiscali delle società controllate non residenti con i redditi imponibili delle società residenti.

La controllante che non opta per il consolidato, può dedurre la perdite delle stabili organizzazioni, secondo la disciplina del riporto delle perdite, ma non quelle delle controllate estere.

Lo svantaggio è comunque quello di rendere immediatamente tassabili in Italia, per imputazione alla controllante, gli utili delle controllate non residenti: questo è sicuramente un meccanismo meno vantaggioso di quello di altri regimi, quali il regime Madre- Figlia.

I requisiti soggettivi per poter scegliere il consolidato sono rappresentati dal fatto che la società controllante debba essere una società di capitali o un ente commerciale residente in Italia, qualificata come controllante di grado più elevato, ovvero:

- a) deve essere quotata in mercati regolamentati, anche se a sua volta soggetta a controllo di diritto di soggetti residenti in Italia ;

⁶⁴ D. STEVENATO, *La tassazione delle società nella Riforma Fiscale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003.

- b) deve essere direttamente controllata dallo Stato o da enti pubblici o da persone fisiche residenti che non abbiano il controllo di altre società, direttamente o indirettamente, ex art.2359, comma 1, n .1, c.c.; conseguentemente non possono optarvi le sub-holding italiane, controllate da una società straniera, che detengono partecipazioni di controllo in società estere .

In nessun caso può ricorrere al consolidato mondiale la stabile organizzazione in Italia di soggetti non residenti.

Il verificarsi della prima condizione, esclude l'altra: lungo la catena del gruppo deve, anzitutto verificarsi l'esistenza di una sub-holding con azioni quotate di grado più elevato (va inoltre precisato, che il nostro legislatore non specifica in quale mercato le azioni debbano esser quotate, potendo, quindi, avvenire anche in mercati esteri). In assenza di una sub-holding quotata, l'opzione sarà esercitabile dalla capogruppo posta al vertice più alto della piramide.

Successivamente all'individuazione della consolidante, bisogna stabilire quali siano le società non residenti assoggettabili a tale regime: tutte quelle di cui la società italiana detenga il controllo.

Il principio dell' *all in all out*, è la prima differenza con il consolidato domestico, rendendo il consolidato mondiale molto più stringente del secondo, e questo, molto probabilmente, per esigenze di cautela erariale ⁽⁶⁵⁾. Inoltre, si deve presumere, che dall'applicazione di questo principio, ne discenda la possibilità di includere, come consolidate, anche società residenti in paradisi fiscali.

A sostegno di questa previsione, l'art. 140 t.u.i.r., prevede l'esclusione dall'applicazione della *Controlled Foreign Companies* (CFC) per le società estere incluse nel consolidamento: le società estere controllate che rientrano nella disciplina delle CFC sono proprio quelle residenti nei paradisi fiscali.

Ulteriore elemento di distinzione con il regime precedente emerge dalla possibilità di consolidare anche società prive di personalità giuridica.

I requisiti oggettivi richiedono che:

- a) la società detenga la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- b) la società ha il diritto di partecipare agli utili in misura superiore al cinquanta per cento.

Il controllo può esser detenuto anche indirettamente, per il tramite di una o più controllate residenti: in questo ultimo caso, è richiesto che la controllante e le controllate residenti non abbiano optato per il consolidato nazionale.

Come nel consolidato nazionale, si deve tener conto dell'effetto demoltiplicativo della catena del controllo, ma opera esclusivamente a partire dalla controllate residente di grado inferiore.

Tale requisito del controllo deve sussistere al termine dell'esercizio della controllante, ma va escluso dal consolidamento il reddito delle società estere che

⁶⁵ In questi termini, D. STEVENATO, *op. cit.*.

siano divenute “controllate” nei sei mesi antecedenti la chiusura dell’esercizio della controllante.

Non sono invece richiesti specifici requisiti per le controllate, che possono essere di qualsiasi genere, compresi i *trust*, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, salvo avere una coincidenza del periodo di imposta con quello della controllante.

Manca, nel consolidato mondiale, l’esclusione espressa nel computo della soglia del 50% delle azioni prive del diritto di voto esercitabili nell’assemblea generale richiamata dall’art. 2346, c.c., e non vi è neanche un rinvio esplicito all’art. 2359, comma 1, n. 1, c.c., che fa espresso riferimento al controllo di diritto dove una società dispone dei diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria di un’altra società ⁽⁶⁶⁾.

3.2.1. Le modifiche apportate dalla Legge Finanziaria 2008

L’art. 1, comma 33, della Legge Finanziaria 2008 opera significativi interventi nell’ambito del consolidato mondiale, in coerenza con le innovazioni apportate al consolidato nazionale. Al pari di quanto previsto per questo istituto, sono eliminate le rettifiche di consolidamento del reddito complessivo di gruppo, vale a dire l’esclusione della quota imponibile dei dividendi distribuiti dalle società controllate, la rideterminazione del pro-rata patrimoniale e la neutralità fiscale delle cessioni di beni infragruppo.

In particolare, il comma 33, opera la soppressione del beneficio:

- dell’esclusione della quota imponibile dei dividendi, mediante l’abrogazione della lettera a) dell’art. 134, t.u.i.r.;
- della rideterminazione del pro-rata patrimoniale tramite l’abrogazione dell’articolo 135, t.u.i.r.;
- della neutralità fiscale delle cessioni infragruppo operata attraverso l’abrogazione dell’art. 135, t.u.i.r..

L’abrogazione delle rettifiche di consolidamento non è, però, stata accompagnata da corrispondenti modifiche alla disciplina prevista per il recupero dei benefici utilizzati (di cui al secondo e terzo punto) nei casi di interruzione della tassazione di gruppo o di mancato rinnovo dell’opzione stessa. Ciò comporta che in via transitoria anche dopo l’eliminazione dei benefici stessi permane la rideterminazione del reddito della società o ente controllante ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁶ Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, op. cit., 239.

⁶⁷ Così A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, op.cit., 1113.

3.2.2. L'opzione e gli effetti

L'opzione va esercitata esclusivamente dalla società controllante, di grado più elevato soggetta all'IRES, residente nel territorio dello Stato, senza che venga espressa tale volontà da parte delle società controllate, in quanto sono società non residenti: il consolidato mondiale non tassa i loro redditi, ma i redditi riferibili alla controllante, residente.

L'individuazione della controllante di grado più elevato comporta che, in linea generale, non sia possibile effettuare il consolidato mondiale in capo a società residenti a loro volta controllate da altre società residenti. Il vincolo è giustificato dal fatto che l'opzione per il consolidato deve comprendere tutte le controllate estere secondo il principio "*all in, all out*" e che l'individuazione della controllante residente di grado più elevato consente di impedire che la controllante italiana possa aggirare il vincolo creando *sub holding* per attribuire ad una sola di esse, che eserciterebbe l'opzione, le partecipazioni che è conveniente consolidare.

L'opzione diventa efficace, se oltre ai requisiti prima previsti, si verificano le seguenti condizioni:

- a) l'opzione ha per oggetto tutte le controllate non residenti (per l'applicazione della regola *all in, all out*), così come stabilito dall'art. 132, t.u.i.r.;
- b) vi deve esser l'identità degli esercizi sociali tra controllante e controllate, a meno che le legislazioni estere applicabili alle controllate impediscano tale coincidenza. Come precisato dalla circolare dall' Agenzia delle Entrate del 20 dicembre 2004, n. 53/E, tale requisito deve ritenersi soddisfatto anche con riferimento a quei soggetti che abbiano anticipato la chiusura dell'esercizio al fine di renderla omogenea con quella delle altre società che intendono aderire al consolidato, ed alle società neo-costituite con periodo di imposta superiore all'anno che, anche se non coincidente con quello delle altre società incluse nel perimetro di consolidamento, risulta a questo omogeneo in quanto chiude alla stessa data ;
- c) la revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta all'Albo Consob, dei bilanci della società controllante e delle società controllate residenti, di cui all'art. 131, comma 2, t.u.i.r.; qualora la consociata estera non sia tenuta alla redazione di un bilancio annuale, la verifica dovrà esser svolta su di un bilancio volontario, appositamente redatto dall'organo amministrativo dell'ente estero e riferito ad un lasso temporale corrispondente all'esercizio della *holding* italiana. Per quanto riguarda le controllate non residenti, la revisione può esser fatta anche da soggetti diversi da quelli iscritti all'Albo Consob, a condizione che gli esiti della revisione contabile da questi effettuata, siano utilizzati dal revisore della società controllante ai fini del giudizio sul bilancio annuale o consolidato;
- d) le controllate abbiano dato il loro consenso alla revisione del loro bilancio, nonché la loro disponibilità a fornire la collaborazione necessaria alla

determinazione dell'imponibile complessivo, ovvero l'impegno ad adempiere, entro 60 giorni dalla loro notifica, alle richieste dell'Amministrazione finanziaria. Tale consenso non ha una funzione costitutiva dell'opzione, ma rappresenta esclusivamente una forma di tutela per l'Amministrazione, che viene così garantita del fatto che la società controllata non potrà sottrarsi agli adempimenti derivanti dal consolidato stesso;

- e) il rilascio di un parere positivo da parte dell'Agenzia delle Entrate, mediante apposito interpello, sull'esistenza di tutti i requisiti richiesti per l'esercizio dell'opzione.

Il mancato rispetto o il venir meno di una delle condizioni su indicate determina l'inefficacia *ex nunc* dell'opzione.

Con riferimento alla funzione della società di revisione, si può affermare che questa sia quella di garantire un minimo grado di uniformità alla contabilità delle società estere coinvolte nella formazione dell'imponibile mondiale.

La natura dell'attività di revisione è sostanzialmente documentale, volta ad accertare la corrispondenza tra le scritture contabili e le attestazioni di carattere giustificativo provenienti dalla stessa società verificata, in modo che l'emersione di fattispecie di evasione rappresenti un aspetto solo eventuale, estraneo agli scopi del controllo contabile⁽⁶⁸⁾.

Scopo della verifica contabile è quindi quello di fungere da garanzia ad un livello minimo di attendibilità dei bilanci delle consociate, fondato sulla correttezza formale e coerenza interna delle scritture contabili che fungeranno da riferimento per la determinazione della base imponibile della controllante.

Ai sensi dell'art. 132, comma 2, lett. *d-bis*, l'esercizio dell'opzione deve essere comunicato all'Agenzia delle Entrate, entro il mese successivo a quello in cui scade il termine previsto per la comunicazione della risposta all'interpello, di cui sopra, secondo le modalità che saranno previste dal decreto di cui all'art. 142.

In attesa di detto decreto, come stabilito dall'art. 9, comma 7, del D. LGS. 247/05, valgono, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 9 giugno 2004, relativo al consolidato nazionale.

La società controllante, entro il primo esercizio per il quale ha esercitato l'opzione, deve presentare all'Amministrazione finanziaria, un interpello, redatto ai sensi dell'art. 11, L. 27 agosto 2000, n. 212, recante le norme in materia di Statuto del Contribuente.

Inoltre, la controllante, ha l'onere di comunicare all'Agenzia delle Entrate, mediante interpello, le variazioni dei dati rilevanti ai fini della verifica dei requisiti entro il mese successivo alla fine del periodo di imposta in cui si sono verificate.

Il comma 4 dell'art. 132, t.u.i.r., prevede che l'Amministrazione, possa imporre al contribuente *"altri adempimenti finalizzati ad una maggiore tutela degli interessi erariali"*. Una simile ampia facoltà, discrezionalmente esercitabile dall'Amministrazione, va comunque interpretata in senso restrittivo, nel senso che il Fisco non può imporre un rispetto di requisiti, in qualche modo, ulteriori rispetto a

⁶⁸ R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Giuffrè, Milano, 1988, 256.

quelli di legge, ma solo provvedere specifici oneri aggiuntivi, ad esempio di natura informativa, relativa alla verifica del rispetto dei requisiti stessi.

Con la procedura d'interpello, si consente all'Amministrazione finanziaria, di verificare la sussistenza dei requisiti per l'esercizio dell'opzione. Deve contenere: a) la descrizione delle società coinvolte e dell'assetto partecipativo; b) copia dell'ultimo bilancio delle controllate estere; c) indicazione dei soggetti incaricati della revisione; d) eventuali richieste di semplificazioni per la determinazione della base imponibile.

Con l'interpello la consolidante può richiedere ulteriori semplificazioni nella determinazione del reddito imponibile, quali l'esclusione delle società controllate di dimensioni non rilevanti residenti in Stati o territori diversi da quelli privilegiati.

Abbiamo già detto che l'imputazione dei redditi e delle perdite prodotte dalle controllate, avviene proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili della controllante nelle controllate, tenendo conto dell'eventuale demoltiplicazione della catena societaria del controllo con riferimento all'ultima controllata residente così come sancito dall'art. 131, t.u.i.r. .

Il risultato di ciascuna società controllata, deve esser ricalcolato dalla controllante, secondo le disposizioni vigenti in Italia, in materia di IRES.

Dopodiché, dovranno esser apportate diverse rettifiche di consolidamento, così riassumibili:

- 1) adozione di un trattamento uniforme dei componenti positivi e negativi degli elementi di reddito risultanti dai bilanci revisionati delle controllate;
- 2) riconoscimento dei valori risultanti dal bilancio relativo al periodo anteriore a quello di adozione del consolidamento, a condizione che non vi sia stato un mutamento dei principi contabili;
- 3) esclusione degli utili e delle perdite di cambio, risultanti da finanziamenti infragruppo di durata superiore a diciotto mesi;
- 4) conversione degli imponibili espressi in valuta estera;
- 5) applicazione del principio del valore normale ai beni e servizi scambiati tra società residenti e non, al fine di preservare la corretta allocazione internazionale del reddito;
- 6) i fondi per rischi ed oneri non sono riconosciuti se non rientrano nelle tipologie tipizzate dal t.u.i.r..

Applicate tali rettifiche, si ottiene la base imponibile, su cui calcolare l'imposta lorda, da cui sono scomputabili i crediti e le ritenute di pertinenza della controllante medesima, nonché il credito per le imposte pagate all'estero per i redditi imputati alla consolidante.

Per evitare la doppia imposizione, si possono eliminare le imposte già pagate dalle controllate all'estero, con le seguenti regole: a) concorso prioritario dei redditi prodotti all'estero alla formazione del reddito imponibile; b) computo delle imposte detraibili effettuato separatamente per ciascuna società estera, a meno che nello stesso Paese estero siano presenti più società controllate e la legislazione locale preveda una forma di tassazione di gruppo analoga a quella italiana; c) riporto nel

tempo del credito per imposte pagate all'estero inutilizzato nell'esercizio di competenza ⁽⁶⁹⁾.

La consolidante, provvede all'invio della dichiarazione dei redditi del consolidato, in via telematica, direttamente o tramite intermediario abilitato, entro l'ultimo giorno del decimo mese successivo a quello di chiusura del periodo di imposta.

L'esercizio dell'opzione per il consolidato mondiale ha una durata minima predeterminata dalla legge, che l'art. 132, comma 1, t.u.i.r., fissa in 5 esercizi (ed ammette 3 rinnovi), da computarsi relativamente alla controllante italiana. Pertanto, a meno di interruzioni, la società controllante non può sottrarsi alla disciplina del consolidamento prima del termine previsto, anche qualora esso, nei successivi periodi di imposta, si dimostri più oneroso che vantaggioso.

Non mancano, anche nel consolidato mondiale, delle misure antielusive che individuano il gruppo in senso negativo: l'art. 84, t.u.i.r., che disciplina il riporto delle perdite, conferma la volontà di colpire una manifestazione pratica del "commercio delle bare fiscali", fondata sull'acquisizione del controllo di una società dotata di perdite fiscalmente riportabili, con lo scopo di conferirvi attività profittevoli, di modo da compensare le perdite dell' *ex bara* con gli utili dell'attività profittevole.

A ben vedere, esiste una certa identità tra il consolidato mondiale e disciplina *CFC* ⁽⁷⁰⁾ (artt. 167 e ss, t.u.i.r.): in entrambi i casi, infatti, alla controllante viene direttamente imputato il risultato reddituale generato da una società estera, secondo una logica che si pone ad un livello intermedio tra trasparenza e appartenenza del reddito.

Dal confronto, però, emergono, chiaramente, delle finalità diverse: gli artt. 130 e ss, t.u.i.r., rappresentano una disposizione di favore per il contribuente ed è quest'ultimo a decidere di applicarli, di contro, gli artt. 167 e ss, t.u.i.r., hanno una natura antielusiva e devono pertanto esser applicati ogni qualvolta ne sussistano i presupposti.

Inoltre, l'adozione del consolidato mondiale paralizza l'efficacia della disciplina *CFC*, rendendo applicabile alle consociate residenti in paesi a bassa fiscalità, le stesse regole previste per l'imputazione del reddito delle altre società estere. Ne consegue che l'esercizio dell'opzione per il consolidato mondiale, conduce all'equiparazione della condizione fiscale di tutte le controllate estere, indipendentemente dal fatto che esse siano residenti in paradisi fiscali.

Secondo questa impostazione, quindi, non dovrebbe esser applicabile l'art. 110, commi 10 e 11, relativo all'indeducibilità delle componenti negative relative ad operazioni condotte con società residenti in Paesi a bassa fiscalità. Infatti, il comma 11, dell'art. 110, esclude l'operatività delle norme per *"le operazioni intercorse con soggetti non residenti in cui risultino applicabili gli artt. 167 o 168, concernenti disposizioni in materia di imprese estere partecipate"*.

⁶⁹ Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, op. cit., 201-202.

⁷⁰ Per una più completa comprensione, si rimanda al capitolo 5, paragrafo 5.7 e ss.

Peraltro, l'art. 140, esclude categoricamente l'applicazione dell'art. 167 nel caso in cui si sia optato per il consolidato mondiale, ma, dato l'identico effetto di imputazione alla controllante dei redditi prodotti dalla controllata residente nel Paese a bassa fiscalità, può esser coerente ipotizzare che, l'art. 110, comma 10, non dovrebbe operare qualora i redditi della controllante residente confluiscono nella base imponibile del consolidato.

3.2.3. Interruzione e mancato rinnovo

Gli articoli 137 e 138 disciplinano rispettivamente le seguenti due ipotesi:

1. l'interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del periodo di validità dell'opzione per effetto del venir meno delle condizioni richieste in capo alla controllante italiana ("interruzione totale");
2. l'interruzione della tassazione di gruppo limitatamente ad una o più controllate non residenti ("interruzione parziale").

Nel caso sub. 1), questo può derivare da diverse circostanze quali:

- cessione dell'intero portafoglio di partecipazione;
- fusione per incorporazione della capogruppo italiana in un'altra società;
- mutamento delle caratteristiche dei soggetti controllanti della capogruppo posta al vertice della catena;
- trasformazione della controllante in società di persone.

L'art. 137, t.u.i.r., comunque, dispone non si abbia l'interruzione qualora il nuovo soggetto controllante abbia a sua volta esercitato l'opzione per il consolidato.

L'interruzione della tassazione ha effetto dal periodo di imposta, del soggetto controllante, successivo a quello in cui sono venuti meno i requisiti soggettivi per l'esercizio dell'opzione.

Per effetto dell'interruzione, le perdite del soggetto *ex* consolidante non utilizzate alla fine del periodo di imposta in cui vengono meno i presupposti per il consolidato mondiale, si riducono della misura corrispondente al rapporto tra le perdite prodotte nel periodo di validità dell'opzione da tutte le società non residenti, il cui reddito ha concorso alla formazione dell'unico imponibile, e quelle prodotte nello stesso periodo da tutte le società.

Nel caso dell'interruzione parziale, invece, il requisito del controllo viene meno nei confronti di una o più società controllate non residenti: l'opzione viene meno, solo nei confronti a quelle società controllate non residenti.

Tale interruzione comporta la ripresa a tassazione degli interessi passivi dedotti nei due esercizi precedenti a quello in cui si verifica l'interruzione, dedotti per effetto della disapplicazione della norma sul pro-rata patrimoniale alle partecipazioni consolidate.

L'art. 138, ultimo comma, t.u.i.r., prevede che qualora il requisito del controllo venga meno relativamente ad oltre due terzi delle società controllate residenti, le perdite fiscali riportate a nuovo esistenti in capo alla controllante vanno ridotte proporzionalmente in misura pari al rapporto tra perdite complessive prodotte nel periodo di validità dell'opzione dalle società non residenti rispetto alle quali viene meno il requisito del controllo e perdite prodotte nello stesso periodo da tutte le società aderenti al consolidato ⁽⁷¹⁾.

3.2.4. Limiti del consolidato mondiale

Il consolidato mondiale, a differenza di quello domestico, prevede una imputazione "per trasparenza" alla società controllante residente in Italia dei risultati reddituali conseguiti dalle società controllate estere, determinati sulla base delle regole vigenti in Italia, nei limiti della quota di partecipazione detenuta.

Da questo, ne discende un primo limite "interno": si tassano in Italia redditi prodotti all'estero, con il rischio, di tassare ad un'aliquota superiore imponibili che avrebbero potuto fruire di un'aliquota più mitigata e si ha un prelievo, davvero ridotto, (il 33% sul 5%) sui dividendi percepiti dalla controllante italiana.

Altri limiti sono rappresentati: dalla rigidità del criterio *all in all out*, dall'obbligatorietà della richiesta iniziale di interpello, dall'obbligo di revisione di tutti i bilanci delle consolidate, dalla complessità della determinazione dell'imponibile di ciascuna consolidata estera ed in ultimo da costi di gestione eccessivi rispetto ai reali benefici fiscali conseguibili.

Tutto questo porta ad uno scarso utilizzo del regime in esame nella pratica rendendosi conveniente solo quando le perdite fiscali delle società partecipate estere siano in grado di compensare il reddito imponibile della società italiana.

Al fine di verificare la compatibilità con i principi comunitari del sistema di consolidamento delle "perdite transfrontaliere" con redditi soggetti a tassazione in Italia, appare necessario considerare alcune regole che caratterizzano l'istituto del consolidato mondiale e che si ritiene trovino giustificazione in motivi imperativi di interesse generale non dissimili da quelli riconosciuti dalla stessa Corte di Giustizia al fine di affermare la compatibilità con il Trattato della disciplina del Regno Unito nel caso "*Mark & Spencer v. Halsey*" (C-446/03): il riferimento, in particolare, è all'obbligo di includere tutte le controllate estere nel consolidato, alla rideterminazione dei risultati esteri secondo le regole fiscali nazionali ed alla necessità di includere anche gli eventuali risultati positivi.

E' stato osservato, da parte di alcuni autori, che il sistema potrebbe esser sottoposto a critica, a livello convenzionale, per violazione del principio di non discriminazione ed, a livello comunitario, per violazione del principio di libertà di stabilimento, a difesa del quale è intervenuta, in più occasioni, la Corte di Giustizia

⁷¹ A.R.VOVWILLER, *I gruppi societari*, op.cit., 263.

delle Comunità europee. Infatti, sia l'irrevocabilità dell'opzione per un quinquennio, sia l'onere di assoggettare i bilanci delle controllate estere a revisione, sia l'applicazione del principio "all in, all out" potrebbero rappresentare forme di discriminazione delle società non residenti rispetto a quelle residenti in Italia.

A ben vedere, però, nessuna forma di discriminazione viene operata nel nostro Paese tra forme di stabilimento diverse in quanto:

- le controllate estere sono equiparate alle stabili organizzazione di società residenti in Italia, posto che laddove la controllante italiana opti per il consolidato mondiale trasferisce i risultati di esercizio delle controllate estere nella propria base imponibile alla stessa stregua di quanto effettua con una stabile organizzazione;
- le controllate estere sono equiparate alle controllate italiane, posto che i risultati di esercizio confluiscono in entrambi i casi nell'ambito del consolidato⁽⁷²⁾.

3.3. Il regime di trasparenza

La riforma fiscale del 2004 ha profondamente innovato il rapporto tra fiscalità delle società e fiscalità dei soci, facendo venir meno i meccanismi di consolidamento presenti nel precedente sistema tributario, basati sull'utilizzo del credito di imposta e sulla svalutazioni delle partecipazioni.

Il venir meno di tali strumenti di pianificazione della fiscalità dei gruppi, ha indotto il legislatore ad introdurre, o estendere, istituti alternativi al credito di imposta, idonei a contrastare il fenomeno della doppia imposizione economica. Accanto all'introduzione del consolidato nazionale e mondiale, si è provveduto ad estendere alle società di capitali, la possibilità di accedere al meccanismo dell'imputazione del reddito per trasparenza, regime in precedenza riservato alle sole società di persone ed alle associazioni tra artisti e professionisti.

Il regime di trasparenza, infatti, a seguito della riforma, può esser scelto sia dalle società di capitali, partecipate da altre società di capitali, sia dalle società a responsabilità limitata.

C'è da osservare che, quest'estensione di applicazione, è in controtendenza con lo spirito della riforma del 2003, il cui fulcro centrale è rappresentato dalla tassazione della società, mentre la successiva distribuzione del redditi prodotto dalla società ai soci è sostanzialmente irrilevante. Con la trasparenza, invece, centrale è la figura del socio: è al socio che viene imputato il reddito ed è lui a pagare le imposte.

L'applicazione del regime in questione alle società di capitali va, quindi, intesa come l'opportunità, offerta a queste società di maggiori dimensioni, di usufruire di

⁷² Così A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, op.cit.,1113-1118.

un regime alternativo rispetto a quelli aboliti, non essendo in possesso dei requisiti richiesti per accedere al regime del consolidato.

La caratteristica principale è quella della detassazione della società partecipata, i cui utili sono imputati ai soci: i redditi della società “trasparente” non sono tassati come redditi della società che li ha prodotti, ma come redditi dei soci (e lo stesso vale nel caso in cui il risultato sia una perdita).

Anche con la trasparenza si elimina il problema della doppia tassazione ed è possibile l'utilizzo immediato delle perdite; inoltre, a differenza dell'orientamento tipico del legislatore, volto a tassare le società, si tassa esclusivamente il socio.

Questo regime è applicato inderogabilmente alle società di persone, mentre rappresenta un'opzione nell'ambito delle società di capitali.

Per questo si distinguono due regimi di trasparenza:

- “ordinario”: riguardante le società di capitali che abbiano come soci altre società di capitali;
- “speciale”: riguardante le “piccole” società a responsabilità limitata, che abbiano come soci sole persone fisiche, in un numero limitato ⁽⁷³⁾.

Per poter esercitare l'opzione sia la società “trasparente” che le partecipate, devono essere delle società di capitali, ovvero società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata.

I soci della società partecipata devono avere una partecipazione non inferiore al dieci per cento, ma non superiore al cinquanta per cento.

Oggetto della partecipazione sono sia i diritti di voto esercitabili nell'assemblea generale, ai sensi dell'art. 2346, c.c., sia gli utili; nel caso la partecipazione sia superiore al cinquanta per cento, non si può optare per la trasparenza, ma per il consolidato.

Pertanto il regime di trasparenza non può mai applicarsi nel caso in cui il socio possiede il 51% della partecipata; in tal senso viene meno la possibile sovrapposizione tra regime di trasparenza e tassazione consolidata.

L'art. 3, comma 1, del decreto di attuazione stabilisce che *“le percentuali di partecipazione previste nel comma 1 dell'art. 115 del t.u.i.r. sono determinate avendo riguardo esclusivamente alla partecipazione detenuta direttamente nella società partecipata”*.

La specificazione della doppia soglia, deriva dal fatto che i due diritti possono divergere tra di loro.

Anche la previsione del doppio limite quantitativo, compresa tra un minimo ed un massimo, ha una sua *ratio*: il limite minimo serve ad impedire che l'opzione sia esercitata in presenza di una base azionaria molto frazionata, il limite massimo segna lo spartiacque tra regime di trasparenza ed il consolidato.

La partecipata, che abbia già optato per il consolidato, non può esercitare l'opzione per questo regime; le partecipanti, invece, possono esser tassate contemporaneamente sia per trasparenza che per il consolidato.

⁷³ Si veda L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in *Riass. Trib.*, 2003, I, 1504; A. FANTOZZI- A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, I, 685.

Si può anche avere una catena di imputazione per trasparenza: la società-socia, alla quale viene imputato per trasparenza il reddito della partecipata, può, a sua volta, imputare per trasparenza il proprio reddito alle sue società socie (⁷⁴).

Con riferimento al rispetto del limite del 10% e del 50%, si discute della legittimità delle operazioni di rimodulazione della compagine societaria effettuate per cogliere le opportunità offerte dalla riforma (⁷⁵).

I possibili profili di elusività di queste operazioni, si ritiene che siano compatibili con lo sfruttamento delle opportunità offerte dalla riforma; altre perplessità, possono invece nutrirsi sulla elusività di specifici comportamenti come nel caso in cui si effettui una cessione di quote solo temporanea per fruire del regime di trasparenza e, dopo aver beneficiato dello stesso, si fuoriesca dal regime medesimo.

L'Agenzia delle Entrate, si è pronunciata in merito, attraverso le circolari n. 49/E e 53/E del 2004 stabilendo che, operazioni di riorganizzazione dei gruppi, volte a cogliere le opportunità fiscali della riforma, non sono di per sé definibili elusive, permanendo, però, un alone di incertezza verso le concrete operazioni poste in essere: tali incertezze verranno di volta in volta risolte, mediante la procedura dell'interpello.

Inoltre, vediamo che nel computo delle soglie non si deve tener conto delle azioni prive di voto o con diritto di voto limitato: conseguentemente, il regime di trasparenza potrà esser utilizzato anche dal socio con partecipazione superiore al 51%, a condizione che, l'eccedenza sia riferibile ad azioni prive del diritto di voto.

Il D. LGS. 247 del 2005 ha disciplinato il caso delle azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale; sono azioni caratterizzate da una remunerazione che oscilla nel tempo, in quanto dipendente dai risultati dell'attività svolta in determinati settori.

La norma ha modificato il primo comma stabilendo che *“ai soli fini dell'ammissione al regime...nella percentuale di partecipazioni agli utili..non si considerano le azioni prive del predetto diritto di voto e la quota di utili di cui all'art. 2350, secondo comma, primo periodo,del codice civile, si assume pari alla quota di partecipazione al capitale delle azioni medesime”*.

Ne consegue che la verifica dei requisiti oggettivi, va valutata, con riferimento alla quota di utili delle azioni predette, come pari alla quota di partecipazione al capitale delle quote medesime.

Tale modifica equipara il regime in esame, con quello del consolidato che già aveva in tal modo impostato la questione.

Questa opzione è concessa, alle società di capitali residenti, partecipate da altre società di capitali residenti; nel caso di soci non residenti, i redditi ad essi imputabili in base al regime di trasparenza, sono redditi prodotti in Italia.

⁷⁴ Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, *op. cit.*, 165.

⁷⁵ E' questo un tema trasversale a tutti gli istituti previsti dalla riforma. Sul punto, A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, IPSOA, Milano, 2008, 993 e ss.

Inoltre, in quest' ultimo caso, i soci non devono subire ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti e nel caso questo fosse successo avranno diritto al rimborso della ritenuta.

In definitiva, l'opzione è ammessa solo se i soci sono residenti in un paese UE, che beneficino del regime Madre-Figlia ⁽⁷⁶⁾, e quindi che rispettino i requisiti previsti per detto regime.

Possono anche esercitarla, le società non residenti che partecipino ad una società italiana, mediante stabile organizzazione, e le società che risiedono in Paesi con cui sia stata stipulata una convenzione internazionale contro la doppia imposizione che escluda la ritenuta alla fonte sui dividendi "in uscita" dall' Italia.

Tre sono le ipotesi che escludono la possibilità di esercitare l'opzione, due direttamente previste dal legislatore, ed una aggiunta con il decreto ministeriale del 2004: le prime due sono indicate nell'art. 115, comma 1, lettere a) e b) mentre l'ipotesi c) è stata introdotta nel decreto attuativo.

La prima ipotesi è quella relativa alla fruizione di una riduzione dell'aliquota dell'IRES.

La giustificazione risiede nel fatto che si è voluto coordinare e rendere coerente la disciplina in esame con quella del consolidato ed inoltre se ne vuole vietare l'utilizzo per scopi elusivi, al fine di trasferire redditi soggetti a tassazione ordinaria IRES verso società in cui l'aliquota sia ridotta.

La seconda ipotesi è aver esercitato l'opzione per il consolidato, nazionale o mondiale, da parte della partecipata, a prescindere che vi abbia optato in qualità di partecipata o di partecipante.

La giustificazione di questo limite risiede nel fatto di impedire che l'imponibile di gruppo, da assoggettare a tassazione in capo alla controllante, sia imputato per trasparenza ad altri soggetti soci, ma non controllanti della capogruppo che consolida. Pertanto non si applica nel caso di soci, persone fisiche

Terza ed ultima ipotesi è l'assoggettamento della società partecipata ad una procedura concorsuale, di cui all'art. 101, comma 5, t.u.i.r.: se la procedura sopravviene rispetto all'opzione, il regime perde di efficacia a partire dall'inizio del periodo di imposta in cui viene emanato il provvedimento giudiziale.

I requisiti per l'ammissione al regime, *devono sussistere a partire dal primo giorno del periodo di imposta della partecipata in cui si esercita l'opzione e permane ininterrottamente sino al termine del periodo di opzione*"; se vengono meno, il regime cessa dall'inizio dell'esercizio sociale in corso della società partecipata, che pertanto torna ad esser soggetto passivo del tributo di competenza di quel periodo di imposta.

L'opzione, deve esser espressa sia dalla partecipata che dalle partecipanti.

Dura tre esercizi e non può esser revocata.

⁷⁶ Per una più corretta comprensione si rimanda al capitolo 5, paragrafo 5.4.

3.3.1. Le modifiche apportate dalla Legge Finanziaria 2008

La Legge Finanziaria 2008 è intervenuta solo marginalmente su questo regime prevedendo nell'art. 1, comma 49, la possibilità di "affrancare" con il pagamento di un'imposta sostitutiva dell'IRES, pari al 6%, le differenze tra valori civili e valori fiscali degli elementi patrimoniali soggetti alla cosiddetta disciplina del "riallineamento", prevista dall'art. 115, comma 11, t.u.i.r., che disciplina il regime di trasparenza per le società di capitali partecipate da altre società di capitali. Tale disposizione, così come stabilito all'ultimo comma dell'art. 49, è entrata in vigore solo dopo l'emanazione di un apposito decreto del Ministro dell' Economia e delle Finanze, il 18 marzo 2008.

L'art. 115, comma 11, prevede un meccanismo transitorio volto ad evitare il verificarsi di un duplice vantaggio in capo al medesimo soggetto, collegato alla presenza di svalutazioni di partecipazioni antecedenti all'entrata in vigore dell'IRES, determinate da rettifiche di valore o accantonamenti temporaneamente indeducibili. Il doppio beneficio viene eliminato attraverso un incremento del reddito, imputato per trasparenza, determinato dalla rettifica del valore fiscale degli elementi dell'attivo e/0 dei fondi di accantonamento del passivo patrimoniale che presentano una differenza tra valore civile e valore fiscale, rispettivamente, negativa e positiva.

Con il pagamento dell'imposta sostitutiva si ottengono i seguenti effetti:

- si sterilizza per il futuro l'applicazione della disposizione contenuta nell'art. 115, comma 11, che determina l'incremento del reddito imputato ai soci della società trasparente. Ciò consente di superare le difficoltà operative che si riscontrano nel gestire gli adempimenti necessari per la corretta applicazione di tale disposizione;
- i valori fiscali vengono svincolati dall'obbligo del riallineamento e, quindi, in sede di ordinaria determinazione del reddito possono dar luogo a maggiori deduzioni o maggiori minusvalenze ovvero a minori sopravvenienze attive.

L'opzione per il l'affrancamento è decisione autonoma dei soci, ma non può esser esercitata dalla società partecipata.

La finalità dell'art. 115, comma 11, t.u.i.r., così come specificato nella relazione di accompagnamento al D. LGS. 344, 2005, è diretta a *" a evitare che...gli stessi costi concorrano più volte alla riduzione del reddito imponibile dapprima indirettamente tramite le svalutazioni delle partecipazioni operate a fronte di rettifiche di valore e di accantonamenti a fondi rischi non deducibili effettuati dalla società controllata e tali da ridurre il proprio patrimonio contabile...e poi, all'atto dell'utilizzo dei fondi, mediante la conseguente variazione in diminuzione"*.

Va peraltro sottolineato che, le rettifiche del valore fiscale degli elementi patrimoniali della società trasparente devono esser indicate in apposito prospetto della dichiarazione ed in secondo luogo che, la disposizione in esame, disciplina l'ipotesi in cui il socio abbia dedotto delle svalutazioni per effetto di perdite

realizzate in capo alla società trasparente a seguito di rettifiche di valore o accantonamenti a fondi non deducibili che hanno decrementato il valore contabile del patrimonio netto di tale società ma non il corrispondente valore fiscale (⁷⁷).

3.3.2. Gli effetti

Con il regime di trasparenza, il reddito della partecipata va imputato a ciascun socio, *“indipendentemente dall’effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili”* (non ha rilevanza fiscale la distribuzione dei dividendi).

Anche le perdite sono imputabili ai soci in proporzione alle quote di partecipazione e nel limite della quota del patrimonio netto contabile della partecipata, calcolato senza considerare la perdita di esercizio e tenendo conto dei conferimenti in denaro ed in natura effettuati entro la data di approvazione del bilancio.

Per le perdite anteriori, vi è una disciplina specifica, sia per le partecipante che per i soci partecipanti. Le perdite della partecipata possono esser usate per compensare i redditi prodotti da tale società prima dell’imputazione per trasparenza; quelle dei soci partecipanti non possono esser usate per compensare i redditi della partecipata, ma solo per compensare gli altri redditi prodotti dai soci. Ovviamente, l’imputazione ai soci dei redditi e delle perdite si riflette sul valore fiscale della partecipazione: i redditi incrementano tale valore, le perdite lo riducono (questo vale per le partecipazioni imponibili, non per quelle esenti).

Se vengono cedute le partecipazioni imponibili, la doppia tassazione è evitata, conteggiando nel valore, l’importo degli utili imputati, al netto dei dividendi distribuiti.

Le ritenute a titolo d’acconto sui redditi della partecipata, i relativi crediti di imposta e gli acconti versati si scomputano dalle imposte dovute dai singoli soci secondo la percentuale di partecipazione agli utili, (⁷⁸); e l’imputazione del reddito avviene nei periodi di imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell’esercizio della società partecipata.

Pertanto vi può esser una non perfetta coincidenza dei periodi di imposta tra società partecipata e società partecipanti.

La partecipata, non è debitrice di imposta per il proprio reddito, ma funge da garante del reddito dei soci, nei limiti di quello ad esse imputato: la partecipata ha una responsabilità solidale con ciascun socio, per l’imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti all’obbligo di imputazione del reddito.

Questa responsabilità ha natura di accertamento, ed emerge solo in caso di omessa, parziale o infedele dichiarazione del reddito.

⁷⁷ L’intera trattazione del presente paragrafo si rifà al testo di A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, op.cit., 987-988 e 1057-1058.

⁷⁸ Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, op. cit., 169

Tra l'altro, nel comma 8 dell'art. 115, non è disciplinato il modo in cui l'inadempimento del socio possa esser imputato alla partecipata nel caso in cui il socio stesso possenga anche altri redditi oltre a quello imputato per trasparenza. Tale responsabilità viene meno: a) in caso di omessa o parziale dichiarazione da parte del socio del reddito imputato per trasparenza dalla partecipata; b) in caso di omesso o carente versamento dell'imposta da parte del socio.

Pertanto, tale responsabilità solidale resta tale solo in riferimento alle ipotesi in cui la società trasparente determina in modo infedele il reddito da imputare per trasparenza o, comunque, lo attribuisce ai soci in modo errato; laddove, invece, il reddito sia correttamente imputato la responsabilità per eventuali omissioni dichiarative o di versamento dei soci resta esclusivamente in capo agli stessi.

Sulla questione della responsabilità, la dottrina ha osservato come, nel decreto attuativo del 2004, manchi una norma specifica volta a disciplinare il diritto di rivalsa della società verso i soci per imposte, sanzioni ed imposte da essa pagati; pertanto essa dovrebbe esser disciplinata dai principi generali del D.P.R. 600/1973, in base ai quali chi risulta obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi ultimi riferibili, deve esercitare la rivalsa se non è stabilito diversamente (⁷⁹).

Per gli aspetti più pratici, anche in questo caso, la partecipata dovrà presentare una dichiarazione dei redditi, sulla quale viene determinato l'imponibile da attribuire ai soci (la dichiarazione va fatta, anche se da essa non ne scaturisce alcun debito di imposta per la partecipata); ed i soci dovranno dichiarare la parte di reddito a loro imputata.

Alla rettifica della dichiarazione presentata dalla partecipata il fisco deve provvedere con atto unico, al fine di rideterminare il reddito della società ed ai fini della rideterminazione delle imposte dovute dai soci.

La rettifica del reddito fatta alla sola società "trasparente" si riflette, poi, sulle quote di maggior reddito da imputare ai soci. Ogni socio, deve esser destinatario, di un avviso di accertamento, sulla base di quanto accertato unitariamente nei confronti della partecipata.

⁷⁹ A. DODERO, *Imposta sul reddito delle società*, op.cit., 1075-1076.

Capitolo IV

I gruppi

4.1. Espansioni delle dimensioni aziendali ed aggregazioni

La storia economica più recente ha portato alla luce due tendenze nette che caratterizzano le imprese: la crescita delle dimensioni aziendali e la definizione di intese, collegamenti e rapporti di collaborazione tra imprese.

Dire quando una azienda sia piccola, media o grande appare sicuramente difficoltoso, in ragione dei molteplici parametri da considerare, che hanno più o meno tutti un peso diverso a seconda del settore considerato, del momento in cui l'indagine viene svolta, del contesto economico e sociale in cui si inserisce l'unità aziendale.

In dottrina, peraltro, non esiste una definizione univoca di dimensione aziendale, e di conseguenza risulta piuttosto relativa ogni distinzione delle combinazioni produttive in classi dimensionali. I parametri che dimostrano esser più appropriati per esprimere il giudizio sono il numero dei dipendenti, il tipo, la distribuzione territoriale e la capacità produttiva degli impianti, il volume d'affari realizzato, l'estensione del mercato su cui l'azienda opera, l'entità dei mezzi propri, la somma degli investimenti effettivamente effettuati e, soprattutto, il peso che l'azienda ha nel settore di appartenenza ed il ruolo che essa svolge nella realtà economica, politica e sociale in cui si muove.

Non tutti questi elementi vanno contemporaneamente considerati nel giungere ad una "misurazione" attendibile dell'azienda, ma è certo che la valutazione è tanto più attendibile e significativa, quanto maggiore è il numero degli indici che convergono su di essa.

L'azienda è sollecitata alla crescita da forze esogene, esterne alla combinazione produttiva, e le forze endogene, promananti dall'interno della stessa.

Le forze esogene sono le più evidenti e si riassumono negli impulsi alle maggiori dimensioni che l'azienda trae dall'ambiente economico, sociale e politico in trasformazione: ovvero dai mercati in crescente dilatazioni, dalle migliori comunicazioni e relazioni internazionali, dal diffondersi dei consumi di massa, dalla necessità di stare al passo con il progresso tecnico e scientifico, dai processi di sviluppo integrato tra i paesi.

Le seconde sono percettibili con minore immediatezza, ma comunque di importanza rilevante nello svilupparsi del fenomeno; sono stimoli alla propria crescita, che l'azienda matura al suo interno. Tra gli altri si segnalano; le quantità di risorse accumulate proprio come conseguenza all'avvio del processo di espansione medesimo, il progredire della meccanizzazione e della automazione dei procedimenti di fabbricazione, la tendenza all'aumento della capacità

produttiva aziendale, le maggiori possibilità di autofinanziamento, l'esigenza di nuovi e più ampi mercati sulla spinta di processi di diversificazione produttiva.

Ma se è vero che l'impresa riceve impulsi dalle forze interne ed esterne, è vero anche che incontra degli elementi di freno che ne possono rallentare o frenare la crescita.

Tra questi elementi, spicca la possibilità di incontrare difficoltà tecnico-organizzativo che l'impresa dovrà affrontare nel suo processo di sviluppo, ma anche l'aumento di rigidità della struttura, fattori limitanti di natura finanziaria o derivanti dal mercato.

La seconda tendenza della più recente storia economica è rappresentata dal fenomeno delle aggregazioni aziendali, differenti per la durata e per l'ampiezza dei vincoli di congiunzione, degli scopi a cui tendono, del tipo di legame che unisce tra loro le diverse aziende.

Ai giorni nostri si ha una notevole varietà di aggregati aziendali: alla base hanno per lo più una motivazione dimensionale, nel senso che alla base dei rapporti tra le aziende, vi è comunque la necessità di ricercare i vantaggi propri delle dimensioni maggiori.

Si possono individuare tre ordini di aggregazioni che si succedono in rapporto alla forza di coesione che lega tra loro le combinazioni produttive: le aggregazioni informali, formali con base contrattuale e le formali con base patrimoniale.

4.2. Concentrazioni ed aggregati aziendali

Ogni azienda è alla ricerca di migliori condizioni operative per promuovere fattori di sviluppo e contrastare forze negative. Per questo ha una tendenza naturale ad istituire delle relazioni economiche con le altre che operano nello stesso ambiente, in modo da ottenere combinazioni più ampie ed efficaci di quelle che da sola potrebbe attuare. Non si tratta solo di concentrazione di mezzi produttivi, ma di rapporti di integrazione, collaborazione e mutuo sostegno in forza di interessi comuni, che riguardano affari singoli, determinati gruppi di operazioni o l'intera gestione.

Prende, così, forma un insieme di attività economiche realizzate in una logica unitaria dalle diverse aziende, collegate da legami stabili, la cui intensità condiziona notevolmente la autonomia decisionale di ognuna, in particolare quando ci troviamo di fronte ad un legame "forte" che non riguarda solamente un semplice rapporto di scambio ovvero di acquisto e vendita. Questi molteplici rapporti associativi, che caratterizzano notevolmente il mondo imprenditoriale moderno, possono essere indicati con il termine generico di aggregati aziendali, e differiscono di molto sia riguardo all'ampiezza ed alla durata dei vincoli di congiunzione, che agli scopi che si prefiggono ed al tipo di legame unificatore. La loro creazione o il loro scioglimento, inoltre, possono essere determinati da diverse forze, quali:

- forze di tipo economico: possono rendere più conveniente l'aggregazione, nel caso si possano realizzare economie di scala, di scopo, di transazione, ovvero possono rendere più conveniente la disaggregazione, nel caso di distinzione dei rischi, ultracomplexità organizzativa;
- motivazioni di tipo personale degli organi decisionali: il loro orientamento al dominio, l'avversione alla pressione competitiva, possono portare all'aggregazione di attività economiche, mentre in direzione opposta opera il loro orientamento all'indipendenza o alla realizzazione di operazione speculative;
- attività di organi istituzionali: queste attività possono incidere notevolmente sull'effettiva realizzazione e sui costi di operazioni di aggregazione o disaggregazione. Ne sono esempi la struttura del mercato dei capitali nonché la normativa economica, il sistema dei trasporti e le reti di comunicazioni.

Le aggregazioni possono assumere configurazioni differenti, a seconda delle variabili considerate (distinzione giuridica, unitarietà del soggetto economico, grado di formalizzazione delle relazioni esistenti ed intensità dei vincoli stabiliti tra le diverse combinazioni economiche); possiamo così individuare quattro tipologie:

1. aggregati informali: i legami tra le aziende non sono resi espliciti da specifiche strutture amministrative o giuridiche di collegamento, ma si creano indirettamente in base a particolari rapporti che si instaurano tra le diverse combinazioni produttive;
2. aggregati formali: si caratterizzano per la mancanza di un soggetto economico unitario, per la distinzione giuridica delle pluralità di aziende e la formalizzazione dei legami;
3. gruppi economici: presentano un soggetto economico unitario, i legami tra le aziende sono formalizzati e vi è una distinzione giuridica tra le aziende;
4. aggregati infra-aziendali: presentano le medesime caratteristiche dei gruppi economici, ma vi differiscono per l'unitarietà dal punto di vista giuridico.

Gli aggregati informali, sono quelli in cui legami non sono resi espliciti da strutture convenzionali, amministrative o giuridiche, ma sorgono da rapporti che si instaurano tra le varie combinazioni produttive ⁽⁸⁰⁾.

Sono aggregati "non *equity*" a carattere informale, in cui i rapporti patrimoniali sono pari a zero o con peso molto attenuato, con una diversità del soggetto economico ed i rapporti sono molto spesso instabili poiché se viene a mancare il vincolo sul quale si fondano, la relazione cessa di esistere.

Quindi, l'unione tra le varie aziende deriva da negozi contrattuali non specifici, cioè che non hanno come oggetto la costituzione di un aggregato ma che si determinano, ad esempio, in seguito a decentramento produttivo di un'azienda di grandi dimensioni o riguardo ad un funzionamento di entità rilevante o anche tramite la stipula di un contratto, che però ha come oggetto uno scambio di natura finanziaria o produttiva, ma non anche il collegamento tra unità produttive. Molto

⁸⁰ Si veda B. PASSAMONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, Giuffrè, Milano, 1994, 16 e ss.

spesso si vengono a creare tra la grande azienda, che opera su vasti settori di mercato, e le numerose piccole unità produttrici di imprese o servizi, che vengono attratte dalla sua orbita e che sono spesso vincolate dai suoi indirizzi: se queste imprese minori hanno come unico mercato di sbocco la grande azienda, si vengono a creare vincoli di vera e propria subordinazione che trasformano le piccole aziende in dipendenze della maggiore, secondo un rapporto che è molto vicino a quello del gruppo pur non avendone i necessari presupposti giuridici.

Questi legami, di fatto, all'esterno garantiscono un'immagine di indipendenza economica delle diverse aziende, ma nella sostanza quest'indipendenza viene condizionata dalla unità maggiore, ed in taluni casi, anche cancellata.

Si possono avere collegamenti ed aggregazioni non formali anche sulla base di finanziamenti che in varia forma un'azienda, ad esempio un istituto di credito, conceda ad altre quando le somme raggiungano, in assoluto o in via relativa, entità considerevoli. In questo caso il legame che si viene a creare è di tipo finanziario, ma differisce dalle ipotesi di partecipazioni al capitale, che è comunque la forma più intensa di collegamento tra aziende.

E' ovvio che questa circostanza non si manifesta automaticamente ogni qualvolta sorga un rapporto puro e semplice di finanziamento tra due aziende: perché si abbia l'effetto desiderato occorre che su di esso si innestino anche altri fattori particolari. E' necessario che l'indebitamento abbia una notevole consistenza e sia concentrato verso un'unica o un ristrettissimo "pool" di aziende perché queste possano assumere una posizione di controllo, ciò in quanto se è vero che la combinazione produttiva fortemente indebitata presenta un alto grado di dipendenza da terzi è d'altra parte innegabile che questa dipendenza non può trasformarsi in reale subordinazione e quindi in collegamento se l'esposizione finanziaria è frazionata tra più soggetti.

Rientrano in questa categoria: i collegamenti su base produttiva, quali i distretti, le reti di subfornitura e le costellazioni, su base finanziaria, ed i collegamenti su base personale, quali i *gentlemen's agreement* ⁽⁸¹⁾ e le *City Community of interests*.

Le aggregazioni formali, si distinguono in due tipologie: quelle con base contrattuale (aggregazioni di tipo non *equity*) e quelle con base patrimoniale (aggregazioni di tipo *equity* parziale).

Quelle non *equity*, derivano da un negozio contrattuale specifico, che nasce con la volontà delle parti, le quali determinano una struttura convenzionale che serve a dare maggiore sicurezza al rapporto e a delineare in maniera più decisa il suo contenuto. La volontarietà insita in questi legami, implica l'esistenza di un vantaggio in capo ad ogni contraente, senza il quale nessuno sarebbe stato indotto a vincolarsi.

⁸¹ I *gentlemen's agreement* sono intese "sulla parola", quindi non scritte, che legano tra loro varie aziende disciplinandone parte dell'attività nel comune interesse. Le intese possono riguardare la fissazione dei prezzi, la distribuzione della produzione, la delimitazione delle zone di influenza ed altri aspetti del processo economico produttivo; la loro osservanza è lasciata al senso d'onore delle parti. Si veda, B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, Giuffrè, Milano, 1994, 20-22.

Il tipo e l'oggetto dei rapporti che si possono instaurare tra le aziende, le forme di collaborazione sul piano delle politiche di gestione o della concreta attività, nonché la durata degli accordi, presentano varietà notevoli.

Anche l'impegno non è standardizzato potendo spaziare dallo svolgimento in comune di alcune attività, sino allo svolgimento congiunto di tutta la gestione: ad ogni modo, anche quando il legame sia molto forte nessuna delle partecipanti viene privata della sua autonomia giuridica e/o economica.

Quando il legame è parziale, ed è la condizione quasi normale, per la materia non regolata la aziende sono pienamente autonome e libere quindi di operare anche eventualmente in concorrenza. D'altra parte, per l'attività comune, l'impegno non è definitivo poiché sono sempre possibili modifiche, revisioni, rinnovi ed anche risoluzioni del rapporto, dato il suo fondamento contrattuale.

Molto spesso queste aggregazioni hanno la caratteristica di esser costituite tra aziende operanti nello stesso settore, e quindi sovente si trovavano in concorrenza prima che intervenisse l'accordo, ma anche tra aziende che svolgono attività complementari ed integrabili sotto il profilo strettamente produttivo. Quando le aziende non hanno punti di contatto nei due sensi, è difficile che si stabiliscano collegamenti su base contrattuale, a meno che non sopravvengano circostanze straordinarie non ipotizzabili.

Altra caratteristica è che i legami che si vengono a creare tra le aziende hanno una base volontaria e vengono assunti dalle parti contraenti in funzione del loro immediato tornaconto: per ciascun contratto andranno specificate natura, estensione e profondità dei vincoli che ciascun aderente assume.

Da tutto ciò si può dedurre che l'azienda, nelle aggregazioni su base contrattuale, mantiene la propria individualità giuridica ed economica, anche nelle ipotesi di più ampia e profonda estensione dei legami.

Fanno parte di questa categoria: i contratti di affitto, i contratti di dominio, le associazioni in partecipazione, le associazioni temporanee, i cartelli ed i consorzi, il *franchising*.

Tra le motivazioni che portano alla stipulazione di questi rapporti citiamo: acquisti di materie prime di difficile reperimento, sviluppo in comune di attività di ricerca e sviluppo, attività di marketing congiunta, limitazione e disciplina della concorrenza.

Le aggregazioni di tipo *equity* parziali, si fondano su solidi legami di natura patrimoniale, con un soggetto economico prevalentemente unitario e con rapporti stabili e duraturi; rientrano in questa categoria le *joint ventures* e le partecipazioni minoritarie e gli scambi azionari.

In ultimo, le aggregazioni aziendali su base patrimoniale, possono arrivare ad investire quote di capitale considerevoli, quali quelle che comportano il dominio sull'azienda e la possibilità di determinare le scelte di fondo.

Le aziende così collegate per il tramite di partecipazioni al capitale, garantiscono la piena autonomia giuridica delle parti contraenti, pur dando vita ad un tipo di aggregazione in cui la coesione tra le diverse unità componenti è massima.

Il collegamento riguarda l'intera attività aziendale ed ha normalmente carattere permanente, con la conseguenza che si ha uno schema associativo di contenuto più profondo rispetto a quello proprio delle aggregazioni a base contrattuale.

Per le loro caratteristiche, le aggregazioni su base patrimoniale si presentano come complessi economici a controllo unitario con una struttura tanto più compatta, quanto più le singole aziende hanno gestioni tra loro affini o complementari con possibilità, quindi, di scambi diretti di prestazioni e reciproci sostegni sul piano tecnico-operativo. Pur raggiungendo punte massime di coesione non viene meno l'individualità delle singole combinazioni produttive, salvaguardata dal persistere della personalità giuridica di ciascuna di esse: si parlerà, così, di complesso economico nel senso di insieme, di aggregazioni di aziende unite tra di loro ⁽⁸²⁾.

Fanno parte di questa tipologia: i trust, i *konzern*, i *keiretsu*, le imprese integrate per fusione ed i gruppi aziendali ⁽⁸³⁾.

I gruppi, infatti, realizzano la massima coesione tra le imprese, poiché la congiunzione tra le imprese deriva da partecipazioni al capitale (*Equity Agreement*). Hanno un contenuto più intenso e profondo rispetto alle tipologie prima descritte: il legame riguarda l'intera attività aziendale ed ha normalmente carattere permanente ⁽⁸⁴⁾. La continuità deriva dalle caratteristiche delle partecipazioni che devono essere di controllo o di comando: queste partecipazioni, non sono costituite necessariamente dalla totalità delle azioni o quote della maggioranza assoluta, ma possono corrispondere anche alla sola maggioranza di fatto.

Il raccordo tramite partecipazioni di controllo può avvenire per aziende con gestioni affini, operanti in uno stesso settore, ed in questo caso l'aggregazione si presenta più compatta, oppure il vicolo patrimoniale può riguardare le aziende di settori completamente diversi, in cui non vi sono legami operativi tra le combinazioni produttive. In ogni caso, ognuna mantiene la propria autonomia giuridica, mentre da un punto di vista economico le diverse aziende si presentano come un unico complesso, ovvero sono rette da un unico soggetto economico.

4.2.1. Alcune osservazioni sul *venture capital*

Nell'ambito delle diverse forme di aggregazioni aziendali, e più specificatamente, con riferimento ad accordi posti in essere in un'ottica di reale e reciproca convenienza senza perdita di autonomia da parte delle aziende collaboratrici, trova un posto il modello del "*venture capital*" come un tentativo di collaborazione banca-impresa.

⁸² B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, op.cit., 59.

⁸³ Si veda A. ZATTONI, *Economia dei gruppi aziendali*, Egea, Milano, 2000, 18.

⁸⁴ Si veda D. MANCINI, *L'aziende della "rete" di imprese- La prospettiva del controllo relazione*, Giuffrè, Milano, 1999.

Specie per le piccole e medie imprese, le aree sulle quali si avverte maggiormente l'esigenza di una collaborazione viene dalla necessità, da tutte avvertita, di seguire la via dell'innovazione. Ma proprio il carattere specialistico delle conoscenze richieste, l'esigenza di accelerare i tempi e la congenita limitatezza dei mezzi disponibili per questi investimenti genera un fabbisogno di collaborazione che trova una risposta nell'acquisizione temporanea di partecipazioni di minoranza in piccole e medie imprese, da parte di banche e di società finanziarie.

Le piccole-medie imprese hanno una scarsa capitalizzazione: questo aspetto è stato oggetto di numerose riflessioni da parte degli esperti della materia, che nelle loro conclusioni hanno più volte ribadito come questo rappresenti un fattore di rallentamento dei processi di sviluppo e di crescita dell'impresa, e come riflesso diretto, dell'intero sistema industriale (specie quello italiano, in quanto caratterizzato proprio dalla presenza di piccole-medie imprese).

In questo ambito, si inseriscono, così, delle forme di agevolazione concesse a queste imprese dagli istituti di credito e dalle società finanziarie: il modello di *venture capital*, sembra quindi esser un sostegno offerto alle piccole-medie imprese, in un periodo di sviluppo e crescita.

L'operazione è stata introdotta nel nostro Paese, con il D.M. Tesoro n. 636 del 7 novembre 1996, seppur in grave ritardo rispetto all'evoluzione graduale del sistema economico mondiale.

Si concretizza, per la banca, in un finanziamento a medio- lungo termine ad interessi zero, in cui gioca il ruolo di finanziatore parziale, assumendosi il rischio generale di impresa, pur con le necessarie e dovute coperture e garanzie.

L'operazione si configura appetibile per le banche in quanto riveste gli stessi caratteri di rischiosità presentata da altre operazioni di finanziamento a medio-lungo termine.

Per le imprese il beneficio è rappresentato dalla possibilità di disporre di risorse finanziarie "fresche", apportate da un socio di minoranza, che non ha possibilità di aumentare la percentuale di partecipazione e che pertanto non rappresenta una minaccia di perdita del controllo dell'impresa da parte dei proprietari. Il nuovo partner inserito a pieno titolo negli organi di governo della società, viene a conoscenza in modo diretto, trasparente e tempestivo dell'involvere della gestione. Ciò dovrebbe agevolare le ordinarie relazioni reciproche assicurando all'impresa una sorta di corsia preferenziale nel soddisfacimento delle proprie esigenze di carattere finanziario ⁽⁸⁵⁾.

Il modello, non è comunque da considerarsi mera operazione di finanziamento e presenta delle oggettive difficoltà ad esser incasellato negli schemi classificatori prima illustrati.

⁸⁵ Così, P. ANDREI, S. AZZALI, A. BISASCHI, A.M. FELLEGARA, *Le aggregazioni di impresa*, Giuffrè, Milano, 1999, 39-40.

4.3. Origini storiche del gruppo

Il gruppo si può vedere come espressione caratteristica delle grandi dimensioni aziendali, in quanto è con questa tipologia che si manifestano le maggiori concentrazioni produttive.

Il gruppo è un fenomeno di rilievo nell' economia dei giorni nostri: le sue prime apparizioni possono farsi risalire alla seconda metà dell' 800, dopo che negli Stati Uniti furono vietati alle aziende i collegamenti di *trust* ⁽⁸⁶⁾, considerati espressioni monopolistiche e quindi fonti di pregiudizievole effetti per il mercato e le condizioni di concorrenza, ma dopo le prime contrastate manifestazioni, il fenomeno ha assunto con il passare del tempo sempre maggiore risalto, indubbiamente sostenuto dalle combinazioni produttive e dal generale ampliamento dei mercati. Ha preso risalto non soltanto negli Stati Uniti, ma anche in molti altri paesi, specie industrializzati, dove si è affermato come una delle espressioni più significative dello sviluppo economico.

Nella realtà contemporanea, dove si espandono i consumi, si intensificano i rapporti internazionali e si ampliano le dimensioni dei mercati, dove il progresso scientifico si fa sempre più rapido, le aziende trovano sollecitazioni ripetute all'espansione dimensionale e di fatto notiamo ovunque, e specie nei paesi altamente industrializzati, una chiara tendenza verso combinazioni produttive più ampie.

Il gruppo, per la maggiore elasticità degli investimenti ⁽⁸⁷⁾ e la differenziazione degli esercizi secondo i luoghi e le produzioni, la migliore attitudine ad adeguarsi alle modificazioni del mercato e dell'ambiente, i più rapidi tempi di espansione, la possibilità implicita di superare certi limiti organizzativi ed altri caratteri ancora, rappresenta un determinato tipo di soluzione economica al problema dell'espansione aziendale la quale si pone come alternativa, sovente preferibile, a quella dell'azienda unitaria ⁽⁸⁸⁾.

E' altresì vero che le dimensioni raggiungibili dal gruppo, sono precluse alla singola impresa. Il gruppo è un' entità economica superiore rispetto alla singola azienda ed in un' epoca di profonde trasformazioni, di espansione dei mercati, di traffici internazionali sempre più intensi, di rapporti economici tra Stati, ha una forza ed un potere autonomi, che vanno al di là delle singole unità che lo compongono, e che lo rendono un assoluto protagonista di tutte le economie più evolute e rappresentative del mondo in cui viviamo.

Il fenomeno del gruppo, è stato oggetto di numerosi studi economici: la dottrina aziendale si è più volte pronunciata al fine di fornirne una definizione, focalizzandosi ora su taluni aspetti, ora su altri.

⁸⁶ I *trust* vennero messi fuori legge dallo "Sherman Act" del 1890.

⁸⁷ Lo Zappa sostiene che "la forma di concentrazione più elastica, malgrado il suo alto potere di coesione, è oggi forse il "gruppo"', G. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1956.

⁸⁸ In tal senso, B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, op.cit., 88.

Secondo alcuni autori, infatti, il gruppo si identifica come una aggregazione di imprese, le cui caratteristiche principali sono:

1. esistenza di più imprese, ciascuna con la propria autonomia giuridica;
2. struttura societaria azionaria (più raramente sarà un a s.r.l.);
3. legame finanziario stabilito per attuare l'aggregazione e rappresentato dal possesso, da parte di una società del gruppo, della maggioranza o, comunque, di una congrua parte del capitale delle altre società, in guisa che tale società possa praticamente attuare il controllo e la direzione di tutte le imprese del gruppo ⁽⁸⁹⁾.

L'altro elemento tipizzante il gruppo è l'unicità del soggetto economico di riferimento; in altri termini "il gruppo è un complesso di imprese che, pur dotate ciascuna di un proprio soggetto giuridico, hanno in comune il soggetto economico; in altri termini, si ha un gruppo quando una persona o un gruppo di persone hanno il potere di determinare l'indirizzo di gestione di più imprese che si presentano autonome" ⁽⁹⁰⁾.

Ma secondo altro orientamento, il gruppo si ravvisa nell'esistenza di relazioni formali ed informali tra aziende, definizione che si pone ad un livello intermedio tra le alleanze a breve termine tra singole aziende ed un insieme di aziende che possa esser considerato una sola ⁽⁹¹⁾.

Da questo insieme di relazioni, ne discende una visione del gruppo come un insieme di aziende giuridicamente distinte sottoposte al controllo o all'influenza determinante della medesima persona fisica o giuridica per effetto, almeno in parte, di quote di capitale di rischio.

Seguendo invece altro filone interpretativo, il gruppo viene definito come un'unica realtà economica, gestita unitariamente, costituita dalla combinazione di due o più imprese autonome sotto il profilo giuridico ⁽⁹²⁾.

Da quest'ultima definizione, nasce l'esigenza di individuare i criteri in base ai quali distinguere il gruppo da altre modalità di aggregazioni aziendali.

Secondo gli aziendalisti, la distinzione origina dalla tipologia di legami esistenti tra le imprese che fanno parte dell'aggregazione aziendale; per cui si è in presenza di un gruppo ogni qualvolta una pluralità di società è condotta ad unità dalla guida volontaria e vincolante, che una di essa esercita sulle altre.

Si parla di vincoli che si traducono sotto un profilo giuridico, nel possesso da parte di una società, detta *holding*, del controllo di altre società, dette *subsidiaries*, mediante partecipazione al capitale di queste ultime, totalitarie, di maggioranza assoluta o relativa, o in virtù di vincoli contrattuali; sotto il profilo aziendalistico, nell'esercizio da parte della holding di un'attività di direzione e coordinamento,

⁸⁹ In questi termini, P.E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Cacucci, Bari, 1980.

⁹⁰ Si veda P. SARACENO, *La produzione industriale*, Libreria universitaria Editrice, Venezia, 1978.

⁹¹ Sul punto si veda, M. GRANOVETTER, *Business groups*, in SMELSER e altri, *The handbook of economic sociology*, New York, 1994.

⁹² In tal senso, A. RITTATORE VONWILLER, *I gruppi societari*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, 6.

esercitata nei confronti delle controllate, consistente nella definizione delle strategie aziendali e nella loro implementazione ⁽⁹³⁾.

Vi è però un aspetto comune a tutte le definizioni fin qui date, ovvero che in questo aggregato si hanno i più intensi legami tra le aziende.

4.4. Elementi caratterizzanti il gruppo

Gli elementi tipizzanti il gruppo sono:

1. la comunanza del soggetto economico: nonostante si riconosca l'unicità del soggetto economico come uno dei fattori caratterizzanti il gruppo aziendale, non tutti gli autori sono concordi nel significato da attribuire a tale termine.

Secondo alcuni, esso sarebbe costituito da una persona o da un insieme di persone che con le proprie decisioni, hanno il supremo potere di determinare gli indirizzi di fondo di tutte le unità, soggiacendo solo ai vincoli giuridici e di ordine morale. Il soggetto economico sul piano formale tenderebbe a coincidere con un organo dell'amministrazione in cui si concentra il potere volitivo, di solito identificabile con chi conferisce il capitale di rischio e ne possiede la maggioranza. Non è detto che questi soggetti assumano la diretta amministrazione dell'azienda, poiché possono far eleggere proprie persone di fiducia, delegando loro ampi poteri derivanti dalla propria posizione e limitarsi a verificarne l'esecuzione, con atti di convalida o revoca delle decisioni prese.

Il soggetto economico, svolge una funzione imprenditoriale, che si distingue in due momenti logici, formati rispettivamente da un'attività creativa e da un'attività professionale. L'attività creativa è prevalentemente concettuale, di definizione dei fini istituzionali e del progetto strategico di impianto e di funzionamento dell'azienda; l'attività professionale è attuativa, di realizzazione delle strategie, volta ad implementare nella struttura i principi organizzativi e le politiche aziendali. Proprio per la sua complessità questa funzione richiede abilità, preparazione culturale ed esperienze tecnico- amministrative, ma non sempre i requisiti indicati sono posseduti dagli stessi soggetti che apportano il capitale di rischio.

Si può notare una relazione tra forme di impresa e soggetto economico, nel senso che all'aumentare della complessità societaria, la funzione imprenditoriale passa dagli apportatori del capitale di rischio ai manager. Secondo altra concezione, il soggetto economico viene individuato con i "portatori di interessi economici interni", ossia le persone fisiche le cui economie dipendono strettamente da quella azienda e nel cui interesse l'istituto viene creato e governato. Quindi questi soggetti sono in prima

⁹³ F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia*, Cedam, Padova, 2003.

approssimazione tutti i conferenti al capitale di rischio e tutti i prestatori di lavoro dell'impresa o gruppo aziendale⁹⁴).

Indipendentemente da quale significato si voglia attribuire al termine, resta il fatto che in presenza di un gruppo, non si ha una semplice limitazione delle scelte e delle convenienze delle aziende aggregate, né una mera concordanza di interessi in base all'esame di un proprio vantaggio. Il comune soggetto economico determina un particolare modo di essere della aziende che ne fanno parte, perché influenza in modo determinante la loro politica. Prende le decisioni che ritiene più opportune per l'andamento del gruppo agendo secondo criteri economici globali e costringe alcune unità a sacrifici che sono però ricompensati dall'appartenenza al gruppo.

Il soggetto economico attende risultati di insieme che siano in sintonia con i propri fini supremi; governa le realtà appartenenti al gruppo con quella autonomia decisionale che il controllo gli rende possibile. Questo si traduce in una dipendenza dei soggetti preposti effettivamente all'indirizzo di tali realtà aziendali.

La dipendenza, però, non è assoluta ma relativa per due ordini di ragioni: la prima è che l'intromissione del soggetto di gruppo nella gestione delle consociate ha luogo secondo differenziati livelli di partecipazione, legati sia all'effettivo interesse, sia al grado di correlazione tra le unità e pertanto la discrezionalità è tutt'altro che limitata, la seconda è che gli spazi di discrezionalità non esimono i preposti alle imprese di gruppo da un'interiorizzazione propria ed originale della missione assegnata, che si riflette in un'azione non neutrale volta al raggiungimento dei risultati specifici di ciascuna attività.

Tale dipendenza relativa, non si traduce in una sottrazione di responsabilità per coloro che guidano le controllate, ma in una modificazione dell'oggetto di tale responsabilità, spesso con un incremento considerevole della complessità organizzativa e gestionale connessa alla capacità del management di interiorizzare la missione di fondo, posto che essa si forma in ambienti organizzativi esterni (quelli della *holding*) alla realtà in cui il management locale opera ed alla necessità di render compatibili le scelte e le decisioni prese in sede di attuazione delle linee guida imposte del soggetto economico con quelle degli altri interlocutori localizzati nelle società del gruppo, in specie gli azionisti di minoranza.

Anche la soggettività giuridica frazionata, rafforza il principio di una responsabilità localizzata nelle diverse società componenti il gruppo sia in caso di deterioramento dell'economicità della gestione o di squilibri finanziari ad esse riferibili, sia nel continuo presidio e garanzia negli organi preposti, in ciascuna imprese, alla tutela di tale soggettività.

D'altra parte, la stessa unitarietà del soggetto economico di gruppo è mediata dall'assetto tipico di ciascun sistema, per effetto del quale i soggetti che

⁹⁴ Si veda A. ZATTONI, *op.cit.*, 23.

compongono gli organi istituzionali e direzionali preposti alle controllate, interiorizzarono con discrezionalità propria le direttive attraverso le quali la capogruppo imprime al gruppo stesso una direzione unitaria; non possono esonerarsi dalla responsabilità personale delle azioni compiute ed hanno piena e solidale responsabilità in ordine alla predisposizione dei risultati di gestione.

2. la pluralità dei soggetti giuridici: la presenza di più persone giuridiche, riconosciute dall'ordinamento giuridico, suscettibili di assumere diritti, obbligazioni, di rispondere nei confronti di terzi e delle pubbliche istituzioni per l'attività svolta, è imprescindibile per la configurazione del gruppo.

E' essenziale poter individuare ogni soggetto, indipendentemente dai rapporti economici e finanziari intercorrenti tra gli stessi.

Il concetto della pluralità dei soggetti giuridici può essere meglio precisato dicendo anzitutto che questi, sono tanti quante sono le aziende che compongono l'aggregazione. Ogni combinazione aziendale, è pertanto dotata di una propria personalità giuridica. Ciò è implicito nella logica associativa del gruppo e nel tipo di struttura di insieme che ne deriva.

Le aziende che possono costituire il gruppo, richiamano implicitamente l'organizzazione societaria su base capitalistica ed in concreto la forma più tipica è quella della società per azioni o più raramente della società a responsabilità limitata⁽⁹⁵⁾; secondo altra parte della dottrina, invece, non si esclude che possano farvi parte anche società di persone o al limite ditte individuali⁽⁹⁶⁾.

In passato, peraltro, una parte della dottrina includeva nell'ambito dei gruppi le grandi aziende divise le quali realizzano la loro attività produttiva in più stabilimenti, corredati di adeguati livelli di autonomia, spesso numerosi e localizzati in aree geografiche anche molto distanti tra loro. In questo caso, non si può parlare di gruppo, mancando la pluralità dei soggetti giuridici; l'azienda è unica, anche se territorialmente divisa, controllata da un soggetto economico che agisce sotto una sola personalità giuridica. L'accostamento tra gruppo ed azienda divisa può trovare giustificazione, solo indagando i comportamenti strategici ed i problemi organizzativi delle grandi imprese che si manifestano, entro certi limiti, in maniera uniforme a prescindere dagli assetti strutturali della produzione di vaste dimensioni.

L'autonomia giuridica non è un mero aspetto formale, in quanto influisce sulle modalità di manifestazione di fenomeni di natura economica.

Essa condiziona l'agire dell'impresa nei rapporti con l'esterno e con i terzi, impone certi comportamenti, consente o limita alcune operazioni, vincola la stessa struttura organizzativa. Le aziende del gruppo, sono sottoposte al controllo dello stesso soggetto economico che tende a considerare gli aspetti unitari dell'insieme delle imprese, condizionando la singola gestione agli

⁹⁵ Cfr. P.E. CASSANDRO, *Trattato di Ragioneria*, Cacucci Bari e B. PASSAPONTI, op. cit..

⁹⁶ L. AZZINI, *Istituzioni di economia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1982.

interessi globali. L'integrazione, incontra però dei limiti, propri dell'autonomia giuridica delle singole imprese, in quanto vi è la determinazione separata del patrimonio, del risultato economico, delle responsabilità dei dirigenti, della salvaguardia delle minoranze azionarie e dei terzi, del rispetto dei principi economico-aziendali, delle norme proprie dell'ordinamento giuridico.

Ogni azienda, pur inserita in un ordinamento aziendale complesso, come il gruppo, è suscettibile di autonoma valutazione, di un proprio avviamento, di una capacità di credito e di una specifica forza sul mercato;

3. Il fatto finanziario rappresentato dalla partecipazione al capitale sociale è lo strumento attraverso cui si realizzano i gruppi azionari e la società azionaria si è dimostrata mezzo efficace di collegamento tra imprese: lo strumento azionario è il mezzo più pratico per tenere unite le imprese ed è anche il mezzo più elastico, data la sua facilità di cessione.

Il gruppo aziendale, si realizza mediante legami patrimoniali che vincolano una pluralità di imprese ad un medesimo soggetto economico che ne controlla la totalità, la maggioranza o una quota sufficiente del capitale delle imprese raggruppate. Se è il dominio sul patrimonio a costituire la prerogativa di questa specie di aggregazione, allora non può che riguardare le società di capitali, ed in particolare quelle azionarie, nelle quali il patrimonio assume piena autonomia, vestito della personalità giuridica.

Ed è proprio il collegamento tra le aziende mediante partecipazioni di controllo, l'elemento che caratterizza questo tipo di aggregazione e lo differenzia dagli altri.

Le quote di capitali sociali occorrenti per ottenere il controllo delle aziende ed inserirle nell'area del gruppo sono variabili da caso a caso e dipendono da numerosi fattori; non si possono, pertanto, stabilire criteri generali per la loro esatta determinazione. In linea di principio si può dire soltanto che le quote devono essere sufficienti per poter legalmente determinare la manifestazioni di volontà nelle assemblee sociali da cui discendono gli interessi politici di fondo, gli obiettivi strategici e la composizione dei superiori organi dell'azienda. E come già si è avuto modo di osservare, non è richiesto obbligatoriamente il possesso della maggioranza assoluta delle azioni, ma anzi, per il fenomeno della dispersione del capitale, l'assenteismo dei piccoli azionisti, l'esistenza di titoli con voto limitato, subordinato ovvero assente, gli intrecci di partecipazioni, il "gioco" delle deleghe ed altre circostanze, è con quote anche modeste che si può riuscire ad avere il controllo stabile della combinazione produttiva. Questo aspetto è tanto più rilevante e diffuso, quanto più ampie sono le dimensioni aziendali e la base azionaria su cui si fonda il capitale sociale.

Ne deriva che le partecipazioni di controllo colleganti le diverse aziende del gruppo si possono avere anche con impiego relativamente limitato di mezzi finanziari. Quest' impiego può ulteriormente ridursi, qualora si realizzino ipotesi di collegamenti indiretti per cui un'azienda "A", capogruppo, può controllare un numero imprecisato di altre aziende "C", "D",....., "N", senza alcuna diretta

partecipazione in esse, ma solo assumendo il dominio di un'azienda "B" che a sua volta ne abbia il controllo (⁹⁷).

Il legame tra le aziende basato sulle partecipazioni di controllo può essere anche formalmente molto ristretto, ma non per questo esso non è capace di conferire stabilità, coesione ed elasticità strutturale al gruppo.

L'elasticità è caratteristica intrinseca delle azioni e delle quote del capitale, in quanto rappresentano dei valori mobiliari, e pertanto facilmente e prontamente liquidabili. Ecco perché il gruppo ha in sé una flessibilità più forte di altri schemi di sviluppi dimensionali, quali la fusione, che invece presenta una maggiore rigidità.

Sarebbe però errato, ritenere che l'elevata elasticità vada a danneggiare la stabilità e la coesione del gruppo: la prima, infatti, attiene alle strutture ed al loro possibile adeguamento al mutare delle condizioni economiche che sovrintendono alla vita del gruppo, le seconde si riferiscono, invece, al modo di essere delle diverse aziende ed al loro collegamento nell'ambito dell'aggregazione considerata.

La stabilità deriva dal fatto che i legami tra le aziende non hanno istituzionalmente limiti temporali, come invece avviene per le aggregazioni a base contrattuale, ma rimangono in vita fintantoché il comune soggetto economico ritiene che vi siano motivi di convenienza economica per la continuità del gruppo stesso. La stabilità è direttamente connessa alla persistenza dei nessi e la convenienza economica che li sostiene.

In ultimo, la coesione ha la sua massima espressione proprio nel gruppo e poggia sulla logica strutturale su cui si fonda il gruppo stesso ed i cui presupposti sono le partecipazioni di controllo ed il comune soggetto economico.

Infatti, il collegamento economico riguarda l'intera gestione, non solo parte di essa o singole operazioni: il controllo esercitato dal soggetto economico ha come fondamento l'unità del gruppo come complesso economico, che è effettiva sia sul piano strutturale che su quello funzionale, indipendentemente dalle connessioni tecniche e di mercato che in concreto congiungono le diverse aziende.

Ovviamente i legami tra le aziende saranno tanto più stabili, tanto maggiore è la complementarietà e l'affinità della gestione delle stesse, anche sotto un profilo tecnico-commerciale, con vicendevoli scambi di beni o di altre prestazioni ed eventualmente con l'organizzazione di altri servizi comuni. La diversità dei settori produttivi di appartenenza delle diverse aziende, non è però limite all'affermarsi di vincoli economici, in quanto il soggetto economico comune, esercita un generale potere di condizionamento, informando l'attività di ogni società all'unitario centro di interessi, di cui egli è portatore.

4. L'unitarietà del gruppo come soggetto economico, è confermata dall'esistenza di un capitale, di un risultato economico e di un bilancio di gruppo.

⁹⁷ In tal senso, B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, op.cit., 106.

Le singole unità che lo compongono, hanno un loro capitale, ovvero sono dotate di un proprio complesso di elementi patrimoniali, materiali ed immateriali, a disposizione in un dato momento e su cui operano i rispettivi organismi personali per lo svolgimento delle attività volte alla produzione della ricchezza. Poi, una volta assorbite nell'area aggregativa, con il loro capitale vanno a costituire il capitale di gruppo: questa nuova configurazione trova dunque il proprio contenuto negli elementi patrimoniali delle diverse combinazioni produttive, ma non costituisce un semplice aggregato di tutti questi elementi tra di loro sommati, in quanto è il risultato di un processo di sistematica composizione che porta a definire un'entità unitaria e come tale distinguibile dalle singole parti che la compongono. Inoltre ai singoli stati patrimoniali occorre apportare rettifiche e compensazioni per delineare l'entità complessiva dei mezzi investiti senza tener conto degli effetti delle operazioni interne. Solo con le suddette rettifiche di consolidamento si può pervenire alla rappresentazione del capitale di gruppo come specificato.

Il significato che può esser ad esso attribuito dipende dal grado di affinità e complementarità tecnica delle imprese del gruppo.

Da quanto detto, si deduce che il capitale di gruppo non deve esser identificato con quello della capogruppo, la quale è soltanto una delle componenti dell'aggregazione, peraltro fondamentale.

Anche il reddito di gruppo deve intendersi nella maniera corretta, come il risultato economico di quelle operazioni svolte dal gruppo, unitariamente considerato, con l'ambiente esterno.

Se si prescinde dall'autonomia giuridica che separa ciascuna azienda dalle altre, il gruppo appare nella sua espressione di complesso unitario, il cui reddito dipende dalle operazioni di scambio concluse con l'ambiente esterno.

Il reddito di gruppo deve esser determinato eliminando gli effetti reddituali delle operazioni, che si possono definire di gestione interna. Il procedimento di consolidamento che conduce alla determinazione del risultato di gruppo, presuppone, tra l'altro, che le operazioni interne siano state da tutte le imprese coinvolte correttamente rilevate e secondo criteri uniformi. Tale procedura si sviluppa mediante l'aggregazione dei componenti di reddito delle singole imprese, rettificati per eliminare i costi ed i ricavi iscritti in seguito alle operazioni interne; inoltre, occorre eliminare dal conto economico della capogruppo il valore dei dividendi delle partecipate di spettanza in contropartita alla rilevazione dei costi e dei ricavi da cui scaturisce l'utile.

Il significato di tale determinazione, tra l'altro, non ha ugual valore in tutti i gruppi. Così come il concetto di capitale di gruppo trova una corretta applicazione nell'ambito dei gruppi economici, il concetto di reddito di gruppo si avvicina a quello di reddito della singola impresa nei gruppi che realizzano un processo produttivo tecnicamente ed economicamente unitario, nei quali costi e ricavi sono tra di loro correlabili. Nei gruppi finanziari, invece, la mancanza di consistenti legami produttivi impedisce la riconduzione del risultato economico ad un'unità economica di secondo grado; inoltre, a tale

difficoltà, si associa l'eterogeneità dei criteri di valutazione dei componenti di reddito che discende dalla diversa natura delle attività economiche esercitate dalle imprese partecipate (⁹⁸)

Capitale e risultato sintetici sono configurazioni di secondo grado, cioè di derivazione da altre, e questo è in linea con la natura essenziale del gruppo che va considerato un istituto economico di grado superiore fondato sulle aziende le quali costituiscono il fenomeno primario (⁹⁹).

Ed infine, il gruppo avrà un proprio bilancio, la cui costituzione sarà fondata su basi diverse a seconda del regime fiscale che ciascun gruppo decide di adottare, e che può variare a seconda si adotti il consolidato nazionale, il consolidato mondiale ovvero si scelga di optare per il regime di trasparenza. Altre distinzioni, possono emergere per i gruppi obbligati a redigere i bilanci secondo i principi contabili internazionali, IAS o IFRS.

Pertanto, i caratteri distintivi del gruppo possono essere così riassunti:

- unicità del soggetto economico;
- pluralità di società, ciascuna con la propria autonomia giuridica;
- legame finanziario che attua l'aggregazione attraverso il possesso da parte dello stesso soggetto economico delle quote di partecipazione azionaria;
- presenza di una *holding* e di *subsidiaries*;
- esistenza di un'attività di direzione e coordinamento;
- esistenza di contratti infragruppo;
- capitale, risultato economico e bilancio di gruppo.

Altro carattere distintivo del gruppo, è rappresentato dalle operazioni poste in essere al fine di realizzarlo, e tra queste citiamo:

- acquisto da parte di società già esistenti di partecipazioni di controllo in una o più società;
- conferimento in una società, di solito di nuova costituzione, di pacchetti di controllo di altre società;
- conferimento, da parte di una società già esistente, in una o più società operative, di nuova costituzione, di rami aziendali della prima società, in cambio delle partecipazioni costituenti il capitale sociale delle società conferitarie;
- costituzione di società da parte di altri soci, persone giuridiche.

⁹⁸ F. GIACCARI, *Dimensioni e controllo delle imprese*, op.cit., 80.

⁹⁹ Così, B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, op.cit., 119.

4.5. La morfologia dei gruppi aziendali

La genesi dei gruppi può avvenire in seguito a due diversi fenomeni:

- a) processi di integrazione, aggregazione, incorporazione tra diverse imprese giuridicamente o gestionalmente autonome; ossia sviluppo di imprese preesistenti attuato sia mediante la costituzione del controllo di imprese autonome che conservano la propria indipendenza formale, sia mediante la costituzione di nuove entità operative;
- b) processi di scissione, disintegrazione, scorporo, enucleazione che si originano quando l'impresa si trova a svolgere un complesso di attività che non consentono una direzione strategica ed operativa a bassi costi interni. In questi casi il ricorso alla struttura del gruppo è preceduto da un marcato decentramento gestionale di parte o tutte le attività per poi dare origine a nuove entità giuridicamente autonome ed indipendenti la cui gestione rimane condizionata dalla logica di gruppo di appartenenza pur rimanendo decentrata.

Comunque il processo di formazione dei gruppi ha sempre una sua originalità ed una sua complessità. La struttura organizzativa non si forma quasi mai insieme alla nascita del gruppo, ma prende corpo in tempi successivi attraverso parziali modifiche delle singole strutture e mediante la graduale formazione degli organi di gruppo.

L'assetto organizzativo deve ispirarsi essenzialmente a due principi:

- 1) adozione di criteri organizzativi il più possibili omogenei all'organizzazione delle singole imprese;
- 2) corretta determinazione delle funzioni di gruppo.

Nei riguardi dell'organizzazione funzionale del gruppo, il problema che più frequentemente si pone è quello dell'accentramento oppure del decentramento. Il primo consente l'unità ed il coordinamento della gestione, ma, d'altra parte, può dar luogo ad un'eccessiva burocratizzazione; il secondo, invece, assicura all'attività delle singole affiliate ed ai loro organi una maggiore responsabilità e la possibilità di aderire con una maggiore prontezza ed efficacia alle mutevoli condizioni interne ed esterne; ma, d'altro canto, può pregiudicare l'unitarietà della gestione.

In generale, dovrebbero esser accentrate le funzioni di guida, coordinamento e controllo nella gestione del complesso aziendale, funzioni attinenti all'attività finanziaria ed altre ancora. Vi sono, però, delle funzioni che per la loro stessa natura non possono che esser svolte direttamente dalle singole imprese del gruppo e sono quelle in cui il processo produttivo trova esecuzione materiale.

Il gruppo di imprese può articolarsi in vari modi assumendo differenti strutture: struttura semplice, complessa e a catena.

Nei gruppi a struttura semplice le partecipazioni della capogruppo sono dirette nelle singole società controllate che fanno parte del gruppo; in questi casi, si osserverà un'espansione orizzontale.

Nei gruppi a struttura complessa (che sono i più frequenti, in quanto consentono , rispetto ai primi, un minor investimento finanziario complessivo) il controllo viene esercitato anche attraverso partecipazioni indirette, mediante le seguenti vie:

- a mezzo di una catena di partecipazioni;
- a mezzo di livelli successivi di controllo.

Quest'ultimo è uno schema più complesso di controllo indiretto in cui anziché una sola società intermedia ve ne sono di più, cosicché il controllo indiretto della capogruppo sarebbe non di 1° grado, ma di 2°, 3°, n° grado se 2,3, ..., n sono le società intermedie. L'espansione di una holding attraverso sub-holding di vario grado crea una specie di piramide, chiamata *pyramiding* dagli americani, ed evidenzia un'espansione verticale. L'espansione può esser all'avanti o all'indietro a seconda che una società acquisti partecipazioni di controllo in altre o venda la maggioranza delle proprie azioni ad un'altra società della quale diventa così affiliata.

I gruppi con struttura a catena sono caratterizzati dalla presenza di partecipazioni reciproche che, nella nostra legislazione, prima erano vietate, mentre ora sono concesse con determinate limitazioni.

Una complicazione dello schema di società a catena si ha quando sussiste un rapporto di controllo indiretto in cui la società di ultimo grado possiede una partecipazione nella capogruppo, con la conseguenza che vi è una combinazione di controllo diretto e controllo reciproco.

Queste strutture di gruppo sono chiamate circolari perché si viene a creare una sorta di circolo delle partecipazioni.

Le tre strutture indicate, nella realtà, molto spesso, possono combinarsi tra loro.

Merita, una piccola riflessione, la questione relativa alla possibilità per al quale una società di capitali possa detenere delle partecipazioni in società di persone.

Per lungo tempo, infatti, la giurisprudenza era in contrasto con la dottrina, in quanto la prima ha sempre considerato nulla la società di persone partecipata da società di capitali, mentre la seconda ha sempre negato quest'affermazione.

Oggi il problema appare superato, poiché la riforma, avvenuta con il D. LGS. 6/2003, ha aggiunto un secondo comma all'art. 2361,c.c., ai sensi del quale: *"l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve esser deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa di bilancio"*.

Pertanto, ne discende la liceità dell'assunzione di questo tipo di partecipazioni, sia pure con la necessità di una delibera assembleare (competente è l'assemblea ordinaria) e dell'evidenziazione in bilancio di queste obbligazioni, a garanzia di trasparenza nei riguardi dei soci, ma soprattutto di terzi.

4.5.1. Le partecipazioni incrociate

Così come sorgono dei problemi in merito all'acquisto di azioni proprie da parte di un'impresa (¹⁰⁰), ne sorgono di sostanzialmente analoghi in caso di partecipazioni incrociate, in quanto può venire falsata la consistenza patrimoniale, artificialmente gonfiata, e può venire falsato il rapporto tra maggioranza e minoranza, attraverso l'attribuzione di un potere maggiore di quello che i rapporti di partecipazione al capitale consentirebbe loro.

Inoltre, gli interessi che vengono coinvolti, non sono solo quelli interni al gruppo, ma hanno un riflesso più ampio, estendendosi anche ai creditori, ai terzi e più in generale al mercato finanziario.

L'art. 2360, c.c., vieta la sottoscrizione reciproca di azioni, sia in sede di costituzione che in sede di aumento di capitale; la norma vieta esplicitamente l'operazione anche qualora essa fosse posta in essere tramite interposta persona o tramite società fiduciaria.

La reciprocità richiede una contestualità, se non temporale, quantomeno logica: deve trattarsi di una sola operazione combinata allo scopo. Così, se la società A, costituisce sequenzialmente, la società B, dotandola di un capitale di 100'000 euro e procede poi all'aumento del suo capitale, per un ammontare di 100'000 euro, mediante la sottoscrizione, delle sue azioni, da parte di B, è evidente che nulla è cambiato da un punto di vista patrimoniale.

Infatti A, ha prima dato a B 100'000 euro e poi se li è ripresi; d'altro canto B prima li ha ricevuti e poi li ha restituiti mediante la sottoscrizione delle azioni di A.

Esteriormente però non è così, poiché il capitale di A risulta esser aumentato di 100'000 e B, risulta esser costituita con un capitale di pari importo.

Il limite di questa norma, è che non viene prevista alcuna conseguenza della sottoscrizione reciproca, per cui varranno i principi generali, da cui ne discende la nullità di entrambe le sottoscrizioni.

4.5.2. L'incrocio da acquisto o sottoscrizione non reciproci

La disciplina contenuta nell' art. 2360, c.c., è manchevole: presuppone che le operazioni siano preordinate, mentre l'inconveniente lamentato si verifica ugualmente quando si ha un incrocio azionario, ancorché derivante da non correlate operazioni di sottoscrizioni o di acquisto.

Il limite è tanto più evidente, tanto più si confronta la norma con l'art. 2357, in tema di azioni proprie.

¹⁰⁰ Sul punto si rimanda alla trattazione di F. FERRARA e F.CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2006, 467 e ss.

Quindi, l'acquisto o la sottoscrizione non reciproci, è libero tra le società tra le quali non intercorra un rapporto di controllo e nessuna sia quotata.

4.5.3. Acquisto o sottoscrizione di partecipazioni della controllante nella controllata

Si parla di acquisto o sottoscrizione di partecipazioni e non di azioni, poiché la disciplina fa costante riferimento all'acquisto o alla sottoscrizione di "azioni o quote", con ciò intendendo estendere l'applicazione di questa normativa anche all'ipotesi in cui la società controllante sia rappresentata da una società a responsabilità limitata.

La disciplina, è stata introdotta nel nostro ordinamento, per effetto del recepimento della Direttiva comunitaria 23 novembre 1992, n. 92/101, avente per oggetto l'equiparazione della disciplina degli acquisti (e delle sottoscrizioni) di azioni della controllante da parte della controllata.

L'art. 2359- *bis* pone una serie di vincoli all'acquisto di azioni o quote della controllante, i quali sono:

- l'acquisto può esser fatto nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato;
- possono esser acquistate solo azioni interamente liberate;
- l'acquisto deve esser autorizzato dall'assemblea, a norma dell'art. 2357, comma 2. E' questo l'aspetto più innovativo ed al contempo delicato, poiché, nel momento stesso in cui si instaura un formale parallelismo con l'ipotesi dell'acquisto di azioni proprie, sostanzialmente vi è un distacco in quanto l'autorizzazione in questione non deve pervenire dall'assemblea della controllante, bensì da quella della controllata; con il conseguente risultato che la delibera sarà presa con il voto determinante degli amministratori della controllante;
- il valore nominale delle azioni o quote acquisite non può superare la decima parte del capitale della controllante;
- al fine dell'ultima valutazione, si deve anche tener conto delle azioni o quote possedute dalla medesima società controllante e dalle società da esse controllate;
- si deve costituire una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni o quote della controllante presente nell'attivo del bilancio, da iscrivere nel passivo e da mantenere fino a quando le azioni o quote non siano trasferite;
- la controllata non può esercitare il diritto di voto nell'assemblea della controllante;
- queste disposizioni vengono applicate anche agli acquisti fatti per il tramite di società fiduciaria o interposta persona.

Qualora, gli acquisti vengano compiuti in violazione di dette disposizioni, devono essere alienati secondo le modalità stabilite dall'assemblea (della controllata), nel limite di un anno dall'acquisto stesso.

Trascorso l'anno in questione, la controllante, deve, senza indugio, procedere all'annullamento delle azioni o quote, provvedendo, altresì, alla riduzione del capitale con il relativo rimborso ai sensi dell'art. 2437-*ter* e 2437-*quater*, per il caso di recesso.

Qualora l'assemblea non vi provvedesse, gli amministratori ed i sindaci dovranno chiedere che la riduzione del capitale venga disposta dal tribunale.

Si deve procedere all'alienazione, anche quando il limite del decimo del capitale, venga superato per effetto di circostanze sopravvenute: in questo caso, la riduzione del capitale, verrà fatta mediante annullamento delle azioni o quote, proporzionalmente a quelle possedute da ciascuna società in possesso di detto azioni, cosicché il sacrificio sarà uniformemente distribuito tra queste.

L'art. 2359-*quinquies*, disciplina la sottoscrizione di quote o azioni e rende la disciplina conforme a quella dettata in tema di sottoscrizione di azioni proprie, prescrivendo un divieto assoluto. Infatti, ricalcando l'art. 2357-*quater*, stabilisce che:

- le azioni o quote sottoscritte in violazione di questo divieto si intendono sottoscritte e devono esser liberate dagli amministratori che non dimostrino di esser esenti da colpa;
- chiunque abbia sottoscritto in nome proprio, ma per conto della società controllata, azioni o quote della società controllante, è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio.

4.5.4. Limiti all'incrocio in presenza di quotazione

Il discorso non può ritenersi esaurito, perché, quando almeno una delle due società abbia azioni quotate in un mercato regolamentato a questa disciplina si aggiunge quella dettata dall'art. 121, D. LGS. 58/1998, il quale assume le soglie del 2% e del 10% che, a seconda dei casi, comportano l'obbligo della comunicazione delle partecipazioni, come limiti all'incrocio di partecipazioni.

Questa disposizione, in parte, ed in una diversa prospettiva, finisce per sopperire alla lacuna evidenziata con riferimento agli incroci azionari (4.5.2) in cui non ricorra l'ipotesi di controllo.

In ogni caso, essa si applica solo al capitale rappresentato da azioni con diritto di voto: il che denota come l'ottica del legislatore, sia orientata più sui pericoli che l'incrocio comporta a livello di giochi di potere, che non sui pericoli di ordine patrimoniale per l'annacquamento che pure ne deriva.

4.6. Le operazioni di gruppo

L'esistenza del gruppo si manifesta attraverso operazioni di gestione, svolte dalle diverse imprese, che assumono caratteristiche e significato particolare in quanto attuate sul fondamento del coordinamento operativo, impresso dalla capogruppo, al fine di raggiungere gli obiettivi strategici e strumentali definiti.

La gestione delle singole imprese è chiaramente influenzata, in ogni aspetto, dai legami e dagli orientamenti generali, sicché, a ben vedere, ciascuna operazione può dirsi "operazione di gruppo", ovvero propria dell'aggregato di imprese che realizza il gruppo. Quest'accezione, però, ostacola l'indagine sulle operazioni di gruppo in senso stretto, cioè quelle che si realizzano solo poiché il gruppo esiste e che concretizzano la politica di gruppo, ovvero la direzione unitaria della capogruppo.

Considerando quindi, le operazioni in "senso stretto", si possono individuare due macrocategorie:

- a) le operazioni svolte, dalla capogruppo o da altre imprese appartenenti all'aggregato, nell'interesse di tutto il gruppo;
- b) le operazioni interne al gruppo, che consistono nello scambio di beni e servizi o di rapporti finanziari, tra le diverse imprese, secondo caratteristiche e modalità stabilite dagli organi di controllo (¹⁰¹).

Queste operazioni, rivestono un ruolo fondamentale, soprattutto in quelle realtà in cui tra le diverse aziende esiste una certa complementarietà ed omogeneità.

Quelle descritte al punto *sub a)*, possono esser attuate direttamente dalla capogruppo; collegano un'impresa del gruppo con terze economie per l'attuazione di scambi che permettono di conseguire economie di scala e riduzione di oneri altrimenti non possibili. L'acquisto di materie prime, prodotti, tecnologie o servizi utilizzabili da tutte o, da parte, le imprese di gruppo effettuato in maniera integrata dalla capogruppo consente di ottenere prezzi e/o condizioni più convenienti; inoltre la forza contrattuale che deriva dalla massiccia offerta d'acquisto, favorisce la determinazione di livelli qualitativi e compatibilità tecniche dei beni più adeguati alla necessità del gruppo.

In questo tipo di operazioni, rientra anche il finanziamento del ciclo produttivo delle imprese aggregate, quando la copertura finanziaria del fabbisogno è interamente soddisfatta dalla capogruppo.

Si può operare un'ulteriore distinzione per le operazioni di finanziamento che, possono esser classificate in straordinarie o correnti. Le straordinarie riguardano ampliamenti o rinnovi degli impianti, interi processi di ristrutturazione dell'organizzazione: sono chiaramente intervenenti proiettati nel medio- lungo periodo, finalizzati all'acquisizione di nuove dimensioni di gruppo ed alla definizione di un'efficiente allocazione delle risorse e dei compiti produttivi

¹⁰¹ Sul punto, P.E. CASSANDRO, *op.cit.*.

all'interno del gruppo stesso. Ed è proprio per questa ragione che sono direttamente definite ed attuate dalla capogruppo.

Chiaramente, le modalità di attuazione dei finanziamenti dipenderanno dalle condizioni dei mercati finanziari, ma anche dalla struttura finanziaria sia della capogruppo che delle altre società del gruppo.

L'intervento della capogruppo, è più attenuato per le operazioni di copertura del fabbisogno finanziario di esercizio delle imprese controllate. Ovviamente, questo sarà possibile secondo intensità e modalità diverse in relazione al livello di effettivo esercizio della direzione unitaria.

Restando in argomento, merita un piccolo approfondimento il concetto di autofinanziamento del gruppo (¹⁰²).

Viene mantenuta la normale accezione dell'autofinanziamento quando ci si riferisce alle singole imprese e quando effettuato mediante l'accantonamento di utili d'esercizio (a. in senso proprio) o mediante la costituzione di fondi rischi e spese future (a. improprio).

Il significato, trova però un'ulteriore specificazione, quando in un gruppo, la capogruppo, o altra impresa, finanzia altra impresa, senza ricorrere ad economie esterne. In questo caso, è lecito parlare di autofinanziamento di gruppo, poiché la concessione di capitale di prestito o la sottoscrizione di un'emissione obbligazionaria o azionaria di un'impresa appartenente al gruppo, comporta che lo stesso si sia autofinanziato, reperendo al suo interno le risorse per finanziare o potenziare i cicli produttivi.

Rientrano invece nella categoria *sub b)*, quelle operazioni che si svolgono tra le imprese del gruppo, internamente allo stesso. Sono determinate e regolate dagli organi di direzione unitaria, in una visione globale delle imprese coinvolte.

Queste, sono tipiche nei gruppi strategici ad integrazione verticale, nei quali le imprese attuano fasi successive di una stessa filiera produttiva, per cui il prodotto finale costituisce la base del successo del prodotto di trasformazione, attuato da un'impresa giuridicamente separata, ma posta sotto il controllo di un comune soggetto economico, fino ad arrivare al prodotto finito da destinare alla vendita.

Se è vero che queste operazioni, trovano maggior diffusione nei gruppi verticali, è anche vero che la connessione economica che vincola le imprese di un gruppo ad integrazione orizzontale, può originare operazioni di scambio, a prescindere dai rapporti, sempre possibili, di natura finanziaria.

Le operazioni interne sono l'espressione più evidente dei legami di gruppo e devono esser definite e regolamentate in modo da ottenere il miglior risultato possibile, in ottemperanza agli obiettivi del gruppo stesso.

Seppur con carattere interno, hanno comunque un riflesso ai fini del risultato globale positivo, così come il risultato economico della singola azienda deriva anche da come vengono organizzate e realizzate le operazioni interne.

La particolarità di queste operazioni si origina dalla frapposizione del velo giuridico che configura la pluralità dei soggetti giuridici operanti.

¹⁰² Questo concetto è stato ampiamente dibattuto da P.E. CASSANDRO, *Trattato di ragioneria, op. cit.*.

L'importanza delle stesse rende indispensabile una loro regolamentazione, specie nei gruppi in cui è più intensa la coesione dei processi produttivi. Il legame di gruppo crea, evidentemente, una limitazione alla discrezionalità delle singole imprese e produce la formazione di un mercato interno di gruppo, nel quale i prezzi vengono determinati secondo logica diversa da quella tipica del mercato.

Le imprese, sono collegate da intensi legami per cui ciascuna impresa conosce le condizioni operative delle altre, facendo venir meno l'asimmetria informativa che caratterizza le parti in un mercato normale. Inoltre, le finalità del gruppo, potendo anche prescindere dagli interessi specifici di ciascuna impresa, spingono la capogruppo a definire i rapporti interni secondo schemi contrattuali coerenti con quelle finalità sovraordinate.

In questo ambito assume notevole rilievo la fissazione dei prezzi di trasferimento in base ai quali le operazioni interne devono essere regolate.

4.6.1. Il *transfer pricing*

Con il termine *transfer pricing* viene indicato il complesso di tecniche e procedimenti adottati dalle imprese multinazionali nella formazione dei prezzi relativi alle cessioni dei beni ed alle prestazioni di servizi che intervengono tra le diverse entità del gruppo operanti in Stati diversi.

La fissazione dei prezzi in base alla quale le operazioni interne devono essere regolate è molto importante: è un momento delicato e fondamentale dell'attività di indirizzo e coordinamento della direzione unitaria. I prezzi di trasferimento infatti, dovrebbero essere calcolati in modo da consentire la corretta valutazione dell'efficienza delle singole imprese e del loro risultato economico ed, allo stesso tempo, in modo da influenzare ed indirizzare efficacemente gli obiettivi parziali dei loro responsabili.

Questi prezzi, d'altronde, sono la modalità più efficace per perseguire altri fini, quali un congruo risparmio fiscale, la redistribuzione dei redditi tra imprese, e più in generale l'attuazione di politiche varie, ma comunque tese a perseguire finalità globali del gruppo.

Ma le esigenze, molteplici e contrastanti, hanno influito sui criteri di determinazione proposti sia dalla dottrina che dalla prassi, i quali offrono alternative che tentano di prospettare le conseguenze derivanti dall'utilizzo di tecniche diverse.

In ambito nazionale, il legislatore tributario ha previsto la regolamentazione dei prezzi di trasferimento nei seguenti articoli:

- art. 110, comma 7, T.u.i.r.;
- art. 9, T.u.i.r..

La prassi ministeriale di riferimento è invece la seguente:

- circolare ministeriale 32/9/2267 del 22 settembre 1980;
- circolare ministeriale 42/12/1587 del 12 dicembre 1981.

Per determinare il prezzo di trasferimento, si utilizzano dei metodi tradizionali, basati sull'analisi comparativa, che si ottiene raffrontando le transazioni svolte tra imprese consociate con quelle realizzate tra soggetti indipendenti.

I metodi tradizionali sono i seguenti:

- a) il metodo del confronto del prezzo (*cup*): determina il valore della transazione che le imprese del gruppo avrebbero potuto convenire con soggetti terzi. Questo metodo è stato definito dal rapporto OCSE, 1995, come il "*criterio che compara il prezzo dei beni e servizi trasferiti in un'operazione conclusa fra imprese associate con il prezzo applicato a beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili*". La circolare ministeriale n. 32 del 1980 sul punto precisa che il prezzo della transazione oggetto di verifica deve essere pari a quello praticato in una vendita comparabile, quanto a condizioni e a beni oggetto di trasferimento, effettuata tra imprese tra loro indipendenti (confronto esterno) oppure tra un'impresa del gruppo ed un terzo indipendente (confronto interno). La circolare individua una serie di fattori, tra i quali il mercato rilevante e la qualità del prodotto da considerare ai fini della determinazione del valore normale della transazione in base al metodo del confronto di prezzo. Tale approccio si rende inapplicabile nel caso in cui le transazioni intercorrenti tra imprese libero presentino caratteristiche tali da non esser comparabili con quelle infragruppo;
- b) il prezzo di rivendita (*resale minus*) ed il costo maggiorato (*cost plus*) comparano i margini lordi conseguiti nelle operazioni in verifica con quelli realizzati da imprese indipendenti svolgenti le stesse funzioni economiche in termini di *assets* utilizzati e rischi assunti. Secondo il metodo del *resale minus*, il valore normale della transazione equivale al prezzo praticato ad un terzo indipendente, diminuito di un margine di utile lordo espresso percentualmente in relazione al prezzo di rivendita. Detto margine, rappresenta l'importo con il quale il rivenditore cercherebbe di coprire le stesse spese di vendita ed altre spese di gestione ed, alla luce delle funzioni svolte, di ricavare un utile adeguato. Ciò che rimane dopo la sottrazione del margine lordo può esser considerato, a seguito della correzione di altri costi associati alla compravendita del prodotto, come prezzo di libera concorrenza per il trasferimento originario del bene tra le imprese associate. Il metodo del costo maggiorato è invece determinato, partendo dal costo di produzione ed incrementando lo stesso di un congruo margine di utile lordo. Vengono, pertanto, considerati, i costi sostenuti dal fornitore di beni nel corso di una transazione controllata per beni trasferiti o servizi forniti ad un acquirente collegato. In proposito la circolare del 1980 propone un'interessante osservazione evidenziando che la complessità e la natura

delle valutazioni da effettuare al proposito non ne consigliano la metodica applicazione nei casi di vendite da parte di controllante estera a controllata italiana, per effetto delle obiettive difficoltà nell'ottenere le specifiche informazioni sulla struttura dei costi.

Il risultato ottenuto sommando al costo di produzione il margine lordo ottenuto come percentuale di ricarico è considerato come il prezzo di libera concorrenza della transazione effettuata;

- c) i metodi reddituali raffrontano i margini netti conseguiti in transazioni infragruppo con quelli che avrebbero realizzato le medesime imprese ove avessero operato con soggetti terzi. Questi metodi, sono stati elaborati da diversi Paesi, al fine di determinare i prezzi praticati tra le consociate.

Sono basati sul fondamento logico della ripartizione del profitto complessivo, all'interno delle consociate, a seconda delle relative funzioni svolte, e delle risorse impiegate, nonché dei rischi assunti dalle singole imprese.

I metodi reddituali sono i seguenti: il metodo della ripartizione, la comparazione dei margini netti di transazione ed il rendimento netto del capitale investito.

L' OCSE, consente l'utilizzo dei metodi reddituali in diverse circostanze. Infatti, confermando la superiorità dei metodi tradizionali sui metodi reddituali, ammette che la complessità delle situazioni di mercato può determinare serie difficoltà pratiche e riconosce, dunque, che *“in situazioni eccezionali dove non sono disponibili informazioni di qualità non sufficiente per affidarsi ai metodi tradizionali, può diventare necessario, verificare se e a quali condizioni altri metodi possono esser utilizzati”* ⁽¹⁰³⁾.

4.6.2. La disciplina fiscale del *transfer pricing*

Il fine principale che, le disposizioni sul *transfer pricing* emanate dagli ordinamenti interni e dagli organismi sovranazionali (tra i quali l'OCSE), si pongono è quello di evitare che le multinazionali pervengano, attraverso una sovrastima o una sottostima dei prezzi, al trasferimento di porzioni di reddito imponibile in Stati a fiscalità ridotta o in giurisdizioni dove l'impresa multinazionale vanta (o potrebbe vantare) uno specifico interesse.

Infatti il risultato pratico è la collocazione di utili in Paesi ad elevato *“tax appeal”*, con la conseguente minore incidenza del carico fiscale a livello di gruppo.

Per le autorità fiscali dei singoli paesi le procedure di verifica assumono un carattere di rilevante complessità, poiché richiedono profonda conoscenza

¹⁰³ Rapporto Ocse, Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrator, 1995.

dell'impresa e delle operazioni da essa realizzate, nonché l'acquisizione di dati quantitativi di mercato su cui basare l'attività di *benchmarking* ⁽¹⁰⁴⁾.

Uno dei problemi più rilevanti riguarda, quindi, le legislazioni fiscali dei singoli Paesi coinvolti nelle transazioni *cross-border*, le quali, nei loro interventi di rettifica dei valori applicati dalle imprese, devono necessariamente coordinarsi al fine di evitare distorsioni nelle scelte di allocazione delle risorse.

L' art. 110, comma 7, del T.u.i.r. contiene una norma volta ad evitare che nei rapporti economici *intercompany*, cioè nei rapporti tra un'impresa italiana ed un'impresa estera, facenti parte del medesimo gruppo, vengano poste in essere pratiche elusive, con cui venga attuato il trasferimento di utili da imprese italiane a quelle residenti all'estero, mediante la fissazione di prezzi diversi dal "valore normale".

Infatti, è proprio la manipolazione di questi prezzi, a costituire una classica tecnica di elusione fiscale internazionale: per ovviare a queste problematiche, le legislazioni dei diversi Paesi fissano i prezzi, sulla base di valori di mercato determinati con criteri astratti.

La norma in questione, si applica quando la società italiana cede dei beni o presta servizi, ad un' impresa estera controllata, direttamente o indirettamente, applicando dei prezzi inferiori al valore normale, riducendo così i propri utili a favore della consociata. Ma la stessa norma, opera anche quando la società italiana acquista, dalla consociata estera, beni o servizi ad un prezzo superiore a quello normale.

L'art. 110, comma 7, t.u.i.r., infatti, così recita: "*I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito ma soltanto in esecuzione di accordi conclusi con le Autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti ed i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o di fabbricazione o lavorazione di prodotti*".

Per contrastare tali fenomeni, il legislatore ha stabilito che tali operazioni vengano svolte sulla base di prezzi determinati al loro valore normale, quando ne deriva un aumento di reddito per l'impresa italiana. Qualora quest' ultima, non applicasse prezzi conformi al valore normale, dovrà operare delle rettifiche in aumento nella dichiarazione dei redditi.

¹⁰⁴ Il *benchmarking* è un processo sistematico di confronto tra prodotti, servizi, processi, prassi e caratteristiche di più entità organizzative per consentire ad un'impresa di comprendere e gestire i fattori che determinano prestazioni superiori.

Se questa rettifica non viene fatta al momento della dichiarazione da parte dell'impresa, sarà l'Amministrazione finanziaria a rettificare in aumento i corrispettivi di vendita inferiori al valore normale, ovvero a rettificare in diminuzione i costi superiore al valore normale.

L'art. 9, t.u.i.r., definisce il concetto di valore normale, ovvero *“il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i servizi sono stati acquistati o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi”*.

Il valore normale ⁽¹⁰⁵⁾, altro non è che il prezzo di libera concorrenza: al riguardo, la legislazione italiana ha recepito il criterio, consigliato dall' Ocse nel 1979, del prezzo che sarebbe pattuito per operazioni similari da imprese indipendenti (principio del *dealing at arm's length*). I criteri di determinazione del criterio normale sono principalmente tre (confronto del prezzo, prezzo di rivendita e costo maggiorato) e l'applicazione dell'uno o dell'altro dipende dall'attività svolta dall'impresa e dai beni o servizi oggetto della transazione.

La norma si applica ai rapporti:

- a) tra imprese italiane e società non residenti che controllano direttamente o indirettamente l'impresa italiane, o ne sono controllate;
- b) tra imprese italiane e società estere, quando i due soggetti dell'operazione siano entrambi controllati da una medesima società (capogruppo);
- c) tra società non residenti ed imprese italiane, quando queste ultime svolgono per le prime attività di commercializzazione dei prodotti.

Il requisito oggettivo per l'applicazione della disciplina trae ispirazione dal principio di libera concorrenza (cd. *arm's length principle*), che si ritrae dal combinato disposto dall'art. 110, comma 2, e dall' art. 9, comma 3, t.u.i.r..

La disciplina del *transfer pricing*, trova infatti applicazione nel caso in cui sia ravvisabile una difformità tra il corrispettivo pattuito per la transazione controllata ed il valore normale del bene oggetto di scambio.

Come direttamente e dettagliatamente precisato dall'OCSE, la transazione rilevante può configurarsi come:

- a) cessione infragruppo di beni materiali, semilavorati o prodotti finiti, derivante dall'integrazione verticale che, generalmente, risiede alla base dei gruppi multinazionali;
- b) cessione infragruppo di beni immateriali, connessi all'attività di ricerca e sviluppo, quali, ad esempio, marchi di fabbrica e di commercio, opere di ingegno, invenzioni industriali, *know how*, etc.;
- c) prestazione di servizi, in particolare, servizi di carattere amministrativo, tra cui, programmazione, coordinazione, contabilità e revisione di bilanci, etc.; servizi di carattere commerciale, quali, il controllo della produzione, controllo della

¹⁰⁵ Così, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, op.cit.*, 205.

qualità, marketing, etc.; oppure, inerenti al personale, come la pianificazione, l'assunzione e la formazione.

4.6.3. La pubblicità ed i rapporti interni

L'art. 2497-*bis* prescrive la pubblicità: nel registro delle imprese, infatti, a tale scopo, è stata istituita una sezione apposita, nella quale vengono indicati i soggetti esercenti attività di direzione e coordinamento e le società che vi sono soggette.

Quest'ultime, tra l'altro, oltre ad iscriversi nella sezione predetta, devono indicare detto loro stato negli atti e nella corrispondenza: gli amministratori che venissero meno a dette formalità, saranno considerati responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti avesse recato ai soci ed ai terzi.

Inoltre, la società, dovrà esporre in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati principali dell'ultimo bilancio d'esercizio della società esercente attività di direzione e coordinamento e, nella relazione sulla gestione, gli amministratori, dovranno indicare i rapporti intercorsi con questa società e con le altre società soggette alla stessa attività, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio d'impresa e sui suoi risultati.

Le decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento devono esser analiticamente motivate e si deve recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione e di queste se ne deve dare adeguato conto nella relazione sulla gestione.

Inoltre l'art. 2497-*quinquies* stabilisce che *“ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467”*, disciplinante i finanziamenti dei soci nelle società a responsabilità limitata.

Questa norma, posterga al soddisfacimento degli altri creditori il credito dei soci, per finanziamenti fatti alla società *in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.*

4.7. Vantaggi e svantaggi delle concentrazioni aziendali

Le motivazioni che portano alla creazione dei gruppi sono molteplici e risultano fortemente dipendenti dagli scopi perseguiti dai soggetti partecipanti al gruppo che determinano la modalità di costituzione e le caratteristiche dei gruppi stessi. In linea generale, le più importanti motivazioni sottostanti alla creazione dei gruppi sono di natura economica o extraeconomica. Le prime sono connesse al

mantenimento, al miglioramento o al ripristino delle condizioni di equilibrio economico durevole delle aziende coinvolte. Sono concentrazioni nate per conseguire, mantenere e/o ristabilire l'economicità delle imprese coinvolte, economicità che può intendersi come aziendale o super-aziendale. Quest'ultima, può esser poi suddivisa in economicità dentro il gruppo, ed in questo caso l'azienda raggiunge l'equilibrio reddituale perché non opera da sola, ma riesce ad essere autosufficiente solo all'interno del gruppo, svolgendo una particolare funzione tecnica, amministrativa, commerciale o quando svolge la funzione di fornitore di un prodotto venduto internamente al gruppo; ovvero si può parlare di economicità in funzione del gruppo, allorché l'equilibrio reddituale non viene raggiunto autonomamente, ma l'azienda resta in vita in quanto funzionale per le altre aziende del gruppo stesso, in termini di vantaggi ed opportunità (ad esempio in quanto svolge attività di formazione del personale o attività di marketing). Vengono mantenute in vita anche aziende in perdita, la cui dismissione diverrebbe un costo per il gruppo ed il suo mantenimento di un equilibrio economico; le seconde sono connesse alla realizzazione di obiettivi specifici e contingenti, non necessariamente connessi al perseguimento dell'economicità.

Le motivazioni economiche più importanti sono:

- operare delle ristrutturazioni aziendali per favorire lo sviluppo o fronteggiare lo stato di crisi: il riassetto della struttura operativa teso ad incidere sulle condizioni di efficacia e di efficienza di una data unità produttiva può rappresentare il mezzo per migliorare le condizioni e sostenere lo sviluppo, si parla di ristrutturazioni di miglioramento, ovvero può rappresentare il mezzo per recuperare le condizioni qualora risultino perdute e fronteggiare una crisi, ed in questo caso si parla di ristrutturazioni di ripristino;
- ridurre la complessità: la competizione sempre più esasperata induce le combinazioni produttive a ricercare assetti flessibili, di più agevole governabilità, nonché maggiormente controllabili. Per questo si creano più unità produttive, senza comunque compromettere la prerogativa dell'unitarietà direzionale nelle scelte strategiche;
- ridurre il rischio di impresa: la strutturazione sotto forma di gruppo normalmente può migliorare la capacità di gestione del rischio di impresa attraverso processi di frazionamento del rischio ovvero di diversificazione del rischio. Con la prima tipologia di processi, si definisce il *core business* della capogruppo, vi è un' esternalizzazione delle aree di intervento su cui si continuerà ad esercitare il potere di controllo; con la seconda tipologia, invece, si incrementa l'elasticità della struttura e della liquidabilità degli investimenti in un'ottica di portafoglio;
- conseguire delle "economie": la struttura di gruppo, purché di tipo industriale e con aziende svolgenti attività integrate orizzontalmente o verticalmente, consente di ottenere varie tipologie di "economie", tipiche delle aziende divise. Nei gruppi integrati orizzontalmente le economie conseguibili sono di scala, di scopo o derivanti da operazioni congiunte; nei gruppi integrati verticalmente si

possono realizzare economie di controllo, di informazione e nei costi di transazione. Per tutte le fattispecie di gruppo, compresi quelli di tipo finanziario, si possono conseguire delle economie amministrative.

Tra le finalità extraeconomiche, ricordiamo:

- aumentare la capacità di credito: la strutturazione sotto forma di gruppo normalmente può migliorare la capacità di credito- bancario e non- della singola azienda sotto il profilo quantitativo, in quanto viene garantito un miglior livello di risorse a garanzia dei creditori o una riduzione del fabbisogno ciclico di finanziamento, e sotto il profilo qualitativo, in quanto si ha una buona solidità patrimoniale, buone prospettive reddituali e la diversificazione del rischio, nel caso del finanziamento alla capogruppo.

La creazione di un gruppo può risultare vantaggiosa anche sotto il profilo del reperimento del capitale di rischio, soprattutto se l'operazione consente la formazione di società specializzate in diversi settori di attività permettendo agli investitori di specializzare i propri investimenti.

- sfruttare la leva azionaria e la leva finanziaria: la struttura di gruppo permette al soggetto economico di accrescere i propri rendimenti sul capitale proprio (ROE) azionando due tipologie di leva. La leva azionaria è il rapporto tra capitale netto di un' impresa ed il valore delle azioni aventi diritto di voto che assicura il controllo dell'impresa stessa. Poiché il controllo è assicurato da un valore di azioni inferiore a quello che rappresenta le attività nette dell'azienda, è possibile ampliare l'area di influenza con un impiego di risorse finanziarie minore. Su questo ultimo punto è bene soffermarsi: ipotizziamo di avere tre distinte società, A, B e C. La società A controlla B al 51%, B controlla C al 51% quindi A ha una partecipazione indiretta in C, pari al 26,01% ($51\% \cdot 51\%$): ma grazie a B, ha può esercitare un controllo assoluto su C.

Attraverso l'effetto leva, quindi, si può assumere il controllo di una società a valle della catena di un gruppo, pur in presenza di una partecipazione indiretta, inferiore al 50%.

Da questo si evince, come, venga meno il peso singolo di ogni azienda ed assuma invece rilevanza l'insieme da esso costituito, per il quale valgono le condizioni di equilibrio aziendale. La creazione e lo sviluppo di un gruppo, quindi, dipende dalla convenienza economica delle sole imprese che lo hanno costituito e ne hanno assunto la guida come soggetto economico.

La leva finanziaria, invece, permette di incrementare l'indebitamento verso terzi delle singole aziende del gruppo, senza alterare i mezzi propri e, quindi, senza intaccare la capacità di governo sul gruppo.

Bisogna comunque fare attenzione, perché un eccessivo ricorso a queste due leve è alquanto pericoloso potendo generare conseguenze esiziali sulla sopravvivenza del gruppo, quali la disaffezione dei soci di minoranza in caso di non adeguata remunerazione, eccessivo peso degli interessi passivi, dipendenza finanziaria da terzi, etc., etc.

- agevolare la gestione dell'azienda di famiglia e la successione generazionale: la creazione di un gruppo, mediante lo strumento tecnico dello scorporo, risulta estremamente utile per agevolare la gestione di una azienda familiare o la successione generazionale. In tal modo, vi sarà la suddivisione dell'attività produttiva in diverse aziende giuridicamente indipendenti e l'assegnazione ad ognuno dei diversi familiari della responsabilità di gestire una o più di esse: è questo un classico esempio di *holding* familiare;

- agevolare la cessione dell'azienda o di sue parti: la suddivisione formale di un'impresa conglomerale in diverse unità produttive mediante scorporo e costituzione di un gruppo consente di dividere la diverse attività e di poterle cedere autonomamente.

La specializzazione produttiva è maggiormente gradita agli investitori, che in tal modo sanno in cosa investono e la disponibilità di capitali richiesti per l'investimento è più bassa: i soggetti con disponibilità inferiori ad una certa soglia potrebbero automaticamente essere esclusi dalla possibilità di acquisire l'intera azienda, ma non uno o più dei suoi rami;

- quotare in borsa solo determinate attività: la struttura di gruppo permette agevolmente di quotare in borsa determinate attività (o ASA) dell'aggregato senza pregiudicare la perdita di controllo sulla capogruppo da parte del soggetto economico. In questo modo, si presentano al mercato azionario società fortemente specializzate dal punto di vista produttivo/ geografico al fine di riscuotere l'interesse degli investitori;
- perequare i risultati economici e ridurre il carico fiscale: lo schermo giuridico tra le diverse aziende consente di identificare distinti soggetti passivi di imposta. Infatti, tramite il meccanismo dei prezzi di trasferimento, prezzi imposti dalla capogruppo nelle transazioni infragruppo tra le aziende facenti parte dell'aggregazione, si procede a "spostare" costi e ricavi, nonché utili e perdite e redditi imponibili da un'azienda all'altra;
- creare unità produttive *ad hoc*: in qualche caso la struttura di gruppo permette di non rinunciare a determinate occasioni, oppure di approfittarne in maniera più conveniente di quanto non potrebbe fare un'azienda divisa.

Per chiarire meglio il concetto è opportuno fare degli esempi: il ricorso ad una società *ad hoc* controllata dalla capogruppo per gestire determinati rapporti, quali la partecipazione ad una *joint venture*, che se dovessero avvenire con un'unica azienda accentrata risulterebbero senza dubbio più delicati e rischiosi; se l'azienda è operativa anche all'estero è meglio agire mediante società controllate, costituite secondo le norme dei rispettivi Paesi, piuttosto che tramite una sede distaccata di grande combinazione produttiva ed ancora, il gruppo, quando formato da piccole aziende, è più flessibile nella gestione della forza lavoro, in quanto le norme sul lavoro sono meno stringenti per le unità aziendali di ridotte dimensioni.

- raggiungere finalità occulte o illecite: la realizzazione di un gruppo può esser motivata dall'intento di ridurre la trasparenza verso l'esterno al fine di usufruire

di benefici a vario titolo attraverso una vera e propria “mimetizzazione” giuridica di determinate realtà operative.

Tra le finalità occulte è opportuno ricordare: lo sfruttamento della leva azionaria e finanziaria; la riduzione della significatività dell’informativa di bilancio; la localizzazione dell’attività in zone vantaggiose (ad es. nei Paradisi fiscali) e l’evidenziazione in bilancio di un proprio avviamento.

Rientrano invece tra le finalità *contra legem* il perfezionamento di una serie di contratti aventi di per sé finalità illecite (*back to back*, *portages*, *doubleface*, *etc. etc.*) ovvero il nascondere patrimoni familiari di notevole entità o rapporti di affari personali sotto una forma giuridica “di comodo”.

A ben vedere, però, vi sono anche degli svantaggi connessi al gruppo che, almeno in parte, tendono a ridimensionare la portata, normalmente positiva, della scelta di creare un gruppo aziendale.

Gli svantaggi più evidenti che la struttura di gruppo comporta rispetto ad un’azienda indivisa possono così riassumersi:

- conflittualità tra le aziende del gruppo: nella prospettiva del gruppo unitariamente considerato, si ravvisa, solo parzialmente, la presenza dell’“ordine sistematico”, in funzione delle direttive comuni impartite dal soggetto economico mentre sono sostanzialmente assenti l’ “ordine combinatorio” e l’ “ordine di composizione”. Ciò genera un rischio di sistematicità, ovvero di governabilità del gruppo nel suo insieme, rischio che è tanto maggiore tanto minori sono i legami tra le aziende del gruppo stesso (ad es. ciò può realizzarsi nei gruppi finanziari).

Infatti, nonostante la presenza effettiva di un soggetto economico, le divergenze tra interessi particolari, delle singole imprese, ed interessi generali, possono condurre ad insanabili contrasti tra le differenti unità aziendali e, nel peggiore dei casi, alla disgregazione del gruppo stesso;

- ridotta coordinazione produttiva: la presenza di un comune soggetto economico, che pure può indirizzare le delibere assembleari secondo la propria visione sistematica e strategica e nominare gli amministratori delle singole società, è condizione necessaria ma non sufficiente a garantire la concreta possibilità di interazione efficace, efficiente ed economica, tra le singole aziende del gruppo.

Questo problema, peraltro, si pone in termini diversi, a seconda che si tratti di un gruppo industriale ovvero di un gruppo finanziario;

- riflessi negativi della leva azionaria e della leva finanziaria: la possibilità che il soggetto economico eserciti l’azione di controllo su diverse aziende con un impiego relativamente limitato di capitale proprio e, per tale via, assicurasi un miglior rendimento reddituale complessivo può produrre effetti negativi, quali la disaffezione, la perdita di fiducia, laddove non fosse assicurato agli azionisti di minoranza una remunerazione adeguata al loro investimento.

Anche lo sfruttamento eccessivo della leva azionaria risulta estremamente delicato. Se è vero che il suo utilizzo evita alla capogruppo di ricorrere ad

ulteriore capitale di rischio, un suo abuso, con un conseguente notevole innalzamento dell'indebitamento, può, in caso di inversione della leva stessa, rendere particolarmente gravoso il peso degli interessi passivi o, ancora peggio, estremamente difficoltoso il rimborso di quanto dovuto.

- altri svantaggi: la struttura di gruppo comporta ulteriori svantaggi legati fondamentalmente al fatto di prevedere la presenza di distinte unità indipendenti dal punto di vista giuridico. Tra questi vi sono i maggiori costi di gestione della struttura, la moltiplicazione delle posizioni di responsabilità, minore forza di immagine, moltiplicazione del numero degli adempimenti fiscali, civilistici, etc. etc.

4.8. Tipologie di gruppi

I gruppi aziendali si possono classificare in relazioni alle variabili che si prendono come riferimento, che sono:

- la dimensione: gruppi piccoli, medi e grandi;
- la natura della capogruppo: gruppi pubblici e privati;
- area geografica di operatività: gruppi locali, nazionali, internazionali, multinazionali e globali;
- struttura: gruppi a struttura semplice, a struttura complessa ed a catena;
- grado di integrazione tra le diverse aziende: gruppi orizzontali, verticali e conglomerati;
- tipo di attività della capogruppo: gruppi con holding pura e con holding mista;
- grado di complementarietà tecnico-operativa tra le diverse aziende: gruppi finanziari, economici (industriali) e misti;
- grado di complementarietà tecnico-operativa tra le diverse aziende e comportamento direzionale della capogruppo: gruppi strategici, finanziari, patrimoniali e formali;
- grado di integrazione strategica del gruppo: gruppi patrimoniali, finanziari, industriali ed imprenditoriali;
- grado di apertura della proprietà: gruppi padronali, manageriali e consociativi;
- quotazione in borsa: gruppi quotati e non quotati.

Le diverse caratterizzazioni devono esser interpretate in maniera “congiunta” qualora lo stesso gruppo appartenga, a più categorie.

Analizziamo più da vicino le differenti classificazioni:

- *gruppi piccoli, medi e grandi*: questa caratterizzazione avviene sulla base di una valutazione congiunta di parametri strutturali (numero di dipendenti, capacità produttiva, capitale investito, entità di mezzi finanziari), funzionali (fatturato, volume d'affari, valore aggiunto, costi d'esercizio, reddito di periodo),

relazionali (capacità di rimanere sul mercato e di influire sulle variabili esterne);

- *gruppi pubblici e privati*: non si guarda alla natura del soggetto dominante, ma alla causa che genera l'iniziativa ed alla sua finalità.

Quelli pubblici sorgono per iniziativa di una o più aziende pubbliche e vengono gestiti per realizzare finalità pubbliche; quelli privati sono connessi alle caratteristiche del mercato di riferimento, che non sempre sono confrontabili.

Secondo il Passaponti, invece, la distinzione poggia proprio sulla qualifica della capogruppo come ente pubblico economico o meno: è sulla qualifica della capogruppo che il complesso acquisisce la sua caratterizzazione.

La distinzione sulle due tipologie è legata solo a questo aspetto, giacché si è di fronte ad aggregazioni composte alla stessa maniera, basate entrambe su una pluralità di combinazioni produttive le quali mantengono caratteri essenziali di struttura e di funzionamento del tutto analoghi.

In Italia il fenomeno dei gruppi pubblici aveva avuto sviluppo per effetto della considerevole influenza dello Stato nella vita economica del Paese, negli anni '30, mentre oggi si è assistito ad una graduale uscita dello Stato dalla stessa, con la privatizzazione di molte imprese e gruppi ; i gruppi pubblici più importanti sono, sicuramente, stati l'IRI, l'ENI e l'EFIM;

- *gruppi locali, nazionali, internazionali, multinazionali e globali*: si guarda all'area geografica servita dall'insieme di aziende formanti il gruppo. I gruppi locali e nazionali sono costituiti da aziende di uno stesso paese; hanno di solito piccola dimensione, godono di una forte presenza sul territorio di appartenenza dove, anzi, più piccolo questo è, maggiore è l'importanza e l'influenza che il gruppo riesce ad assumere per il territorio stesso. I gruppi internazionali sono basati su unità produttive istituite ed operanti in Paesi diversi. Rappresentano la parte preponderante, se non altro come peso economico, dei gruppi aziendali moderni.

Quando l'attività all'estero assume determinate forme ed il complesso opera in una prospettiva mondiale o continentale si ha la configurazione di gruppi multinazionali e globali.

Il gruppo multinazionale va visto come il punto d' arrivo di un processo di espansione all'estero dell'attività che si sviluppa per fasi successive con gradi via via crescenti di internazionalizzazione della gestione.

Per poter qualificare il gruppo come multinazionale devono sussistere dei requisiti sia di tipo qualitativo che quantitativo: sotto il primo aspetto deve verificarsi un modo di essere del gruppo dal quale discende una visione sovranazionale del mercato con programmi integrati di gestione delle risorse produttive, finanziarie, distributive e di ricerca diffuse nello Stato d'origine ed all'estero. Il gruppo deve anche avere un tipo di presenza *extra-moenia*, per cui si possa definire cittadino, contemporaneamente, in tutti i Paesi nella quale opera. Sotto il profilo quantitativo, deve esprimere opportuni parametri che testimonino la reale importanza delle attività estere rispetto a quelle complessive, dando prova dell'effettiva integrazione dei mercati su cui il gruppo è presente.

Tra i parametri che si considerano possiamo citare, il numero dei paesi in cui il gruppo è radicato, la quota di investimenti all'estero sulla quota globale, la percentuale di utili e di fatturato realizzati all'estero.

Ad ogni modo anche questo gruppo mantiene una certa "nazionalità", se non altro perché l'unitario coordinamento della gestione viene attuato dal paese d'origine dove si fissano gli obiettivi e le politiche generali;

- *gruppi a struttura semplice, complessa e a catena*: i primi si caratterizzano per una composizione del gruppo estremamente lineare con rapporti esclusivi di controllo diretta da parte della società capogruppo (*holding o parent company*) su una o più società affiliate (*subsidiaries*) mediante partecipazioni totalitarie, di maggioranza assoluta o relativa del capitale. Da questa struttura ne deriva uno sviluppo orizzontale del gruppo, in cui le sussidiarie sono poste sullo stesso piano rispetto alle capogruppo.

Nei gruppi a struttura complessa, la capogruppo intrattiene rapporti di partecipazione di tipo diretto ed indiretto con le partecipate, venendosi così a configurare uno o più livelli di svolgimento.

I gruppi a catena, infine, si configurano allorché una società detiene una partecipazione in un'altra, o più, e che al contempo, possiede (possiedono) una partecipazione nella prima ossia quando si vengono a creare tra le società legami partecipativi incrociati, bilaterali o multilaterali;

- *gruppi orizzontali, verticali e conglomerati*: vengono classificati in base alle aziende facenti parte dell'integrazione.

I gruppi orizzontali, sono gruppi nei quali tutte le aziende appartengono al medesimo settore e svolgono attività analoghe. Collegandosi tra loro tendono a concentrare la produzione per avere un maggior peso globale sul mercato; in subordine cercano di allargare la gamma dei prodotti, di estendere le zone di influenza commerciale per mezzo di una più vasta organizzazione di vendita, di specializzare le produzioni ed i canali di distribuzione, di sfruttare meglio certi costi comuni di pubblicità, di organizzazione e così via.

I gruppi verticali, sono costituiti da unità che pur operando nello stesso settore, ovvero in settori diversi ma comunque affini, rappresentano fasi successive di un generale processo di produzione. Come effetto globale si ha il controllo unitario di un tratto più o meno ampio del ciclo di produzione, fino ad arrivare, talvolta, a coprire l'intero ciclo produttivo. Tra i vantaggi vi è la possibilità di razionalizzare le diverse fasi operative, di sfruttare in maniera efficiente i fattori ed i servizi comuni, di avere facilitazioni negli approvvigionamenti, rispettando esigenze di qualità, quantità e tempi; di ridurre le incertezze ed i rischi tipici del mercato e di ottenere una maggior adattabilità al mercato.

I gruppi conglomerati sono formati da aziende operanti in settori diversificati fra le quali esistono legami soltanto di natura finanziaria in senso lato; tra i settori sono scarsi i rapporti di congiunzione delle lavorazioni e mancano strutture produttive e distributive comuni. Vi è una organizzazione globale, decentrata, ma con vincoli unitari in funzione di politiche di gestione riferite al comune soggetto economico. Per questi gruppi è anche molto difficile la qualificazione

in base al tipo di attività svolta, cosa invece possibile per le altre due tipologie: ecco perché, per l'individuazione dell'attività svolta, si guarda a quella di maggior spicco.

I vantaggi conseguibili sono il frazionamento dei rischi, legato alla diversificazione produttiva, ed una maggior flessibilità della struttura aziendale di gruppo: da questo elenco ne discende che vi rientrano i motivi "storici" della costituzione dei gruppi;

- *gruppi con holding pura e holding mista*: la distinzione poggia sul tipo di attività svolta dalla capogruppo (*holding*). La *holding* pura o finanziaria non svolge alcuna attività operativa, ma si limita alla sola attività finanziaria di gestione delle partecipazioni azionarie; funge esclusivamente da guida e coordinamento delle aziende partecipanti e non è dotata di alcuna struttura operativa. La *holding* mista, accanto alla gestione delle partecipazioni nelle altre aziende, svolge anche attività di tipo operativo, funge da coordinamento delle aziende partecipanti ed è dotata di una propria struttura operativa.

Tra le due tipologie esistono comunque delle analogie, che riguardano gli aspetti finanziari della gestione, ed anche delle differenze che discendono dagli aspetti tecnico-produttivi che caratterizzano in via esclusiva le strutture patrimoniali e le manifestazioni economiche della capogruppo industriale.

Con riferimento alla natura ed all'intensità delle connessioni o delle interdipendenze tra la *holding* e le *subsidiaries* (unità organizzative locali), si possono identificare quattro diversi ruoli che la prima può rivestire: coordinamento, fornitura di servizi, sviluppo di elementi comuni e centro finanziario.

Nel primo caso la holding coordina l'attività svolte dalle diverse sussidiarie nei vari contesti locali con l'obiettivo primario di conseguire delle sinergie tra le diverse unità del gruppo; questo sarà reso possibile dalla definizione di linee guida globali o di indirizzi vincolanti.

Tra i ruoli che può ricoprire, vi è anche la fornitura di servizi a valore aggiunto a favore delle unità locali che presidiano i vari contesti locali; il valore aggiunto di questi servizi si originano dalle economie di scala, ampiezza e specializzazione che si possono originare dalla condivisione di risorse tecnologiche, di produzione e commerciali ovvero sulla possibilità di trasferire *know-how* nelle attività condivise.

In questi casi, la holding potrà svolgere tutte le attività connesse alla pianificazione strategica ed al marketing strategico.

Terzo ruolo che può essere dalla capogruppo ricoperto è lo sviluppo di elementi comuni, quali la *mission*, l'orientamento strategico e dei valori dell'intera impresa: questi elementi sono alla base del linguaggio comune e condiviso che permette di mantenere coeso l'insieme delle unità locali.

Infine, può ricoprire il ruolo di centro finanziario, come prima ampiamente descritto.

Bisogna fare attenzione a non confondere la distinzione della *holding*, con quella tra gruppo finanziario e gruppo industriale o economico: una *holding*

finanziaria, può essere alla guida di un gruppo economico o una *holding* industriale essere al vertice di un gruppo finanziario: ad ulteriore conferma che il gruppo è una cosa ed altra cosa è l'azienda che lo conduce;

- *gruppi finanziari, economici e misti*: sono definiti a seconda del livello di complementarietà operativa tra le diverse aziende del gruppo. Nei gruppi finanziari, le società svolgono attività tra di loro talmente differenti, che risulta impossibile instaurare una qualsiasi forma di collaborazione operativa, ed hanno il vantaggio di consentire il frazionamento dei rischi. I gruppi economici, sono costituiti da società che svolgono attività uguale, affine o complementare tanto da render possibili processi di integrazione orizzontale o verticale; sono tendenzialmente stabili e consentono di ottenere economie di scala e di differenziazione.

Il legame finanziario non può, comunque, essere considerato esclusivo e disgiunto da quello economico: ciò detto, si deve riconoscere che nei gruppi finanziari la coesione tra le diverse unità è minore che in quelli economici in quanto, per la promiscuità delle attività svolte, mancano importanti elementi connettivi rappresentati dalle integrazioni produttive tra le aziende. Queste condizioni, inoltre, possono incidere sulla stabilità delle strutture comuni. In questi gruppi, infatti, le partecipazioni di controllo presentano una maggiore elasticità e per questo sono più spesso oggetto di acquisti, vendite e permutazioni.

A ben vedere, però, i gruppi spiccatamente finanziari in cui l'eterogeneità delle produzioni è assoluta o quanto meno molto pronunciata sono assai rari; così come sono sempre più rari i gruppi economici in senso stretto, nei quali le diverse unità sono ordinate tutte ad una medesima lavorazione o a produzioni strettamente integrate tra loro.

E' per questo che nella realtà sarà più facile avere a che fare con i gruppi misti, che sono gruppi nei quali, pur riscontrando una certa eterogeneità di fondo tra le società partecipanti, è possibile individuare delle linee di omogeneità tra i sottogruppi delle aziende stesse;

- *gruppi strategici, finanziari, patrimoniali e formali*: sono definiti in funzione del grado di complementarietà tecnico- operativa tra le diverse aziende ed il comportamento direzionale posto in essere dalla capogruppo.

Nei gruppi patrimoniali, il grado di integrazione è basso, in quanto la capogruppo si limita ad acquisire e vendere le partecipazioni di controllo detenute sulla base di un giudizio di pure convenienza economica, senza intervenire minimamente nella gestione delle singole unità o nella nomina dei rispettivi Consigli di Amministrazione.

Il livello di integrazione è medio- basso nei gruppi finanziari, in cui la capogruppo condiziona anche le attività di investimento e finanziamento delle aziende controllate, intervenendo nella nomina/revoca degli organi societari delle stesse, nelle politiche di finanziamento e nella formazione del budget.

Nei gruppi industriali ed imprenditoriali l'integrazione è, rispettivamente medio - alta ed alta, e vi è un intervento della capogruppo diretto, in quanto individua le

strategie, gestisce le varie società con un'adeguata pianificazione strategica, in maniera molto accentrata, quasi a formare un'unica azienda conglomerale.

All'aumentare del grado di integrazione, aumenta anche il grado di rischio che, in presenza di conflitti di interessi tra gli interessi della capogruppo e quelli delle singole unità, può comportare che quest'ultime debbano subire un sacrificio del loro interesse, al fine del raggiungimento di quello del gruppo;

- *gruppi patrimoniali, finanziari, industriali ed imprenditoriali*: sono definiti a seconda del grado di integrazione delle diverse unità e dell'intervento della capogruppo nella relativa conduzione (è un approfondimento del precedente punto);
- *gruppi padronali, manageriali e consociativi*: sono classificati in relazione al grado di apertura della proprietà del gruppo.

Nei gruppi padronali, il grado di apertura è basso: il soggetto di vertice è una persona fisica ben definita o una cerchia ristretta e ben individuata di individui, spesso di una stessa famiglia, che gestisce il gruppo nel suo complesso, intervenendo direttamente nella gestione e nel coordinamento del gruppo stesso.

Nei gruppi consociativi, il grado di apertura è medio: la proprietà è aperta e frazionata, al pari della *public company*, unitamente ad un ristretto nucleo di azionisti che detengono una quota rilevante del capitale sociale; tale nucleo centrale, tende ad esser stabile e duraturo nel tempo, come nei gruppi padronali, ed è normalmente rappresentato da banche, investitori istituzionali, enti pubblici e talvolta, anche da dipendenti.

In ultimo, nei gruppi manageriali, il grado di apertura è molto alto: il soggetto economico coincide con gli amministratori della società capogruppo ovvero con coloro che esercitano direttamente il potere di governo, che in questo caso si estende anche all'attività di conduzione e coordinamento dell'intero gruppo, data la polverizzazione della proprietà e la difficoltà di individuare una compagine azionaria di comando;

- *gruppi quotati e non quotati*: sono classificati in base alla presenza nel gruppo di una o più aziende quotate in borsa. I vantaggi derivanti dalla quotazione sono quelli di poter avere accesso al mercato dei capitali quotando anche una sola delle aziende dell'aggregato e conservando in modo pieno il controllo; gli svantaggi derivano dai maggiori obblighi quali l'ampliamento dell'area di consolidamento, l'adozione dei principi contabili internazionali, la redazione delle relazioni trimestrali e semestrali, la certificazione del bilancio ed altre informazioni da fornire agli organismi di vigilanza dei mercati.

Di seguito, verranno analizzati i quattro modelli di gruppi organizzativi, individuati da Bartlett e Ghoshal (1987, 1989), che ricalcano le principali strategie di espansione internazionale. Trattandosi di modelli, non ce n'è uno ottimale, dovendosi guardare di volta in volta alla singola impresa ed a quale modello permette la minimizzazione dei costi organizzativi con la massimizzazione dei benefici conseguibili, direttamente o indirettamente.

4.8.1. Il modello multinazionale

Questo modello prevede differenti risposte alle diverse pressioni locali, derivanti dai Paesi in cui le singole aziende risiedono, dando così a queste ultime un'ampia autonomia organizzativa. Ha quindi una struttura divisionale, con divisioni di mercato che ricevono dalla capogruppo le *core competences* per poter competere nelle aree di riferimento ed operano con elevato grado di autonomia. Spesso i rapporti tra la capogruppo e le singole divisioni sono molto limitati, ed anzi, spesso, sono solo finalizzati al mero trasferimento di profitti e dividendi.

La localizzazione all'estero delle attività *core* della catena del valore garantisce alle imprese la massima flessibilità rispetto alle evoluzioni ambientali dei vari contesti nazionali; spesso le singole divisioni riescono anche ad esser più competitive dei *competitors* nazionali in quanto possono combinare le *core competences*, che ricevono dalla capogruppo, con le competenze sviluppate a livello locale.

La soluzione multinazionale, tra l'altro, minimizza i costi organizzativi, essendo minime o nulle le attività di coordinamento a carico del livello centrale; tra gli svantaggi insiti in questo modello, vi sono però la difficoltà di condivisione delle risorse, delle *skills* e delle competenze base delle singole unità.

4.8.2. Il modello internazionale

La peculiarità del gruppo internazionale è che alcune attività o caratteristiche delle modalità operativa, vengono replicate in ciascuna unità nazionale, al fine di perseguire vantaggi di differenziazione a livello locale. L'obiettivo è comune a quello del precedente modello, ovvero trasferire parte delle *core competences* dalla capogruppo alle singole *subsidiaries*, ma a differenza del modello multinazionale, non si ha un completo decentramento delle attività, in quanto quelle che maggiormente esprimono le *core competences* aziendali, rimangono accentrate a livello centrale.

Questo modello, implementa la strategia internazionale, per cui l'impresa tende a realizzare e vendere prodotti e servizi standardizzati rispetto ai quali le unità periferiche possono apportare solo minime variazioni.

Ad esempio, hanno fatto proprio questo modello le imprese statunitensi, nel passato, quando potevano far leva sulla loro *leadership* nella produzione di beni di massa.

Nel recente passato, invece, le mutate condizioni del contesto economico globale, hanno comportato un uso sempre minore dello stesso: in primo luogo, perché, ha una scarsa velocità di risposta ai cambiamenti dei fabbisogni dei consumatori ed in secondo luogo, poiché le possibilità di apprendimento sono molto ridotte.

Anche da un punto di vista dei costi organizzativi, potrebbe mostrare delle inefficienze, specie in seguito a perdite di economie di scala potenziali, legate al frazionamento della capacità produttiva in tante sedi nazionali, invece della localizzazione delle stesse in un'unica *location* a basso costo.

Inoltre, rispetto alla precedente soluzione, potrebbe richiedere maggiori costi di coordinamento, data la concentrazione delle attività *core* a livello centrale e la necessità di coordinare i flussi operativi verso le sedi nazionali.

4.8.3. Il modello globale

Il modello di attuazione della strategia globale si basa sull'esigenza di ridurre al minimo i costi di produzione in modo tale da introdurre sui mercati esteri prodotti a costi unitari più bassi rispetto a quelli che i *competitors* locali riescono a proporre nei mercati nazionali. Questo modello è stato molto usato negli anni '90 dalle grandi imprese giapponesi, quali Sony, Toyota e Matsushita, quando hanno iniziato ad insediare le grandi aziende statunitensi nei loro mercati interni.

Da un punto di vista organizzativo, questo modello differisce da quello internazionale in quanto non vi è il trasferimento delle attività primarie della catena del valore nei diversi contesti nazionali, ma al contrario l'impresa sviluppa un *network* globale attraverso contratti di collaborazione di medio-lungo termine con imprese, nazionali ed internazionali, che sono in grado di garantire i prezzi più bassi. Si tratta di un *network* dinamico in cui le relazioni si aggiornano nel tempo, man mano che l'impresa riesce a trovare condizioni di costo migliori ⁽¹⁰⁶⁾.

E' caratterizzato da costi di coordinamento elevati, in quanto è elevato il grado di centralizzazione delle imprese; gli svantaggi principali risiedono nella rigidità dell'organizzazione nel rispondere al mutare delle esigenze dei vari contesti locali.

4.8.4. Il modello transnazionale

Questo modello cerca di implementare contemporaneamente la strategia globale e quella multinazionale, attraverso l'integrazione globale e l'adattamento locale (Bartlett, Ghoshal, 2000): è ideale per le grandi aziende multinazionali con sussidiarie presenti in molti Paesi che cercano di sfruttare a livello globale e locale i vantaggi derivanti da cambiamenti tecnologici, rapida innovazione, apprendimento e condivisione della conoscenza a livello globale. E' il tipo più avanzato di organizzazione internazionale; è l'esempio migliore sia in termini di complessità organizzativa, sia intermini di coordinamento tra le vari parti.

¹⁰⁶ M. CAROLI, *Economia e gestione delle imprese internazionali*, McGraw-Hill, Milano, 2008, 125.

Da un punto di vista organizzativo, il modello prevede l'allocazione delle diverse attività della catena del valore in quei contesti nazionali in cui sia possibile sfruttare condizioni favorevoli di costo, al fine di conseguire i vantaggi di standardizzazione dell'integrazione globale; attraverso la distribuzione della restanti attività nei vari ambiti locali, è possibile, invece, conseguire i vantaggi di differenziazione.

Ogni divisione estera, dovrà pertanto, esser capace di cercare e sviluppare *skills* e risorse che riceve dalle altre divisioni e trasferire verso le altre divisioni prodotti e processi rinnovati.

Nel modello transazionale, si crea quindi un vero *network* integrato di singole attività che sono tra loro collegate per raggiungere gli obiettivi multidimensionali dell'organizzazione complessiva.

L'esigenza di adattamento locale, impongono il trasferimento delle attività di marketing e produzione nei vari contesti nazionali, comportando un considerevole aumento dei costi di coordinamento (a ben vedere, infatti, questo modello è quello che comporta i costi di coordinamento maggiori legati all'ingente ammontare di risorse che deve esser scambiato tra le diverse divisioni a livello mondiale).

La filosofia gestionale è basata sull'interdipendenza anziché sulle condizioni diametralmente opposte di una completa indipendenza divisionale o di una totale dipendenza delle unità dalla sede centrale.

Diverse sono le caratteristiche distintive rispetto alle precedenti tipologie:

- le proprietà e le risorse sono disperse su scala mondiale in attività altamente specializzate e tra di loro collegate tramite relazioni di interdipendenza;
- le strutture sono flessibili e sempre mutevoli;
- i manager delle sussidiarie avviano strategie ed innovazioni che diventano strategie per l'intera azienda;
- l'integrazione ed il coordinamento sono ottenuti principalmente attraverso la cultura aziendale, la condivisione della visione e dei valori e lo stile di gestione, piuttosto che attraverso strutture e sistemi formali.

4.9. La *corporate governance* dei gruppi

L'introduzione della disciplina di cui agli artt. 2497 e ss., c.c., comporta nei gruppi l'esigenza di adottare un sistema di *corporate governance* finalizzato a :

- verificare l'effettiva attuazione dell'attività di direzione e coordinamento;
- prevenire l'insorgere di potenziali conflitti di interesse delle singole società appartenenti al gruppo ovvero tra di esse;
- prevenire azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi e di controllo delle singole società appartenenti al gruppo;
- tutelare i diritti delle minoranze;
- salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale nei confronti dei creditori;

- creare valore;
- rispettare in generale tutti gli interessi coinvolti nell'attività svolta dal gruppo.

E' opportuno precisare che, i gruppi bancari ed i gruppi di società quotate, hanno già adottato dei modelli di governo societario, al fine di ottemperare all'esigenze di vigilanza consolidata della Banca d'Italia e della Consob.

4.9.1. La composizione dell'organo amministrativo

La consolidata esperienza dei gruppi bancari e quotati ha fatto da guida ed ha evidenziato l'esigenza di disporre di un organo amministrativo (Cda o consiglio di gestione, a seconda del modello amministrativo adottato) composto sia da amministratori esecutivi, ovvero gli amministratori delegati, il presidente, nel caso gli vengano attribuite deleghe, e gli amministratori che ricoprono funzioni direttive nelle società, e di amministratori non esecutivi. Questi ultimi, apportano le loro competenze nelle discussioni consiliari, in modo da favorire un esame degli argomenti in discussione secondo prospettive diverse ed una conseguente adozione di deliberazioni mediate, consapevoli ed allineate con l'interesse sociale. La loro presenza consente un'analisi neutrale delle operazioni da porre in essere, al fine di evitare che le stesse siano mosse esclusivamente da interessi personalistici o da logiche di gruppo, senza tener conto degli interessi delle minoranze. In particolare, essi:

- garantiscono un sistema di *check and balance*;
- colmano il *gap* informativo esistente tra gli azionisti e gli amministratori esecutivi;
- supervisionano gli amministratori esecutivi con riferimento alle *performance* finanziarie ed alle decisioni strategiche di impresa.

Se questa suddivisione viene replicata ad ogni livello di gruppo, e non alla sola capogruppo, si può limitare l'insorgere di responsabilità *ex art.* 2497, c.c..

Sostanzialmente si identificano quali non esecutivi, gli amministratori indipendenti ⁽¹⁰⁷⁾.

Definita la composizione ideale dell'organo amministrativo, appare doveroso sottolineare ciò che sovente avviene nella pratica: spesso, accade che i gruppi siano caratterizzati dalla contemporanea presenza di uno stesso amministratore nell'organo di più società facenti parti del gruppo; si è solito definire questo fenomeno con l'espressione "*interlocking directors*".

La presenza di questi soggetti risponde ad esigenze di direzione e coordinamento del gruppo, al fine di agevolare il recepimento e l'implementazione delle direttive impartite dalla capogruppo e di favorire il flusso informativo sia internamente al gruppo che al di fuori dello stesso.

¹⁰⁷ Si rimanda alla trattazione di A. R. VONWILLER, *I gruppi societari, op.cit.*, 51.

Ma questa contemporaneità di incarichi, può, anche, generare conflitti di interessi e problematiche inerenti al trattamento di informazioni riservate.

A riguardo, è stato importante il contributo normativo, infatti:

- la nuova formulazione dell'art. 2390,c.c., prevede che gli amministratori, salvo autorizzazione assembleare, non possono assumere la qualifica di socio illimitatamente responsabile in società concorrenti, ovvero esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi né possono assumere la qualifica di amministratori o direttori generali in società concorrenti;
- il nuovo art. 2391, così recita *“l' amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la portata, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile”*.

E così prosegue il quarto comma *“l'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione”*.

Al quinto comma del medesimo articolo viene stabilito che l'amministratore risponde dei danni derivati alla società dall'utilizzazione a proprio vantaggio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

4.9.1.1. Le operazioni con parti correlate

Con il D. LGS. 28 dicembre 2004, n. 310, è stato introdotto un articolo molto rilevante in termini di *corporate governance*, l'art. 2391-*bis* disciplinante le operazioni con parti correlate.

E' questo un tema di notevole importanza per il duplice riflesso sulla vita societaria e sul mercato dei capitali ed al contempo di un'estrema difficoltà di inquadramento in una definizione formale per la poliedricità delle forme in cui può concretizzarsi nella realtà: infatti lo stesso articolo, rinuncia ad esprimere un concreto contenuto normativo, preferendo demandare il compito allo Consob ed all'autoregolamentazione degli organi amministrativi delle società.

Il primo comma così recita: *“Gli organi di amministrazione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottano, secondo principi generali indicati dalla Consob, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e li rendono noti nella relazione sulla gestione; a tali fini possono farsi assistere da esperti indipendenti, in ragione della natura, del valore o delle caratteristiche dell'operazione”*.

Con l'espressione "parti correlate" si vuole quindi decampare dal concetto di controllo, e la stessa Consob, nella circolare 2064231 del 30 settembre 2002, ha chiarito il concetto stabilendo che con detta espressione non si intendono le sole società controllanti e/o controllate, ma anche i soggetti partecipanti a sindacati di voto in grado di esercitare il controllo, i soggetti collegati in grado di esercitare un'influenza notevole, le persone dotate di poteri e responsabilità nell'esercizio di funzioni amministrative, direttive e di controllo, i familiari stretti di questi soggetti ed i soggetti che subiscono il loro controllo e la loro influenza, nonché le società e gli enti che abbiano in comune la maggioranza degli amministratori (¹⁰⁸).

Più recentemente però ha preferito rimandare alla definizione offerta in materia dai principi contabili internazionali (IAS 24).

Altra lacuna del riformatore è stata l'omissione dell'obiettivo che la norma si propone di perseguire, che viene fortunatamente colmata dall'art. 71-bis del regolamento Consob 11971, il quale lo individua nel disciplinare e render palesi le operazioni che *"per oggetto, corrispettivo, modalità o tempi di realizzazione possono avere effetti sulla salvaguardia del patrimonio aziendale o sulla completezza e correttezza delle informazioni, anche contabili"*.

Nel giugno del 2010, è stato pubblicato sul sito della Consob la delibera n. 17389 che modifica e corregge sia il regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate, approvato con la delibera del 12 marzo 2010, sia il regolamento 16191 del 29 ottobre concernente la disciplina dei mercati.

Con specifico riferimento al Regolamento in materia di operazioni con parti correlate, la delibera ha apportato revisioni ed integrazioni ad alcune disposizioni ed ha contestualmente modificato la tempistica per l'adozione del Regolamento. In particolare, il termine per la realizzazione del regime della trasparenza informativa per le operazioni di maggiore rilevanza e quello di adozione delle procedure sono stati posticipati al 1° dicembre 2010. E' invece rimasto inalterato il termine del 1° gennaio 2011 per l'applicazione del regime procedurale per l'esecuzione delle operazioni di maggiore rilevanza e per la disciplina del cumulo.

La Consob ha inoltre pubblicato una bozza di comunicazione che contiene indicazioni ed orientamenti della Commissione per l'applicazione del Regolamento per le operazioni con parti correlate. La bozza di comunicazione riguarda diversi profili, tra i quali:

- l'applicazione dell'esenzione consentita per le operazioni ordinarie, come definite della'art. 3 lett. d) del Regolamento in materia di operazioni con parti correlate;
- le informazioni da fornire nel caso di operazioni con parti correlati per le quali l'emittente non pubblichi il documento informativo previsto dal Regolamento;
- la definizione di amministratore indipendente (¹⁰⁹).

¹⁰⁸ F. FERRARA & F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, op.cit., 593.

¹⁰⁹ www.assonime.it e www.consob.it

4.9.2. Il collegio sindacale

La riforma del diritto societario ha profondamente innovato la disciplina relativa all'organo di controllo, ampliando le configurazioni con cui esso può realizzarsi ovvero, all'estremo, prevedendone una sua esclusione.

Nell'ambito dei gruppi, quest'organo è investito di un'attività di vigilanza e controllo articolata e complessa, e ne sono accresciute anche le responsabilità, con l'introduzione degli articoli 2497 e ss.

Infatti, è stata introdotta una diretta responsabilità in capo alla società dominante e, più in generale, si sono prodotti dei riflessi anche nei confronti degli organi di controllo chiamati a verificare l'adeguatezza dell'informativa fornita, delle ragioni e delle giustificazioni delle operazioni infragruppo.

Anzitutto, bisogna sottolineare, le ipotesi di ineleggibilità e di decadenza dei sindaci, previste dall'art. 2399 del codice civile.

L'art. 2403, c.c., impone al collegio sindacale di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, di rispettare i principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e del suo concreto funzionamento. Si passa pertanto da un controllo sull'amministrazione della società ad un controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione.

Più precisamente, i sindaci saranno tenuti ad accertare:

- che gli amministratori agiscano con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico;
- che la struttura organizzativa dell'impresa sia adeguata alle operazioni da porre in essere;
- che la patrimonializzazione e le risorse dell'impresa siano sufficienti a finanziare le operazioni e che l'indebitamento sia sopportabile della società e che comunque vi siano ragionevoli prospettive di continuazione dell'attività;
- che vi sia una congruità tra l'utile sperato ed il capitale investito in relazione al tasso di rischio insito nell'operazione;
- che i rischi prevedibili siano adeguatamente coperti in forma assicurativa.

Da quest'elencazione, emerge come detto articolo, nulla preveda sulla vigilanza relativa all'adeguatezza del sistema di controllo interno o delle disposizioni impartite dalla società alle controllate, per i flussi informativi necessari alla redazione del bilancio consolidato.

Al contrario, l'art. 149 del TUF, al punto c) individua tra i doveri del collegio sindacale la vigilanza *“sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione”*; al punto c-bis *“sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste dai codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di*

categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi” ed al punto d) impone di vigilare “sull’adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate”.

Quest’ultimo punto va coordinato con il disposto dell’art. 114, comma 2, TUF secondo il quale *“gli emittenti quotati impartiscono disposizioni occorrenti affinché le società controllate forniscano tutte le notizie necessarie per adempiere agli obblighi di comunicazione previsti dalla legge. Le società controllate trasmettono tempestivamente le notizie richieste”.*

Con riferimento alla vigilanza imposta al punto c), nell’ambito di un gruppo, il collegio sindacale dovrà verificare che, all’interno della capogruppo vi sia un adeguato *staff* di supporto all’organo amministrativo, che formalizza le direttive impartite dal gruppo e gestisce i rapporti con le singole società operative; vi sia un adeguato sistema di gestione dei flussi informativi tra capogruppo e società controllate, attraverso la predisposizione di appositi regolamenti di gruppo e di manuali sulle procedure organizzative di gruppo e che vi sia la presenza di una funzione delegata alla gestione dei rischi ed ai controlli operativi a livello di gruppo. Dovrà, altresì, verificare che, all’interno delle società controllate esista un dipartimento per la gestione dei rapporti con le altre consociate e con la capogruppo; che siano adeguati i flussi informativi infragruppo e che vi sia stata l’adozione di apposite procedure organizzative di gruppo.

Ovviamente per adempiere a questi obblighi, il collegio può compiere delle operazioni, al fine di agevolare l’ottemperanza degli stessi: tali poteri sono previsti sia dal codice civile, all’art. 2403-*bis*, sia nel TUF all’art. 151, ovvero, nel caso il sistema organizzativo prescelto fosse rappresentato dal sistema dualistico o monistico, agli artt. 151-*bis* e 151-*ter*.

Tra questi poteri, spicca la possibilità di compiere ispezioni, chiedere notizie ed informazioni utili agli amministratori ovvero la possibilità di avvalersi di dipendenti o ausiliari, e l’art. 2 della Legge 262/2005 ha aggiunto anche la possibilità di *“rivolgere le medesime richieste di informazione direttamente agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate”.*

Inoltre l’espletamento dei doveri, è facilitato dalla previsione dell’art. 150, secondo il quale gli amministratori hanno l’obbligo di riferire al collegio sindacale, con periodicità almeno trimestrale, *“sull’attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle controllate”* ed in particolare devono riferire *“sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l’attività di direzione e coordinamento”.*

In ultimo, l’art. 2407, c.c., disciplina la responsabilità dei sindaci: responsabilità che si distingue in esclusiva e concorrente.

La responsabilità esclusiva nasce essenzialmente dal mancato rispetto dei doveri di verità nelle attestazioni e di conservazione del segreto d’ufficio; la seconda nasce, invece, dalla violazione degli obblighi di esercizio del controllo sull’operato degli amministratori. L’art. 2407, comma 2, c.c., ritiene i sindaci responsabili in solido con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi *“quando il danno non*

si sarebbe prodotto” se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

4.9.3. Il controllo contabile nei gruppi

La riforma del diritto societario ha profondamente innovato la disciplina del controllo contabile delle società di capitali, ed ai sensi della art. 2409-ter, c.c., esso si sostanzia:

- nella verifica, nel corso d’esercizio, e con periodicità almeno trimestrale, della regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione;
- nella verifica della rispondenza del bilancio di esercizio, e ove redatto, del bilancio consolidato, alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e della conformità degli stessi alle norme che li disciplinano;
- nell’espressione con apposita relazione di un giudizio sul bilancio d’esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto.

Merita un approfondimento la revisione contabile dei gruppi, in quanto vi sono apposite disposizioni, previste dal TUF e dal Regolamento Consob, n.11971 (“Regolamento Emittenti”).

La società incaricata della revisione contabile di una società capogruppo quotata è detta *“interamente responsabile”* per la revisione del bilancio di gruppo (art. 165, comma 1-bis): l’avverbio *“interamente”* è da intendersi non solo nella necessità di tener conto dei documenti di revisione delle società incaricate della revisione contabile delle altre società appartenenti al gruppo e nel poter richiedere ulteriori documenti e notizie utili alla revisione tanto alle società di revisione che agli amministratori, ma si estende fino al potere di procedere direttamente ad accertamenti, ispezioni e controllo presso le medesime società.

Questa disciplina si applica anche alle società che controllano società con azioni quotate e alle società sottoposte con queste ultime a comune controllo (165-bis).

L’art. 165 del TUF, prevede che le società italiane controllate da società quotate sono assoggettate alla revisione contabile, ai sensi del TUF (e non del codice civile), salvo l’applicazione delle esenzioni previste dagli articoli 151 e 151-bis del Regolamento Emittenti.

Infatti, sono assoggettate alla revisione contabile ai sensi del TUF, le società italiane controllanti di quotate e quelle soggette a comune controllo con la quotata e prevede l’obbligo della verifica delle situazioni contabili delle società estere controllanti di quotate e di quelle soggette a comune controllo con la quotata.

Ai sensi dell’art. 150-bis del Regolamento Emittenti, le società estere controllanti di quotate o sottoposte a comune controllo con la società quotata sono soggette alla sola verifica delle situazioni contabili predisposte ai fini del consolidamento soltanto se ed in quanto siano a loro volta controllate (direttamente o

indirettamente) da società italiane che redigano il bilancio consolidato: pertanto, la mancanza del bilancio consolidato, determina l'esclusione dell'obbligo di verifica delle società controllate estere.

Per identificare le società estere (controllanti di quotata o soggette a comune controllo) da assoggettare a verifica delle situazioni contabili è quindi necessario verificare se esse sono a loro volta controllate da una società italiana che predisponesse il bilancio consolidato.

L'art. 151 del Regolamento Emittenti, prevede dei criteri di esenzione sia quantitativi che qualitativi; i criteri di esenzione quantitativi, non sono applicabili qualora esistano i presupposti per l'applicazione dei criteri qualitativi, elencati al secondo comma del medesimo articolo (contratti, impegni, garanzie e rischi assunti dalla controllata idonei ad influenzare in maniera rilevante la situazione economica-patrimoniale del gruppo).

Detti criteri di esenzione, quantitativi, si applicano sia alle società italiane che a quelle estere e vengono calcolati:

- per le controllate di quotate: sulla base dei valori di bilancio consolidato delle società quotate;
- per le controllanti e soggette a comune controllo con la società quotata: sulla base del bilancio consolidato predisposto dalla società italiana o estera posta al livello più elevato nella catena di controllo della società con azioni quotate.

La società controllante che predisponesse il bilancio consolidato a livello più elevato è quindi da intendersi indifferentemente quale soggetto giuridico italiano o estero, ed è sempre quello posto a livello più elevato nella catena.

Se la società posta al livello più elevato non predisponesse il bilancio consolidato, i parametri di esenzione sono calcolati sulla base del bilancio consolidato della società (sia italiana che estera) posta al livello immediatamente inferiore nella catena del controllo, nel quale le società sottoposte a comune controllo sono incluse.

L'art. 152, Reg. Emittenti, considera l'ambito temporale di applicazione delle precedenti norme e stabilisce che: la perdita dello "*status*" di società in rapporto di controllo con la quotata determina la cessazione dell'incarico ai sensi del TUF e specifica che la variazione dei parametri indicati negli artt. 151 e 151-*bis* nel corso dell'incarico non determina il venir meno dell'incarico TUF (art. 152, comma 2); inoltre il comma 4, del medesimo articolo, suggerisce l'allineamento della durata dell'incarico conferito dalla società quotata con quella degli incarichi conferiti dalle società in rapporto di controllo.

4.9.4. Gli organi deputati all'indirizzo, coordinamento e controllo del gruppo

L'attività di direzione e coordinamento di un gruppo richiede che siano emanate apposite direttive nei confronti delle società operative, attraverso la definizione di *mission* delle singole società, dei piani strategici di sviluppo, dei piani di ristrutturazione del gruppo e dei budget finanziari e che vi siano un costante scambio di informazioni tra le società appartenenti al gruppo.

La direzione ed il coordinamento, però, non esauriscono le attività di *governance*, necessarie al gruppo, rendendosi altresì necessario il controllo finanziario e patrimoniale del gruppo nonché ad evidenziare eventuali profili di rischio.

Solitamente le funzioni di direzione, coordinamento e controllo sono esercitate dall'organo amministrativo della società capogruppo. Al fine dell'espletamento di queste funzioni, gli amministratori potranno avvalersi di un *Corporate Center*.

Il *Corporate Center* è organo di *staff* della direzione generale presso la capogruppo; interagisce con gli organi amministrativi e di controllo della capogruppo, nonché con i medesimi organi delle società operative. E' un organo di raccordo dei flussi informativi tra capogruppo e società operative.

Tra le funzioni che può rivestire, si citano le funzioni a carattere tecnico-operativo o di indirizzo e gestione di gruppo (hanno una rilevanza interna) ovvero attività di R&D o di consulenza su eventuali operazioni straordinarie (rilevanza interna).

Ogni gruppo, necessita di un adeguato sistema di controlli interni: tale sistema è stato prima di tutto sviluppato per i gruppi bancari e finanziari, ed infatti la Circolare della Banca d'Italia 229/99 sancisce che *"il sistema dei controlli interni è costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad assicurare il rispetto della strategie aziendali ed il conseguimento delle seguenti finalità:*

- *efficacia ed efficienza dei processi aziendali* (amministrativi, produttivi, distributivi, etc.);
- *salvaguardia del valore delle attività e protezione delle perdite;*
- *affidabilità e integrità delle informazioni contabili e gestionali;*
- *conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne.*

Successivamente, con il principio di revisione n. 400 ne è stata data un'ulteriore definizione, ovvero *"l'insieme delle procedure adottate dalla direzione per favorire il raggiungimento degli obiettivi aziendali ed assicurare una condotta efficiente ed ordinata della propria attività, intendendo con tali espressioni il rispetto delle politiche aziendali, la salvaguardia dei beni, la prevenzione e l'individuazione di frodi ed errori, l'accuratezza e la completezza delle registrazioni contabili e la preparazione tempestiva di informazioni contabili affidabili"*.

I controlli, come già si è detto, coinvolgono gli organi amministrativi, il collegio sindacale, la direzione e tutto il personale; sono parte integrante dell'attività

quotidiana e se ne possono individuare, con specifico riferimento alle banche, ma facilmente applicabili a tutti i gruppi, di tre tipologie:

- 1) i controlli di linea;
- 2) i controlli sulla gestione dei rischi;
- 3) l'attività di revisione interna (*Internal Audit*).

Anche per la definizione dell'*Internal Audit*, si hanno sue differenti definizioni: la prima deriva dalla Circolare della Banca d'Italia 229/99 seconda la quale è "*l'attività volta ad individuare andamenti anomali, violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare la funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni. Essa è condotta nel continuo, in via periodica o per eccezioni, da strutture diverse ed indipendenti da quelle produttive, anche attraverso verifiche in loco*", mentre per l'Associazione Italiana *Internal Auditors* è "*l'attività indipendente ed obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. Assiste l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo, di gestione dei rischi e di Corporate Governance*".

Il grande limite della nostra normativa, è che vi sono due soli riferimenti in materia: l'art. 150, comma 3, del TUF e l'art. 2409-*octiesdecies*, comma 6, quando definisce il comitato per il controllo interno sulla gestione (organo deputato al controllo nel modello monistico).

Ad ogni modo, la responsabilità del sistema di controllo interno compete all'organo amministrativo della capogruppo, che provvede a fissarne le linee di indirizzo ed a verificarne periodicamente l'adeguatezza e l'effettivo funzionamento, assicurandosi che principali rischi aziendali vengano identificati e gestiti idoneamente.

Per agevolare questi controlli, si istituisce all'interno dell'organo amministrativo, un comitato per il controllo interno, composto da amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti, deputato a supportare il Cda nella sua attività di valutazione del sistema dei controlli interni.

Poiché, l'attività svolta dal comitato è in parte coincidente con le aree sottoposte alla vigilanza del collegio sindacale, si raccomanda che le attività di detti due organi siano tra di loro coordinate.

Inoltre, all'interno del Cda viene individuato, tra i delegati, un amministratore esecutivo incaricato, il cui compito è quello di sovrintese alla funzionalità del sistema di controllo interno.

Questo soggetto è anche incaricato di proporre al Cda, la candidatura per il soggetto preposto al controllo interno, chiamato a dirigere la funzione di *Internal Audit*.

Rientrano tra i suoi compiti: la verifica dell'adeguatezza, della piena operatività e funzionalità del sistema di controllo interno e deve riferire dell'operato al collegio sindacale ed al comitato per il controllo interno circa le modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi, nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro

contenimento ed esprimere una valutazione sull'idoneità del sistema del sistema di controllo interno a conseguire un accettabile profilo di rischio complessivo.

Per espletare detta funzione, il soggetto deve essere indipendente (non deve essere responsabile di alcuna area operativa e non deve dipendere da nessun responsabile di area operativa), deve avere libero accesso alle informazioni necessarie per lo svolgimento delle proprie mansioni e deve disporre di mezzi adeguati per lo svolgimento delle stesse.

4.9.5. Gli strumenti di indirizzo, di coordinamento e di controllo

Quanto fino ad ora esaminato deve necessariamente trovare espressione in appositi documenti che definiscano le linee guida per l'esercizio delle funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo.

L'esperienza dei gruppi con società quotate nei mercati regolamentati, ha evidenziato le seguenti tipologie di documentazione, da ritenersi valide, in virtù della nuova disciplina societaria, a qualunque gruppo (quotato e non):

- Codice interno di Autodisciplina;
- Regolamento Interno di gruppo;
- procedure operative di gruppo;
- Codice Etico;
- direttive emanate dal *Corporate Center* di gruppo;
- pareri consultivi rilasciati dal *Corporate Center* di gruppo;
- lettere circolari indirizzate a tutte le società appartenenti al gruppo;
- lettere individuali indirizzate ad una o ad un gruppo di società operative;
- piani programmatici di gruppo;
- piani strategici e budget di periodo.

Tali documenti devono trovare la loro legittimazione in:

- delibere adottate dagli organi amministrativi della capogruppo;
- delibere adottate dagli organi amministrative delle singole società operative;
- disposizioni impartite da eventuali soggetti delegati in considerazione della funzione aziendale ricoperta (¹¹⁰).

4.10. Gli studi sui diversi sistemi di capitalismo

Gli studi sulle diverse forme di capitalismo hanno iniziato a svilupparsi agli inizi degli anni '90 e mirano a descrivere le principali caratteristiche dei sistemi- paese e della *corporate governance* delle grandi imprese che in essi operano al fine di

¹¹⁰ Così A.R. VONWILLER, *I gruppi societari, op.cit.*, 70-71.

comprenderne il funzionamento ed indagano la relazione che si pone tra le caratteristiche specifiche di ogni sistema- paese e le *performance* delle imprese che in essi operano.

Le ricerche empiriche hanno evidenziato che, sui modelli di capitalismo che si sono sviluppati nei maggiori Paesi industrializzati, ogni nazione si caratterizza per sistemi di *governance* peculiari a causa della forte influenza che normativa, istituzioni e le norme sociali, esercitano sulle caratteristiche e sul funzionamento dei modelli stessi.

Gli studi hanno evidenziato una netta distinzione tra il modello capitalistico anglosassone, tipico di Gran Bretagna e Stati Uniti, e quello che caratterizza i sistemi economici tedesco e giapponese.

Il primo modello è definito *marked oriented* o *outsider system* per la forte enfasi che pone sul ruolo del mercato dei capitali, quale strumento in grado di disciplinare il *management* e favorire la creazione di valore per gli azionisti.

E' dominato dalle grandi *public companies*, in cui i *top manager* sono la coalizione dominante orientata a bilanciare la necessità di garantire una buona *performance* azionaria ed il desiderio di appropriarsi di benefici privati.

Le relazioni interaziendali sono gestite mediante meccanismi di mercato, hanno breve durata, i contratti sono formalizzati e non è possibile intrattenere rapporti di tipo cooperativo poiché vi è una severa normativa *antitrust*.

Il sistema anglosassone si caratterizza per il grande numero di imprese quotate e per l'elevata trasparenza ed efficienza del mercato azionario. Le crisi aziendali sono di solito gestite ricorrendo al mercato per il controllo societario, che determina l'ingresso di un azionista di controllo e la sostituzione del management responsabile della cattiva *performance* aziendale.

Il modello tedesco-giapponese è definito *network oriented* o *insider system* per la forte enfasi che attribuisce alle relazioni tra imprese industriali e finanziarie e per la presenza di una coalizione di azionisti di controllo. La forma assunta, è quella del grande gruppo misto industriale- finanziario controllato da una stabile coalizione di azionisti che, impongono ai vertici aziendali di perseguire lo sviluppo e la crescita di lungo periodo, anche a costo di penalizzare la redditività di breve- termine, ovviamente sotto la supervisione di alcuni intermediari finanziari.

Le relazioni interaziendali sono di tipo collaborativo, i contratti sono rafforzati dalla presenza di partecipazioni azionarie e di norme sociali, e sono usuali anche gli accordi cooperativi tra aziende appartenenti agli stessi settori.

Il mercato azionario di questi paesi, è spesso meno trasparente ed efficiente di quello dei paesi anglosassoni e la presenza di una coalizione stabile di azionisti di controllo impedisce la realizzazione di scalate ostili.

4.10.1. Il modello capitalistico italiano

L' Italia, la Francia, la Spagna, il Belgio, il Portogallo e la Grecia costituiscono il cosiddetto "sistema latino". Questo modello si caratterizza per la presenza di un azionista di controllo, forti legami tra le imprese e uno scarso ruolo del mercato dei capitali.

Il sistema economico italiano si presenta con un insieme variegato di assetti proprietari e di modelli di *governance* che comprende, oltre alle grandi imprese pubbliche e private, le piccole e medie imprese familiari indipendenti, le piccole e medie imprese aggregate nella forma di costellazioni, le cooperative ed i consorzi, le filiali delle multinazionali estere (¹¹¹).

In Italia, quindi, si distinguono due poli che si sono sviluppati in modo parallelo e poco integrato: il polo della piccola e media impresa ed il polo della grande impresa. Questo modello bipolare è peculiare della nostra realtà e si è sviluppato grazie a fattori di vario genere come, ad esempio, fattori storici, sociali, culturali, economici, politici, etc..

Nel nostro sistema economico sono scarsamente diffusi alcuni tipi di imprese che caratterizzano i principali paesi industrializzati: non vi sono intrecci tra gruppi industriali e finanziari, così come invece accade in Germania ed in Giappone, per effetto della legge bancaria del 1936.

Nonostante sia stata modificata a partire dal 1993, è data possibilità alle banche di acquisire partecipazioni industriali nei limiti del 15% del patrimonio dell'azienda partecipata e del 3% di quello bancario, le banche italiane non hanno finora acquisito partecipazioni rilevanti in grandi imprese industriali. I pochi casi che si sono verificati sono stati legati alla necessità di trasformare in capitale di rischio i finanziamenti concessi ai grandi gruppi industriali in crisi di liquidità, al fine di alleggerire una severa crisi finanziaria, se non addirittura di salvarli dal fallimento.

La struttura azionaria delle grandi imprese italiane risulta essere, al pari di quella di altri paesi dell'Europa continentale, molto concentrata.

Il primo azionista controlla, mediamente, il 50% dei diritti di voto e le società ad azionariato diffuso sono praticamente assenti nel nostro Paese per diversi ragioni. Queste società, infatti, si diffondono nei paesi caratterizzati dalla tradizione legale del *common law* che attribuisce una forte tutela agli azionisti, mentre la bassa tutela concessa ai conferenti di capitale di rischio dai sistemi legali di tradizione tedesca o francese, hanno favorito l'insorgere di un'azionista o di una coalizione di azionisti di controllo. Secondo altra tesi, l'assenza di grandi *public companies* è da ricondursi all'assenza dei grandi investitori istituzionali ed, in particolare, dei fondi pensione (¹¹²).

¹¹¹ A. ZATTONI, *L'assetto istituzionale delle imprese italiane*, Egea, Milano, 2004.

¹¹² I fondi pensione anglosassoni gestiscono un patrimonio molto più grande dei fondi degli altri paesi ed hanno anche una maggiore propensione ad investire il loro patrimonio in azioni.

L'assetto proprietario dominante nel nostro Paese è quello "familiare": per mantenere il controllo su aziende di grandi dimensioni, le famiglie proprietarie hanno tradizionalmente utilizzato alcuni strumenti legali che hanno consentito loro di coinvolgere un numero elevato di azionisti di minoranza nell'azionariato delle varie società componenti il gruppo. Gli strumenti usati dai grandi gruppi italiani per separare la proprietà dal controllo sono:

- la creazione di società controllate a cascata;
- la quotazione delle azioni di numerose società sul mercato di borsa;
- l'emissione di azioni prive o con diritto di voto limitato/subordinato;
- l'elevato ricorso all'indebitamento;
- la creazione di legami azionari con altri gruppi (¹¹³).

A conferma di quanto detto, si registra una qualche applicazione del modello della società in accomandita per azioni, proprio con l'obiettivo di conservare il potere di direzione nelle mani di esponenti famiglie imprenditoriali contro il pericolo di dispersione nascente dal passaggio tra la prima, la seconda e la terza generazione, con la polverizzazione dei pacchetti azionari nelle mani di sempre più numerosi familiari non orientati all'attività di impresa. Ciò ha finito per connotare queste società come "casseforti di famiglia", in cui sono state conferite da tutti i membri della famiglia le azioni complessivamente rappresentanti il pacchetto di controllo di una società per azioni operativa e già esistente, cosicché l'accomandita si presenta come la holding di un gruppo industriale, dove la carica di accomandatari è attribuita ai soli familiari dotati di una certa competenza gestionale.

In Italia, la grande impresa assume tipicamente la forma di gruppo. Si caratterizza per una struttura piramidale a capo della quale si posiziona la *holding*, quale centro direttivo di tutte le attività del gruppo.

I grandi gruppi italiani si differenziano da quelli degli altri paesi per il fatto di costituire, ai primi livelli successivi alla capogruppo o alla società cassaforte, società finanziarie di partecipazione con titoli quotati che hanno l'obiettivo di far partecipare altri soci al finanziamento delle attività economiche governate dal gruppo. Tali società finanziarie sono costituite, o acquisite, prevalentemente per sfruttare il meccanismo della leva azionaria, la quale consente all'azionista di controllo della società capogruppo di sottoporre alla propria influenza il massimo quantitativo di attività economiche con il minore ammontare di capitale.

I livelli societari successivi, costituiti da società caposettore e società operative non quotate, tendono ad esser controllati con quote di partecipazione al capitale sociale totalitarie e sono simili, per caratteristiche e per logica di formazione, a quelli dei grandi gruppi presenti in altri Paesi.

I gruppi privati, sono quasi sempre, controllati da un gruppo familiare unico, talvolta con il ricorso determinante dei pacchetti azionari detenuti da società e gruppi amici. L'alleanza, è spesso rafforzata da un patto di sindacato di voto o di

¹¹³ A. ZATTONI, *The structure of Corporate Groups: the Italian Case*, Corporate Governance- An International Review, gennaio 1999.

blocco che vincola i sottoscrittori a votare nello stesso modo e a non cedere le azioni possedute a soggetti che non appartengono al patto. Non si verifica nei gruppi italiani, il fenomeno dell'autocontrollo, nel senso che le partecipazioni incrociate all'interno del gruppo hanno un rilievo modesto, a causa della presenza dei vincoli legislativi precedentemente esposti.

La struttura piramidale ha permesso ad alcuni imprenditori italiani di controllare ingenti investimenti con una modesta quota di capitale, ma ha anche creato alcuni problemi quali: la maggiore opacità del mercato, sia perché non è facile comprendere chi controlla queste società, sia perché i gruppi possono trasferire facilmente risorse tra le singole aziende che lo compongono; una sostanziale disattivazione del meccanismo della scalata ostile, che dovrebbe vigilare sull'operato del *management* di queste società ed una strutturale contrapposizione di interessi ed una forte asimmetria informativa tra l'azionista di maggioranza, rappresentato, solitamente, da un'altra società, e gli azionisti di minoranza.

Capitolo V

La fiscalità comunitaria ed internazionale

5.1. L'armonizzazione delle imposte nell' Unione Europea

L'armonizzazione delle imposte indirette nella Unione Europea, è disciplinata secondo le direttive del Consiglio, così come stabilito dal Trattato CE: il Trattato, infatti, ad esso attribuisce il potere di emettere le delibere in materia, su proposta della Commissione, e dopo aver sentito il Parlamento ed il Comitato economico e sociale. In questo modo, si è voluto eliminare le disparità dei regimi fiscali nazionali, ma solo nella misura in cui, questo si renda necessario al fine di garantire il regime di libera concorrenza.

Ha comunque una portata limitata, la competenza della Comunità in materia, in quanto non può creare un proprio sistema di imposte e neanche può influire in modo illimitato sui sistemi fiscali nazionali.

La stessa nozione di "armonizzazione", presuppone la permanenza delle legislazioni nazionali, che non devono esser sostituite da norme comunitarie, né divenire tutte uguali: devono solo essere armonizzate, rispetto ad un modello comune, delineato da norme comunitarie (¹¹⁴).

L'armonizzazione, tra l'altro, si estende solo alle imposte sulle cifre d'affari, le imposte sui consumi ed altre imposte indirette quali, l'imposta sul valore aggiunto, le accise e la raccolta dei capitali.

In tema di imposte dirette, dagli anni '60 agli anni '90, si sono compiuti molti studi in tema di armonizzazione delle imposte dirette, senza però arrivare a dei risultati concreti.

Numerose furono le direttive proposte, ma solo alcune di queste sono state approvate: tra le altre, non ha avuto esiti concreti la proposta di armonizzare l'imposta sui redditi delle società (¹¹⁵).

In questo periodo considerato, gli atti comunitari approvati sono stati la Direttiva in materia di reciproca assistenza tra le autorità fiscali del 1977 ed il Regolamento che ha istituito il GEIE.

Ma è il 1990 l'anno della svolta: è in quest'anno che la Commissione ha pubblicato un documento nel quale si riafferma che per il completamento del mercato interno erano necessari interventi anche in materia di imposte dirette, ma che la portata dell'intervento doveva esser limitata al solo completamento del mercato interno.

Si abbandona l'idea di armonizzare le legislazioni nazionali in tema di imposta sul reddito delle società, riservando l'intervento comunitario ai solo regimi fiscali

¹¹⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Utet, Milano, 2008, 397; F. ROCCATAGLIATA, *Diritto comunitario tributario*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale* coordinato da V. Uckmar, III ed., Padova, 2005, 1203.

¹¹⁵ F. TESAURO, *op. cit.*, 401.

nazionali che ostacolavano le operazioni straordinarie transfrontaliere ed alla doppia imposizione internazionale.

Ed è proprio nel 1990, che il Consiglio approva tre proposte della Commissione, emanando:

1. La Direttiva Fusioni e sulle altre operazioni straordinarie che interessano società di Stati Membri diversi;
2. La Direttiva sulla distribuzione di utili tra società madri e figlie di Stati membri diversi;
3. La Convenzione arbitrale, diretta a porre rimedio alle doppie imposizioni che si verificano quando uno Stato rettifica gli utili di imprese associate residenti in Stati diversi (Convenzione di Bruxelles).

Come è facile osservare, ciascuna di queste direttive riguarda la fiscalità in ambito transfrontaliero.

5.2. La Direttiva sul trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria

La Direttiva 434/90/CEE contiene la disciplina delle operazioni straordinarie transfrontaliere, che possono essere distinte a seconda che comportino un'uscita o un'entrata di un'organizzazione imprenditoriale nell'orbita dell'ordinamento italiano. La disciplina comunitaria è stata da ultimo recepita negli artt. 178 e ss. del t.u.i.r.. La Direttiva si applica soltanto a società che:

- a) rientrino tra le tipologie indicate nell'allegato della direttiva;
- b) siano assoggettate all'imposta sul reddito delle società nel Paese di residenza.

L'obiettivo della Direttiva è di agevolare il consolidamento continentale delle imprese comunitarie, con il fine di consentire loro di raggiungere la massa critica ritenuta necessaria per competere nel mercato globale; in questo modo si impedirà che talune operazioni di riorganizzazione societaria siano assoggettate ad imposizioni ai fini delle imposte sui redditi. A tal fine, si esclude che il paese della fonte possa attuare il prelievo sui plusvalori maturati in capo al soggetto residente che partecipa all'operazione.

La condizione posta per l'ottenimento di questo regime di neutralità fiscale è che i beni plusvalenti permangano nella giurisdizione fiscale del Paese della fonte, confluendo in una stabile organizzazione dell'impresa non residente. Tale requisito, rappresenta, ad oggi, il compromesso tra le esigenze del mercato comune, che richiederebbe di poter realizzare tutte le operazioni in esame secondo un regime di neutralità fiscale, e le ragioni del Paese della fonte che per effetto dell'operazione rischierebbe di perdere la possibilità di esercitare la sua potestà impositiva dei plusvalori maturati all'interno del suo ordinamento.

Parte della dottrina ha criticato questa disciplina, in quanto sostiene che molti degli Stati membri dispongono oggi di strumenti giuridici idonei a garantire che l'eventuale rinvio del prelievo, e quindi la garanzia di neutralità fiscale di queste operazioni, non sfoci in occultamento di materia imponibile, anche laddove a seguito dell'operazione i beni della società incorporata, scissa o conferente non confluiscono in una stabile organizzazione sul territorio del medesimo Paese (tra i vari strumenti, possiamo citare lo scambio di informazioni, assistenza nella riscossione).

L'art. 2, disciplina le operazioni alle quali si applica la direttiva:

- 1) fusioni;
- 2) scissioni proporzionali, totali o parziali, concernenti aziende o rami d'azienda;
- 3) conferimenti d'attivo;
- 4) scambi di azioni;
- 5) trasferimenti di sede.

Le scissioni parziali ed i trasferimenti di sede sono stati aggiunti dalla Direttiva 2005/19/CE, recepita in Italia con il D. LGS. 6 novembre 2007, n.199, la quale ha anche apportato alcuni chiarimenti su fattispecie che avevano provocato dubbi interpretativi di un certo rilievo; si pensi alla cd. "incorporazione della stabile organizzazione" in una società residente nello stesso Paese dove si trova la stabile organizzazione, per cui si è ribadita l'applicabilità del regime di neutralità fiscale, anche prima delle modifiche del 2005; oppure alla possibilità di riportare le perdite fiscali, nei limiti dell'art. 181, t.u.i.r., della società la cui sede sia stata trasferita all'estero in capo alla stabile organizzazione in Italia sorta a seguito del trasferimento. La Direttiva 2005/19 ha poi confermato ciò che già era sostenuto in dottrina, ovvero che il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società di capitali non dà di per sé luogo all'imposizione dei soci della società trasferita.

La Direttiva 434/90 impone, allo Stato membro della società incorporata/scissa/conferente, di astenersi dall'assoggettare al prelievo i plusvalori che emergano in occasione di una delle operazioni prima elencate, quando i beni di tale società su cui sono maturati i plusvalori confluiscono in una stabile organizzazione collocata nel medesimo Stato. In tal modo si garantiscono le pretese dello Stato della fonte, ove si sono verificati i presupposti per tale incremento di valori tassabili, senza compromettere le ragioni dell'economicità e del mercato unico. Ai fini dell'imposizione nel Paese della società incorporata/scissa/conferente, i valori fiscali dei beni confluiti in una stabile organizzazione rimangono quelli riconosciuti alla società incorporata prima dell'operazione. Analogo regime è applicato ai trasferimenti di residenza.

Per beneficiare della neutralità, è necessario che anche i fondi e le riserve in sospensione di imposta siano trasferiti alla stabile organizzazione presente nel territorio. Qualunque componente aziendale fosse poi distolto dalla stabile organizzazione sconterebbe il prelievo.

Se in occasione dell'operazione viene trasferita al soggetto beneficiario anche una stabile organizzazione estera del soggetto conferente/ incorporato/scisso, il Paese di residenza di tale soggetto è autorizzato dalla Direttiva ad applicare l'imposta sui plusvalori maturati; questo perché dopo l'operazione di riorganizzazione, la stabile organizzazione estera perderà ogni collegamento con l'ordinamento fiscale di appartenenza. Per scongiurare il rischio di una doppia imposizione fiscale internazionale, è previsto che il Paese della società incorporata/ conferente/ scissa debba concedere un cd. credito di imposta nozionale pari alle imposte che il Paese in cui si trova la stabile organizzazione estera avrebbe applicato se anch'esso avesse considerato come realizzati i plusvalori maturati alla data dell'operazione. Dopo la direttiva 2005/19, questo meccanismo del credito nozionale in riferimento alle stabili organizzazioni estere è stato esteso anche alla fattispecie del trasferimento di residenza.

Per i soci, il cambio delle partecipazioni originarie con quelle della società beneficiaria non costituisce fattispecie imponibile ed il valore fiscalmente riconosciuto per le vecchie partecipazioni, viene ribaltato su quelle nuove. La neutralità dell'operazione non è compromessa dal versamento ai soci di un saldo in contanti fino al 10% del valore nominale dei titoli. La Direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di assoggettare a tassazione in capo ai soci tale saldo in contanti.

Non vi è traccia, invece, degli aspetti fiscali delle operazioni in questione rispetto al Paese di residenza del soggetto incorporante/ beneficiario della scissione/ conferitario. E' semplicemente previsto che eventuale avanzi da annullamento non possono esser tassati se la società incorporante detiene una partecipazione superiore al 10% del capitale dell'incorporata, a partire del 1 gennaio 2009 (in passato era pari al 15%); in questo modo si cerca di avvicinare la disciplina dell'avanzo da annullamento a quello dei dividendi della Direttiva Madre-Figlia.

Per quanto riguarda le perdite fiscali maturate dalla società incorporata, conferente o scissa vale il principio di territorialità dell'imposizione ed anche la Direttiva riflette la necessità che perdite formate secondo la disciplina di uno Stato non siano utilizzate per l'abbattimento dei redditi prodotto in un altro Stato.

L'art. 181, a seguito del recepimento dell'art.6 della Direttiva, t.u.i.r., stabilisce che le perdite pregresse della società incorporata, conferente o scissa possono essere riportate in capo al soggetto non residente incorporante attraverso la sua stabile organizzazione nel territorio *"proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo della stabile organizzazione e nei limiti di tale differenza"*. Non si dice nulla, invece, nel caso in cui le perdite si siano formate in capo alla stabile organizzazione nel territorio di una società non residente, incorporata da un soggetto residente: peraltro, nonostante il silenzio della direttiva e del t.u.i.r. sul punto, la dottrina ritiene che, anche in questo caso, non ponendosi il rischio di un travaso delle perdite tra ordinamenti diversi, il soggetto incorporante possa usufruire sul riporto.

La direttiva 434/90/CEE disciplina anche lo scambio di partecipazioni, per tale intendendosi, ai sensi dell'art. 2, lett. d); *"l'operazione mediante la quale una*

società acquisisce nel capitale sociale di un'altra società la partecipazione il cui effetto sia quello di conferire la maggioranza dei diritti di voto di questa società o, se dispone già di tale maggioranza, acquisisce un'ulteriore partecipazione, in cambio dell'assegnazione ai soci di quest'ultima, in contropartita dei loro titoli, di titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società ed eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10% del valore nominale o, in mancanza del valore nominale, della parità contabile dei titoli assegnati in cambio”.

Ai sensi dell'art. 8 della Direttiva “L'assegnazione, in occasione di una fusione, di una scissione o di uno scambio di azioni, di titoli rappresentativi del capitale sociale, della società beneficiaria o acquirente, ad un socio della società conferente o acquistata, in cambio di titoli rappresentativi del capitale sociale di quest'ultima società, non deve di per sé comportare alcuna imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze di detto socio”.

Anche in riferimento a queste operazioni è ribadito il principio di neutralità fiscale, in linea con il quarto considerando della direttiva stessa per il quale *“il regime fiscale comune deve evitare un'imposizione all'atto di una fusione, di una scissione, di un conferimento d'attivo o di uno scambio di azioni, pur tutelando gli interessi finanziari dello Stato cui appartiene la società conferente o acquisita”.*

La *ratio* del regime di neutralità fiscale consente di agevolare, rimuovendo ogni ostacolo di natura fiscale, le operazioni di riorganizzazione societaria che comportano la circolazione del controllo su una società residente in uno Stato membro diverso da quello della società acquirente. Per questo motivo, la neutralità è garantita solo a quelle operazioni mediante le quali la società acquirente acquista o integra il controllo sulla società *target*.

A questo riguardo deve rilevarsi che la disciplina di recepimento della Direttiva 2005/19 ha posto un particolare vincolo, previsto in sede comunitaria dal 15° considerando della direttiva 2005/19, per cui gli acquisti integrativi di un controllo già in essere devono essere eseguiti in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione del regime di neutralità fiscale, il soggetto conferente può anche essere diverso da una società.

Dal punto di vista operativo, è peraltro necessario ricordare che l'applicazione concreta del regime di neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione transfrontaliere è stata a lungo ostacolata dal fatto che la legislazione civilistica di diversi Stati Membri non consentiva di effettuare fusioni o scissioni transfrontaliere. In verità, l'Italia non rientrava tra questi Paesi, giacché si è sempre ritenuto che l'art. 25 della L. 218/1995 ammettesse questo tipo di operazioni. Questo ostacolo è stato superato anche negli altri Stati comunitari con l'introduzione del regolamento 2157/2001, entrato in vigore l'8 ottobre 2004. Tale regolamento disciplina la Società Europea, grazie alla quale è stato possibile, anche in quei Paesi che non ammettevano la realizzazione di operazioni transfrontaliere, effettuare fusioni o scissioni tra due società residenti in Paesi diversi della CE, laddove contestualmente a tale operazione si fosse appunto costituita la Società Europea.

5.3. Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento

Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento è disciplinato dall'art. 177, comma 2. T.u.i.r.: è un'operazione mediante la quale la società conferitaria acquisisce (ovvero integra in virtù di un obbligo legale o di un obbligo statutario) il controllo di diritto, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., della società le cui quote partecipative sono scambiate. Più in particolare, ricorrendo specifiche condizioni, le azioni o quote ricevute in cambio dal soggetto conferente, a seguito dei predetti conferimenti, sono valutate, in capo al conferente, in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento medesimo.

In questo tipo di operazioni, figurano tre distinti soggetti:

1. soggetto conferente;
2. soggetto conferitario;
3. società scambiata mediante le azioni oggetto di conferimento.

Il valore di realizzo in capo al soggetto conferente, viene determinato in misura pari alla corrispondente parte delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria come conseguenza del conferimento: detto incremento patrimoniale corrisponde al valore contabile di iscrizione della partecipazione in capo al soggetto conferitario. Da ciò deriva che, la plusvalenza tassabile in capo al soggetto conferente, che si realizzerà qualora la conferitaria dovesse iscrivere la partecipazione ad un valore superiore rispetto a quello riconosciuto in capo ad esso, risulterà pari alla differenza tra:

- il valore di iscrizione della partecipazione conferita nella contabilità del soggetto conferitario;
- il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione in capo al soggetto conferente.

Se la partecipazione viene iscritta, dal soggetto conferitario, ad un valore uguale a quello fiscalmente riconosciuto dal soggetto conferente, allora, non emergerà alcuna plusvalenza.

Tale norma si pone, quindi, l'obiettivo di stabilire il criterio da seguire per determinare la base imponibile, pur lasciando inalterata la natura realizzativa del conferimento.

E' questa la differenza più evidente con il regime, prima analizzato, di neutralità fiscale per le operazioni di conferimento.

Non vi sono requisiti particolari per il soggetto conferente, tanto che, tale regime, può esser applicato anche a persone fisiche non esercenti attività di impresa.

Nel 2006, l'Agenzia delle Entrate si è anche espressa in merito al requisito del controllo, stabilendo che, non essendovi alcuna precisa prescrizione nel t.u.i.r., il controllo così come definito dall'art. 2359, c.c., possa esser integrato anche se l'acquisto proviene da più soci titolari di quote della società scambiata, ciascuno

dei quali non possieda, da solo, una quantità tale da attribuirne il controllo. Detta acquisizione, dovrà, però, avvenire sulla base di un progetto unitario di acquisizione della partecipazione e deve avere ad oggetto una partecipazione che consenta, comunque, alla società acquirente di assumere il controllo della società scambiata.

La società scambiata ed il soggetto acquirente devono essere società di capitali. Il conferimento di partecipazioni deve consentire alla società conferitaria di acquisire la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della società conferita. A seguito delle riforme apportate all'art. 177 dal D. LGS. 199/2007, rientrano nell'ambito di applicazione della suddetta norma, anche le operazioni mediante le quali la società conferitaria, che già detiene la maggioranza dei diritti di voto, acquisisce un'ulteriore partecipazione in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario.

Tali previsioni sono state applicate per i conferimenti avvenuti successivamente al 1° gennaio 2007.

Le partecipazioni conferite devono consentire di esercitare il controllo di diritto ex art. 2359, comma 1, c.c., nella società scambiata che corrisponde alla maggioranza dei diritti di voto.

Tale formulazione ha creato molte perplessità: il dubbio si riferiva all'applicabilità di tale disposizione nel caso di conferimento di una partecipazione, di per sé non di controllo, ma che sommata alle partecipazioni già detenute dal soggetto conferitario, consentiva a quest'ultimo di acquisire il controllo di diritto nella società scambiata.

L'ultimo comma dell'art. 177 prevede una disposizione finalizzata ad evitare che, la disciplina prevista per le permutazioni ed i conferimenti di partecipazioni, consenta di scambiare azioni o quote prive dei requisiti previsti, per beneficiare del regime di *participation exemption* (PEX), disposto dall'art. 87, t.u.i.r., con partecipazioni che, decorso il termine minimo di possesso, possono fruire di tale agevolazione senza che emergano plusvalenze imponibili in capo al soggetto scambiante.

Infatti, per effetto del richiamo al comma 2 dell'art. 175, il regime agevolato previsto per gli scambi domestici di partecipazioni non si applica quando il soggetto conferente trasferisce partecipazioni per le quali non è applicabile il regime PEX, ricevendo in cambio azioni o quote che invece hanno i requisiti per usufruire di tale regime. In tale ipotesi il valore di realizzo delle partecipazioni scambiate è determinato in base al valore normale delle stesse, ai sensi dell'art. 9, t.u.i.r..

Il parere dell'Amministrazione Finanziaria è emerso con due risoluzioni datate 22 marzo 2007, Ris. N. 57/E, e 18 novembre 2008, Ris. 446/E: in entrambe, l'Agenzia delle Entrate si è espressa limitando l'applicabilità del regime fiscale previsto dall'art. 177, comma 2, alle sole operazioni di riorganizzazioni caratterizzate da valide ragioni economiche.

La prima Risoluzione è stata criticata sia da Assonime (Associazione delle società per azioni), nella circolare n. 20/2007, sia dall'Associazione dei Dottori Commercialisti di Milano nella Norma di Comportamento n. 170 in quanto l'art.177,

comma 2. T.u.i.r., non pone alcuna condizione in merito all'assunzione del controllo *ex novo* della società oggetto di conferimento.

Inoltre, l'art. 177 del t.u.i.r., è stato introdotto per estendere la disciplina fiscale dei conferimenti intracomunitari (Direttiva 434/90/CE) anche agli scambi di partecipazioni domestici.

Di conseguenza, al fine di interpretare opportunamente l'articolo, assumono rilevanza le linee guida della Direttiva sulle operazioni di riorganizzazione societaria e le precisazioni fornite dalla Corte di Giustizia UE. In particolare, la Corte, nella sentenza del 17 luglio 1997 n. C-28/95, prendendo in considerazione una analoga fattispecie ha affermato che *“ la circostanza che una stessa persona fisica, che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquisite, divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa esser qualificata come fusione per scambio di azioni”*.

Infatti, Assonime nella circolare 12 aprile 2007, n. 20 critica la soluzione adottata dall'Agenzia delle Entrate: l'associazione osserva che, da un punto di vista strettamente economico, la natura non realizzativa dell'operazione di scambio di partecipazioni si manifesta, a buon diritto, proprio nelle operazioni infragruppo, volte ad attuare il mero riassetto della *governance* e non già a permutare i plusvalori latenti dei beni conferiti con le partecipazioni di un'impresa societaria estranea al gruppo medesimo; caso, quest'ultimo, in cui la configurazione del conferimento come atto di realizzo troverebbe la sua reale giustificazione ai fini impositivi.

L' Assonime, proseguendo nella disamina, precisa che *“tanto la lettera dell'art. 177, comma 2, del t.u.i.r., quanto la ratio ad essa sottesa, sembrano deporre nel senso che la disciplina recata da tale norma si applichi indifferentemente sia alle operazioni di scambio che attuino un'aggregazione di imprese precedentemente indipendenti che alle operazioni poste in essere all'interno dello stesso gruppo. Sotto il primo aspetto, è di tutta evidenza che l'art. 177, comma 2, in questione, non pone alcuna condizione del genere all'applicazione della disciplina da esso recata, limitandosi a richiedere che i soci della società “scalata” attuino un trasferimento di partecipazioni che complessivamente consenta alla società conferitaria/scalante di acquisire o integrare il controllo nella prima società. Quanto al secondo profilo, va osservato che lo scambio di partecipazioni previsto dall'art. 177, comma 2, in esame, rientra nel novero delle operazioni straordinarie di cui al capo III del t.u.i.r., alla stessa stregua delle operazioni di fusione, scissione e conferimento; nel novero, cioè delle operazioni che legittimamente dovrebbero poter esser attuate all'interno di un gruppo per modificare gli assetti di *governance*, secondo le varie esigenze operative che possono di volta in volta manifestarsi. In questo senso, ad esempio, nessuno dubita che le operazioni di fusione e di scissione – in funzione della loro configurazione e del loro ambito applicativo, riconosciuto in sede civilistica prima ancora che fiscale – siano utilizzabili non solo per l'attuazione di aggregazioni aziendali fra imprese societarie fra di loro indipendenti ma anche per modificare assetti imprenditoriali fra società*

appartenenti al medesimo gruppo. Non si vede, dunque, il motivo per negare analoga valenza anche per le operazioni di scambio di partecipazioni”.

Successivamente, l’Agenzia delle Entrate è ritornata sull’argomento e sulle proprie posizioni con la Circolare 17 giugno 2010 n. 33/E in cui estende la disciplina dell’art. 177, t.u.i.r., alle operazioni effettuate all’interno dei gruppi societari. Si può, quindi, evitare di far emergere plusvalenze nel conferimento di azioni o quote anche nel caso si apporti in società già partecipate dai conferenti, salvo, comunque, l’applicazione della norma antielusiva contenuta nell’art. 37-bis del D.P.R. 600/1973 nelle ipotesi di esclusive finalità di risparmio fiscale.

La Circolare rivede il pensiero dell’Amministrazione Finanziaria, indicato nella Ris. Del 2007, ed aderisce alla tesi di Assonime, precisando che l’operazione di scambio di partecipazioni mediante conferimento, autonomamente valutata, costituisce oggetto di un’apposita e speciale disciplina tributaria in virtù della sua matrice comunitaria e del suo carattere riorganizzativo, rilevante per l’incidenza sugli assetti del controllo societario tanto tra soggetti indipendenti quanto all’interno dei gruppi societari e/o familiari.

Ne deriva, pertanto, che il regime disciplinato dall’art. 177, comma 2, è posto su un piano di pari dignità con la disciplina di cui all’art. 9 del t.u.i.r., rispetto alla quale trova applicazione alternativa, in presenza dei presupposti di legge.

Questo significa che il regime di cui all’art. 177, non richiede la mancanza di precedenti rapporti partecipativi o di gruppo tra i soggetti conferiti e la società conferitaria: ciò determina la possibilità di applicare la disciplina sia alle operazioni di scambio che attuino un’aggregazione di imprese tra soggetti terzi sia quelle realizzate all’interno dello stesso gruppo societario.

5.4. La Direttiva Madre-Figlia

Assieme alla Direttiva sulle fusioni, la Direttiva Madre-Figlia rappresenta il primo dei rari casi in cui tutti gli Stati membri sono pervenuti ad un accordo unanime sulle norme che abbiano a che fare con l’imposizione fiscale diretta.

E’ entrata in vigore dal 30 luglio 1990, con un termine di trasposizione negli ordinamenti dei vari Stati membri fissato al 1° gennaio 1992, ma è stata poi sottoposta a successive modifiche, a seguito dell’ingresso nell’Unione Europea di Svezia, Finlandia ed Austria, avvenuto nel 1995, e con l’ingresso di altri 10 paesi nel 2004.

L’esigenza di consentire l’integrazione delle imprese a livello comunitario, in un quadro in cui gli operatori dei diversi Paesi operano su un piano paritario, ha dovuto scontrarsi con l’esistenza di disposizioni nazionali che prevedono l’applicazione di una ritenuta alla fonte sul pagamento dei dividendi. E’ proprio per questo che, la Direttiva Madre-Figlia ha previsto che, rispettando talune condizioni, il pagamento dei dividendi da parte di una società Figlia alla società Madre non sconti alcun prelievo nel Paese della società Figlia. L’esenzione da ritenuta alla

fonte mira quindi ad eliminare la doppia imposizione giuridica dei dividendi, che sarebbero altrimenti tassati due volte, la prima sotto forma di ritenuta alla fonte nel Paese della società Figlia e la seconda in capo alla Madre nel Paese di residenza. L'esenzione della ritenuta alla fonte prevista dalla direttiva sui pagamenti dei dividendi effettuati da parte di una società italiana a vantaggio di una società Madre comunitaria è stata recepita con l'introduzione dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973.

L'obiettivo della presente, è quello di creare, per gruppi di società di Stati membri diversi, norme fiscali che siano neutre per quanto attiene alla concorrenza, così come stabilito nel primo e nel secondo comma della direttiva stessa. Ciò presuppone l'eliminazione degli svantaggi, causati da norme fiscali che presiedono ai rapporti tra società madre e figlia in situazioni transazionali, rispetto ai rapporti che intervengono internamente ad uno stesso Stato membro, attraverso l'introduzione di un sistema comune che faciliti il raggruppamento delle società.

Nella giurisprudenza della Corte, questa finalità è assunta come punto di partenza. Successivamente al recepimento della Direttiva, la Corte di Giustizia europea ha esteso, con la sentenza "*Saint Gobain*", la portata della stessa anche alle stabili organizzazioni delle società degli Stati membri.

Con la Direttiva 2003/123/CE è stata profondamente innovata la disciplina. E' entrata in vigore il 2 aprile 2004, con un termine ultimo di trasposizione negli Stati membri fissato al 1° gennaio 2005.

Secondo il quarto punto della premessa e dell'art. 4 della Direttiva, quando una società madre, in virtù dell'associazione della società madre con la società figlia, riceve degli utili distribuiti, lo Stato membro in cui risiede la società madre, a meno che infine gli utili non vengano liquidati, dovrà:

- astenersi dalla tassazione di questi profitti;
- tassare questi profitti, se autorizza la società madre a dedurre dalle imposte dovute, la parte d'imposta pagata dalla figlia relativa a quei profitti e, se adatto, dalla quantità di ritenute alla fonte trattenute dallo Stato membro in cui la figlia è residente, in conformità alle deroghe previste dall'art. 5 della direttiva, fino al limite del valore dell'imposta nazionale corrispondente.

Tali disposizioni vengono applicate anche nel caso di distribuzione degli utili trattenuti.

Come avviene dal 2005, quando lo Stato membro della società madre applica un meccanismo di credito di imposta, si deve permettere, alla società madre, di dedurre dalle quantità di imposte dovute, la frazione d'imposta sulle società relativa a quei profitti e pagata dalla filiale o da qualsiasi altra succursale di livello inferiore, conforme alla circostanza che ad ogni livello, un'azienda e la relativa sussidiaria di livello inferiore raggiungano i requisiti previsti dagli artt. 2 e 3, fino al limite della quantità dell'imposta corrispondente dovuta. A ben vedere, pertanto, dovrà esser riconosciuto un credito ordinario per le tasse relative alla distribuzione dei profitti sofferta al livello di qualificate filiali di livelli inferiori.

Con la presente, è fatto divieto di assoggettare i dividendi distribuiti tra società residenti in due diversi Stati Membri, qualora vi sia una partecipazione al capitale di almeno il 25% nella società che distribuisce il dividendo, subendo, quindi, una ritenuta in uscita nel Paese della fonte. Con il D. LGS. 6 febbraio 2007, n.49, è stata recepita la direttiva 2003/123/CE che ha modificato la direttiva precedente, riducendo la soglia minima di partecipazione, che a partire dal 1° gennaio 2007 è pari al 15%. A partire dal 1° gennaio 2009 è stato previsto un ulteriore abbassamento della soglia minima al 10% di partecipazione al capitale.

L'esenzione da ritenuta è concessa soltanto se le due società sono assoggettate nei rispettivi Paesi alle imposte indicate nella direttiva (art. 2, primo comma, lett. c; per l'Italia, l'IRES), o ad imposte sostitutive di tali tributi e che la partecipazione al capitale della società Figlia sia detenuta dalla società Madre per almeno dodici mesi senza interruzioni. Nel caso in cui il requisito temporale (cd. *Minimum holding period*) sia soddisfatto solo dopo l'avvenuta distribuzione dei dividendi, il socio ha diritto ad ottenere il rimborso della ritenuta subita all'estero.

I diversi Paesi membri, tra l'altro, non hanno recepito in maniera uniforme la Direttiva, con evidenti differenze di un certo rilievo nelle varie disposizioni nazionali.

Ad esempio, in materia di utili da liquidazione in "uscita" la maggioranza dei Paesi ha recepito la Direttiva, nel senso che ha incluso anche il pagamento di utili da liquidazione, che quindi non scontano alcuna imposizione sotto forma di ritenuta alla fonte. Si tratta in particolare dei Paesi Bassi, Belgio, Ungheria, Repubblica slovacca, Bulgaria, Austria, Lussemburgo, Regno Unito e Grecia.

Altri Paesi, quali Germania e Spagna, hanno invece recepito la direttiva ritenendo di poter applicare una ritenuta alla fonte anche su tali utili. La questione è stata approfondita anche in letteratura, con la maggioranza degli autori che hanno sostenuto la piena applicabilità della Direttiva anche alla distribuzioni di utili da liquidazione "in uscita". Per contro, chi ritiene che tali proventi non possano andare esenti da ritenuta alla fonte, trae spunto dalla *ratio* della Direttiva Madre-Figlia, che sarebbe quella di favorire le integrazioni societarie a livello comunitario: per questo non sarebbe invece necessario esentare da ritenuta il pagamento di utili che vengono corrisposti quando la società Figlia viene liquidata; in realtà quest'ultima interpretazione non appare condivisibile in quanto in contrasto con la direttiva 90/435/CE, modificata la direttiva 2003/123/CE.

Quest'ultima recita testualmente "*La direttiva 90/435/CEE ha introdotto, in relazione ai pagamenti dei dividendi e ad altre distribuzioni di utili, norme comuni che intendono essere neutre sotto il profilo della concorrenza*". Tale locuzione non può che riferirsi a modalità di distribuzioni di utili diverse da quelle ordinarie. Ed il successivo numero 2) afferma in maniera inequivocabile che "*La direttiva 90/435/CEE intende esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi ed altre distribuzioni di utili pagati dalle società figlie alle proprie società madri*".

L'art 4 della direttiva 90/435/CEE come modificato dalla direttiva 2003/123/CE dispone che "*gli utili distribuiti da una società figlia ad una società madre, almeno quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 25% nel capitale della*

società figlia, sono esenti dalla ritenuta alla fonte”: pertanto, da una interpretazione letterale dell’art.5, ne discende che debbano beneficiare dell’esenzione anche gli utili distribuiti in sede di liquidazione.

5.4.1. Il recepimento della Direttiva in Italia

In Italia la Direttiva 90 /435/CE è stata recepita con la L. 225 del 20 agosto 1990, mentre le successive modifiche sono stata recepite rispettivamente, il 13 gennaio 2004, con la L. 7, per quanto riguarda la Direttiva 2003/123/CE, ed il 20 dicembre 2006, con la L. 363, per la Direttiva 2006/98/CE.

Seppur recepita già nel 1992, la Direttiva ha visto definite le proprie modalità applicative solo il 6 marzo 1993 con il D. LGS. 136 che, opportunamente, esplicava i propri effetti retroattivamente a partire dal 1° gennaio 1992; solo da quel momento si è posto fine alla lunga fase di incertezza che aveva fatto seguito al recepimento della direttiva stessa nel nostro Paese.

Le modalità prevista dai diversi Paesi nel recepirla hanno, in taluni casi, provocato piccole ma concrete differenze nella concreta applicazione della stessa.

A ben vedere, si può affermare che, sia stata proprio l’Italia ad aver recepito in modo più consono lo spirito della direttiva, volto ad eliminare la maggior parte degli ostacoli che si frapponevano ad una reale eliminazione di ogni forma di doppia imposizione sui redditi provenienti da una società figlia residente in un diverso Paese della Comunità Europea.

Operando con grande lungimiranza ed attenzione allo spirito della direttiva comunitaria, il legislatore italiano, dopo aver previsto l’assoggettamento ad imposizione in capo alla società madre del 5% dei dividendi corrisposti dalla società figlia, sempreché essa sia controllata per una quota non inferiore al 25% del proprio capitale dalla madre italiana e sempreché la partecipazione sia detenuta ininterrottamente da almeno un anno alla data della relativa delibera, ha consentito agli azionisti della casa madre italiana di percepire i dividendi esenti provenienti da una controllata residente in altro Paese dell’UE senza l’obbligo di assoggettarli a maggiorazione di conguaglio, consentendogli però di usufruire del credito di imposta.

Come già detto, vi sono state poi successive modifiche alla direttiva nel 2003 e nel 2006 da parte della Commissione Europea, ma altre modifiche sono state introdotte nel nostro ordinamento con la L. 24 dicembre 2007, n. 244 (L. Finanziaria 2008).

E proprio l’Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 26/E, allegato n.17, del 21 maggio 2009, ha chiarito alcune previsioni contenute nella Legge Finanziaria del 24 dicembre 2007 n. 244, all’art. 1, commi 67-69, in tema di ritenute sui dividendi corrisposti a società o enti residenti in Paesi dell’Unione Europea e nei Paesi aderenti all’Accordo sullo spazio economico europeo.

Nella relazione, si è illustrato, in via preliminare, il regime generale di tassazione dei dividendi in uscita.

In linea di principio, i dividendi corrisposti a soggetti non residenti nel territorio dello Stato in relazione a partecipazioni non relative a stabili organizzazioni sono tassati, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, mediante l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta pari al 27 per cento. La ritenuta viene applicata a prescindere dal fatto che gli utili siano relativi a partecipazioni qualificate e indipendentemente dalla circostanza che il soggetto percettore non residente sia una persona fisica o una società. L'aliquota della ritenuta è ridotta al 12,50 per cento per gli utili pagati ad azionisti di risparmio.

Qualora il beneficiario effettivo dei dividendi sia un residente di uno Stato con il quale è stata conclusa una Convenzione contro le doppie imposizioni, la ritenuta in uscita si applica, di regola, nella misura prevista dalla Convenzione, che è normalmente più favorevole di quella prevista dall'articolo 27 (tra il 5 e il 15 per cento, in base all'articolo 10 del Modello OCSE).

I soggetti non residenti diversi dagli azionisti di risparmio, inoltre, hanno diritto al rimborso dell'imposta pagata all'estero in via definitiva sugli utili ricevuti da società italiane, fino a concorrenza dei 4/9 della ritenuta applicata in Italia (e, dunque, fino al 12 per cento dei dividendi). Il pagamento dell'imposta estera può essere dimostrato mediante certificazione del competente ufficio fiscale estero.

La richiamata disciplina non si applica ai soggetti che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva 90/435/CEE. In base a quanto previsto dall'articolo 27-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, infatti, i soggetti in possesso dei requisiti richiesti dalla Direttiva madre-figlia hanno il diritto di chiedere all'amministrazione il rimborso della ritenuta eventualmente operata dalla società che effettua la distribuzione (comma 1), o, in alternativa, possono chiedere direttamente alla società figlia la non applicazione della ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti (comma 3).

Occorre rilevare, infine, che le società residenti che distribuiscono dividendi a soggetti residenti non devono operare, in linea generale, alcuna ritenuta. Solo nel caso in cui gli utili siano distribuiti a persone fisiche residenti che detengono partecipazioni non qualificate (cioè, inferiori alle percentuali indicate nell'articolo 67, comma 1, lettera c) del TUIR) e non relative all'impresa, i dividendi distribuiti sono soggetti a ritenuta del 12,50 per cento.

Le linee essenziali del regime delle ritenute applicabili ai dividendi distribuiti a soggetti non residenti, così sommariamente descritte, sono state definite dal decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461 e non hanno subito modifiche di rilievo ad opera della riforma IRES, attuata con il decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344.

La riforma IRES, tuttavia, ha modificato sostanzialmente il regime di tassazione dei dividendi ricevuti da soggetti residenti. Nel sistema IRPEG, questi erano pienamente tassabili in capo al percettore, salva la concessione di un credito a compensazione delle imposte pagate dalla società. In base al vigente articolo 89 del TUIR, al contrario, i dividendi corrisposti a soggetti passivi IRES residenti

concorrono alla formazione della base imponibile IRES soltanto per il 5 per cento del loro ammontare.

Ne consegue che, a fronte di partecipazioni della stessa natura e a parità di qualità giuridica del beneficiario, il livello di imposizione varia in maniera sensibile secondo la residenza del percettore.

Fino al 31 dicembre 2007, in particolare, il carico fiscale complessivamente gravante sui dividendi percepiti da soggetti IRES residenti era pari all'1,65 per cento (5% x 33%). A partire dal 1° gennaio 2008, in conseguenza della riduzione dell'aliquota ordinaria IRES dal 33 al 27,50 per cento, il carico fiscale complessivamente gravante sui dividendi percepiti da soggetti IRES residenti è pari all'1,375 per cento (5% x 27,50%).

Per come evidenziato, il carico fiscale effettivamente gravante sui dividendi corrisposti a soggetti esteri, invece, varia in funzione dell'entità della ritenuta rimborsabile, fino ad un massimo del 27 per cento.

Al fine di rendere compatibile il regime italiano delle ritenute sui dividendi in uscita con i principi relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali garantite tanto dal Trattato CE, quanto dal Trattato sullo Spazio Economico Europeo (SEE), così come richiamati da alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia (cfr. soprattutto la sentenza 14 dicembre 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal* e la sentenza 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*) e della Corte EFTA (sentenza 23 novembre 2004, causa E-1/04, *Fokus Bank ASA*), il legislatore nazionale, conformandosi alle indicazioni delle istituzioni comunitarie, ha modificato la misura della ritenuta sui dividendi in uscita: l'articolo 1, comma 67, della legge Finanziaria afferma espressamente che le modifiche alle disposizioni che contengono la disciplina dei dividendi in uscita sono apportate "*in attuazione del parere motivato della Commissione delle Comunità europee n. C(2006)2544 del 28 giugno 2006*".

La *ratio* delle modifiche introdotte dalla legge Finanziaria, dunque, è essenzialmente quella di livellare il carico impositivo gravante sui dividendi corrisposti a soggetti residenti nella UE e nel SEE a quello gravante sui dividendi corrisposti a soggetti residenti, conformemente al principio di non discriminazione ed alle libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei capitali.

L'art. 1, comma 67, della legge Finanziaria, ha introdotto nell'art. 27 del D.P.R. n. 600/1973 un nuovo comma, il 3-*ter*, che prevede l'applicazione di un'aliquota ridotta, pari all'1,375 per cento, sui dividendi distribuiti ai soggetti residenti nei Paesi Membri ovvero in quelli aderenti al Trattato sullo Spazio economico Europeo.

La ritenuta prevista da questo comma, è operata a titolo di imposta e si applica, in sintesi, sui dividendi e sui proventi relativi a strumenti partecipativi che, ai fini fiscali, sono considerati simili alle azioni e sono soggetti al medesimo regime tributario. Al riguardo, si ricorda che gli strumenti finanziari sono quelli che comportano la partecipazione ai risultati economici di una società o di un affare. I contratti di associazione in partecipazione sono quelli che prevedono un apporto diverso da quello di opere e servizi e la cui remunerazione è indeducibile.

Qualora i soggetti UE beneficiari dei dividendi posseggano i requisiti previsti per l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia, ovvero detengano una partecipazione non inferiore al 15 per cento del capitale della società distributrice, ovvero al 10 per cento a decorrere dal 1° gennaio 2009, detenuta ininterrottamente da almeno un anno, la disciplina di cui all'articolo 27-*bis* prevale rispetto a quella prevista dal nuovo comma 3-*ter*: ai dividendi corrisposti da società "figlie" residenti a società "matri" non residenti, pertanto, non si applica la ritenuta dell'1,375 per cento, ma continua ad applicarsi il regime comunitario, che prevede, in alternativa, l'esenzione totale dei dividendi distribuiti dalla ritenuta o il rimborso integrale della medesima.

La ritenuta dell'1,375 per cento, infatti, si applica testualmente "*sugli utili corrisposti alle società e agli enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società*", con esclusione, quindi, dei soggetti non residenti persone fisiche e degli enti non residenti che non scontano le imposte societarie (e cioè, in linea di principio e salvo quanto diversamente previsto da specifiche normative locali, società di persone, associazioni, *trust*).

Per i dividendi distribuiti a questi soggetti, pertanto, continua ad applicarsi l'aliquota ordinaria del 27 per cento.

Per quanto riguarda la localizzazione dei beneficiari, invece, il nuovo comma 3-*ter* dell'articolo 27 prevede che la ritenuta ridotta si applichi alle società e agli enti "*soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi residenti*".

Ne consegue che, per beneficiare della ritenuta ridotta, gli enti e società esteri devono soddisfare congiuntamente due condizioni:

1. essere residenti in uno Stato membro della UE o in uno Stato aderente allo Spazio Economico Europeo (SEE) che sono inclusi nella lista dei Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni (cosiddetta *white list*) di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, comma 1, del TUIR;
2. essere soggetto passivo ai fini della locale imposta sul reddito delle società.

Con riguardo al primo requisito, si ricorda che nelle more dell'emanazione del citato decreto, si fa riferimento alla lista di cui al decreto del Ministero delle finanze 4 settembre 1996 e successive modificazioni che contiene l'elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana.

Si tratta della "*white list*" attualmente utilizzata per individuare i Paesi che beneficiano dell'esonero dall'imposta sostitutiva per gli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari previsto dall'articolo 6, comma 1, del D. LGS. 1° aprile 1996, n. 239.

Attualmente l'unico Stato SEE incluso nella predetta lista è la Norvegia. L'Islanda e il Liechtenstein, anch'essi facenti parte del SEE, non possono beneficiare invece della ritenuta ridotta dell'1,375 per cento prevista dal comma 3-ter, in quanto non inclusi nella "white list".

Con riferimento al secondo requisito, occorre precisare che la condizione di soggetto passivo della imposta sul reddito delle società locale, va interpretata come assoggettabilità di carattere generale ad imposizione, soddisfatta da tutte quelle società potenzialmente soggette all'IRES (o alle corrispondenti imposte cui sono soggetti le società e gli enti non residenti), indipendentemente dalla circostanza che "godono, di fatto, di agevolazioni comunque compatibili con la normativa comunitaria" (cfr. circolare 2 novembre 2005, n. 47, par. 2.2., in relazione ad analogo requisito previsto dalla Direttiva 2003/49/CE, cd. Direttiva "interessi e canoni").

Ne consegue che possono fruire della ritenuta ridotta tutte le società o enti ai quali è riconosciuta soggettività passiva ai fini delle imposte societarie, inclusi quelli che non pagano imposte in virtù di particolari esenzioni oggettive collegate alla tipologia del reddito da loro prodotto (es. esenzione sui *passive income*) o del luogo in cui è svolta l'attività. Non beneficiano della ritenuta ridotta, per converso, gli enti e le società estere che non rientrano nel presupposto soggettivo di applicazione del tributo.

Conformemente a quanto previsto in via generale, i soggetti residenti che corrispondono gli utili applicheranno la ritenuta ridotta solo previa richiesta dei beneficiari non residenti. La richiesta deve essere corredata di idonea certificazione di residenza e di *status* fiscale rilasciata dalle autorità fiscali del Paese di appartenenza, analogamente a quanto richiesto dall'articolo 27-bis del DPR 600/1973 ai fini dell'applicazione dell'esenzione *madre-figlia*.

In mancanza di questa richiesta documentata gli utili continueranno a scontare l'aliquota ordinaria del 27 per cento o quella più favorevole prevista dalla Convenzione applicabile.

A loro volta, i soggetti non residenti che percepiscono utili di fonte italiana assoggettati alla ritenuta ridotta possono chiedere ad emittenti ed intermediari la certificazione degli utili prevista dall'articolo 4, commi 6-ter e 6-quater, del D.P.R. 22 luglio 1988, n. 322. La certificazione – che può essere utilizzata per ottenere nel Paese di residenza, ove previsto, il credito d'imposta relativo alle imposte pagate in Italia – deve essere rilasciata entro il 28 febbraio dell'anno successivo a quello in cui il pagamento è stato effettuato.

La nuova disciplina si applica a decorrere dal 1° gennaio 2008 come previsto dall'articolo 3, comma 164, della *legge Finanziaria*.

In particolare, l'articolo 1, comma 68, della *legge Finanziaria* stabilisce espressamente che la ritenuta ridotta si applica agli utili "formati" a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007.

La riduzione non trova dunque applicazione riguardo agli utili generati negli esercizi precedenti, per i quali continua a valere la maggiore ritenuta pari al 27 per cento.

Si precisa altresì che agli utili distribuiti alle società non residenti beneficiarie della ritenuta ridotta non si applica la presunzione stabilita dal Dm 2 aprile 2008 secondo cui *“A partire dalle delibere di distribuzione successive a quella avente ad oggetto l’utile dell’esercizio in corso al 31 dicembre 2007, agli effetti della tassazione del soggetto partecipante, i dividendi distribuiti si considerano prioritariamente formati con utili prodotti dalla società o ente partecipato fino a tale esercizio”*.

Tale presunzione si applica infatti esclusivamente ai dividendi erogati alle persone fisiche residenti, in relazione al possesso di partecipazioni qualificate, agli imprenditori individuali e alle società di persone per i quali gli utili concorrono alla formazione del reddito complessivo nella misura del 49,72 per cento di quelli che si sono formati negli esercizi successivi a quello in corso al 31 dicembre 2007.

A tal fine la società emittente deve comunicare all’intermediario in quale periodo si è formato il dividendo in distribuzione e in particolare se e in che misura si è formato con utili dell’esercizio 2008 ovvero con attribuzione di riserve preesistenti. Ciò con riferimento sia ai soggetti residenti, per i quali opera la presunzione, sia ai non residenti, per i quali essa non è operativa.

La società dovrà inoltre mantenere separata evidenza del periodo di formazione del dividendo comunicato all’intermediario o distribuito direttamente.

5.5. La Direttiva fusioni

Con la Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, è stato introdotto un regime fiscale comune applicabile alle fusioni, alle scissioni e ai conferimenti dell’attivo tra società stabilite in Stati membri diversi. In Italia, la direttiva è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, con la L. 225 del 20 agosto 1990 (il termine ultimo di recepimento per gli Stati membri era stato fissato al 1° gennaio 1992).

Prendendo le mosse dal presupposto che le fusioni, le scissioni, i conferimenti d’attivo e gli scambi di azioni che interessano società di Stati membri diversi possono esser necessari per realizzare il mercato comune e garantire il corretto funzionamento, la Direttiva si pone come obiettivo la rimozione di restrizioni, svantaggi e distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri, adottando una disposizione legislativa comune a detti Stati.

La Direttiva va applicata, da ciascun Stato membro, alle operazioni di fusione, scissione, conferimento d’attivo e scambi di azioni riguardanti società di due o più Stati membri. L’operazione rilevante deve esser quindi una transazione transnazionale che coinvolga almeno due Stati membri. La definizione *“società di uno stato membro”* è definita nell’art. 3 della direttiva.

La fusione, o una delle altre operazioni prima citate, non comporta alcuna imposizione delle plusvalenze, determinate per differenza tra il valore reali degli elementi dell’attivo e del passivo trasferiti ed il loro valore fiscale, al momento

dell'operazione in questione; si avrà imposizione solo quando tali plusvalenze verranno effettivamente realizzate.

Di conseguenza, le attività o le passività trasferite devono comparire nei libri fiscali dei contribuenti delle stabili organizzazioni delle aziende riceventi, al valore contabile che è stato loro assegnato nei libri dell'azienda trasferente immediatamente prima del trasferimento stesso. Quindi, quando l'azienda ricevente, in seguito, si disfa dei beni, la tassa sarà ancora calcolata sulla differenza tra il prezzo di stralcio e la vecchia base di imposta. Similmente, un'azionista che riceve le azioni di un'altra azienda nel corso di una fusione legale, di una divisione legale o di uno scambio azionario, non sarà tassato sul suo possibile guadagno alla conclusione dello scambio, sempre che esso assegni lo stesso valore imponibile alle azioni sostituite.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli accantonamenti o le riserve costituiti in franchigia parziale o totale di imposta siano riprese dalle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate nello Stato della società conferente.

L'assegnazione di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria o acquirente ad un socio della società conferente o acquistata non deve comportare alcuna imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze di questo socio.

Qualora tra i beni conferiti all'atto di una fusione, di una scissione, di un conferimento dell' attivo, figurino una stabile organizzazione della società conferente, situata in uno Stato membro diverso da quello di tale società, questo Stato rinuncia ad ogni diritto all'imposizione di detta stabile organizzazione.

Simili regole si applicano per quanto riguarda il trasferimento della sede ufficiale di una Società Europea o di una Società Cooperativa Europea.

L'imposizione delle plusvalenze derivanti da ristrutturazione transfrontaliera di società in forma di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni è prorogata fino ad ulteriore cessione di conferimenti di attivo.

La Direttiva 2005/ 19/CE, che ha modificato la direttiva 90/434/CEE, recepita in Italia e trascritta in Gazzetta Ufficiale con la L. 58 del 4 marzo 2005, si pone l'obiettivo di migliorare il regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d' attivo ed agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi.

Le modifiche principali apportate, riguardano:

- l'estensione dell' ambito di applicazione della direttiva alle scissioni che non comportino lo scioglimento della società che trasferisce determinati rami di attività, ai trasferimenti della sede società di una Società Europea (SE) o di una società cooperativa europea (SCE) da uno Stato membro all'altro, ed altri tipi di società, in particolare alle SE, alle SCE ed alle entità considerate trasparenti sotto il profilo fiscale;

- la possibilità per gli Stati membri di non applicare le disposizioni della Direttiva quando essi tassano un' azionista diretto o indiretto di talune società soggette ad imposta;
- la chiarificazione dell' applicazione delle norme alle operazioni di trasformazioni di filiali in consociate;
- la modifica della definizione dello scambio di azioni.

La Direttiva 2005/56/CE, recepita in Italia con la L. 310/1 del 25/11/2005 (il termine ultimo per il recepimento nei vari Stati membri era fissato al 15 dicembre 2007), ha l'obiettivo di facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra società di capitali proponendo un quadro legislativo semplificato.

Ai fini della direttiva si intende per fusione transfrontaliera delle società di capitali l'operazione con la quale:

- a) una società trasferisce la totalità del suo patrimonio ad altra società preesistente, la società incorporante, mediante l' assegnazione ai loro soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della società incorporante ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10% del valore nominale di tali titoli o di tali quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile;
- b) due o più società trasferiscono la totalità del loro patrimonio ad una società da loro costituita mediante l' assegnazione ai loro soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10 per cento del valore nominale di tali titoli o quote o, in mancanza, di valore nominale, della loro parità contabile;
- c) una società trasferisce la totalità del proprio patrimonio alla società che detiene la totalità delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale.

Questo documento costituisce un passo importante nelle iniziative dell' Unione per far avanzare la strategia di Lisbona, e mira ad identificare la legge applicabile in caso di fusione a ciascuna delle società interessate. Una volta creata la nuova entità derivante dalla fusione, si applica una sola legislazione nazionale; quella dello Stato membro in cui l'entità ha stabilito la propria sede.

La Direttiva si applica alle fusioni di società di capitali:

- costituite in conformità con la legislazione di uno Stato membro;
- aventi la sede sociale, l' amministrazione centrale o il centro di attività principale all' interno della Comunità;
- se almeno due di esse sono soggette alla legislazione di Stati membri diversi.

Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente Direttiva alle fusioni transfrontaliere a cui partecipa una società cooperativa, anche nei casi in cui quest'ultima rientrasse nella definizione di " società di capitali". Infine le società aventi per oggetto l' investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) sono escluse dal suo campo di applicazione.

Gli organi di direzione e coordinamento di ogni società che partecipa ad una fusione devono preparare un progetto comune di fusione transfrontaliera. La

Direttiva definisce in un elenco di dodici elementi obbligatori rappresentanti il contenuto minimo del progetto comune di fusione transfrontaliera che deve esser pubblicato, secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, conformemente alla direttiva sulla pubblicità delle società di capitali, entro un mese dall' assemblea generale che deve decidere al riguardo.

Gli organi di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla fusione redigono una relazione sul progetto di fusione transfrontaliera, destinata ai soci ed ai lavoratori, nella quale illustrano e giustificano gli aspetti giuridici ed economici nonché le conseguenze della fusione.

E' necessaria anche una relazione da parte di esperti indipendenti, che ha lo scopo di analizzare la fusione; questa relazione non è richiesta quando tutti i soci di ciascuna società che partecipano alla fusione, vi rinunciano.

Questa relazione, unitamente al progetto di fusione, deve esser disponibile almeno entro un mese dalla data della riunione dell' assemblea generale.

Sulla base di questi documenti, l' assemblea generale, di ciascuna delle società che partecipano alla fusione, delibera sull' approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera.

Ciascuno Stato membro designa le autorità competenti, al fine di controllare la legittimità della fusione transfrontaliera per la parte della procedura relativa a ciascuna delle società interessate e che sono soggette alla sua legislazione nazionale. Tale autorità fornisce un certificato preliminare alla fusione che attesta il corretto adempimento degli atti e delle formalità necessarie.

L' autorità ha al funzione di controllare la legittimità della fusione per la parte della procedura relativa alla realizzazione della fusione e, se necessario, alla costituzione di una nuova società derivante dalla fusione transfrontaliera quando quest' ultima è soggetta alla sua legislazione nazionale.

L' autorità, dovrà anche controllare che le società coinvolte abbiano approvato il progetto comune di fusione, negli stessi termini.

Dopo i controlli, la legislazione dello Stato membro cui è soggetta la società risultante da fusione, determina la data a partire dalla quale la fusione transfrontaliera ha efficacia, nonché le modalità della pubblicità della fusione nel registro pubblico. La precedente iscrizione è cancellata, all' occorrenza, all' atto di recezione della notifica della fusione.

Gli effetti delle fusioni transfrontaliere sono:

1. le società incorporate, o le partecipanti alla fusione, cessano di esistere;
2. l' intero patrimonio attivo e passivo delle società che partecipano alla fusione è trasferito alla nuova società (o la società incorporante o la nuova società);
3. i soci della società che partecipano alla fusione diventano soci della nuova società.

Se la legislazione di uno Stato, prescrive formalità particolari per l' opponibilità ai terzi del trasferimento di determinati beni, diritti ed obbligazioni apportati dalle società partecipanti alla fusione, queste devono esser adempiute dalla società risultante dalla fusione.

Per quanto riguarda i diritti di partecipazione dei lavoratori, il principio generale prevede che si applichi la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione transfrontaliera.

La Commissione Europea aveva presentato un progetto di Direttiva del Consiglio relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni, già nel 1984. Questo progetto è stato oggetto di un negoziato lungo ed infruttuoso. La nuova proposta di direttiva si basa sulle disposizioni dello statuto della SE.

Inoltre, tale Direttiva si inserisce nel quadro del piano di azione per i servizi finanziari (PASF) e costituisce una misura chiave del piano di azione sulla modernizzazione del diritto delle società ed il rafforzamento del diritto societario.

Il 17 giugno 2008 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo n. 108 del 30 maggio 2008, che ha recepito la cd. "Decima direttiva" comunitaria (Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005) sulle fusioni "transfrontaliere".

Lo scopo del nuovo provvedimento è quello di fornire una cornice normativa più definita e semplificata alle fusioni intracomunitarie, sempre più frequenti nella prassi commerciale, e di risolvere le diverse problematiche connesse alla mancanza di una disciplina comune applicabile a tali operazioni.

In particolare, prima del recepimento della decima Direttiva, ci si è spesso chiesti quale, tra le normative domestiche degli Stati coinvolti nell'operazione di fusione transfrontaliera, fosse applicabile, specie in caso di conflitto tra le diverse legislazioni in relazione alle fasi della procedura da seguire. Con riferimento a tale questione, la principale novità introdotta dal decreto di recepimento è rappresentata dal principio secondo cui ciascuna società partecipante all'operazione di fusione transfrontaliera dovrà seguire le regole del proprio ordinamento nazionale, mentre, solo in caso di conflitto tra le normative applicabili, prevarrà la legge nazionale della società risultante dalla fusione. Le società italiane applicheranno quindi il Codice civile e le norme del decreto legislativo approvato, che integra, in alcuni punti, la disciplina codicistica.

In particolare, il D. LGS. 108/08, a tutela dei diritti dei soci di minoranza, prevede innanzitutto che, qualora la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di altro Stato membro, ai soci non consenzienti della società italiana partecipante alla fusione sia garantito il diritto di recesso. Tra le innovazioni di rilievo, va inoltre segnalato che il D. LGS. 108/08 (art. 6) prevede che il progetto comune di fusione transfrontaliera debba fornire maggiori informazioni rispetto al progetto "ordinario", quali, ad esempio, la legge regolatrice di ciascuna società partecipante alla fusione, la data di decorrenza dell'efficacia della fusione e una valutazione circa le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sui livelli occupazionali delle società che si fondono. Il progetto deve essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale degli Stati in cui hanno sede le società partecipanti alla fusione.

Con riferimento alla relazione dell'organo amministrativo, questa è arricchita di contenuti, dovendo illustrare le conseguenze della fusione per soci, creditori e lavoratori.

Per quanto riguarda il procedimento di nomina dell'esperto per la valutazione del rapporto di concambio sono state introdotte le seguenti disposizioni:

- a) se la società risultante dalla fusione è una società azionaria (o considerata equivalente dalla legislazione dello Stato a cui appartiene la società incorporante), l'esperto per la società italiana, che dovrà redigere la relazione sulla congruità del rapporto di concambio (revisore o società di revisione), sarà nominato dal Tribunale del luogo dove la società ha sede;
- b) qualora le società partecipanti alla fusione optino per la nomina di un esperto comune, quest'ultimo sarà designato dall'autorità competente secondo la legge applicabile a una delle società partecipanti alla fusione o alla società risultante dalla fusione. Se l'incorporante è italiana, la nomina verrà effettuata dal Tribunale della sede legale di tale società, mentre, se l'incorporante è straniera la nomina verrà effettuata dall'autorità ritenuta competente dall'ordinamento nazionale dell'incorporante;
- c) è infine possibile rinunciare alla relazione dell'esperto con il consenso unanime di tutte le società partecipanti alla fusione.

In relazione alla decisione in merito alla fusione, il decreto in commento ha invece stabilito, ad integrazione della disciplina codicistica, che l'assemblea deliberi di subordinare l'attuazione della fusione transfrontaliera all'espressa approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori.

Con riferimento alla procedura deliberativa "interna" del progetto di fusione, l'art. 11 del D. LGS. 108/2008 prevede che, successivamente all'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea dei soci, la società italiana richieda ad un notaio il "certificato attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione" (in particolare, l'iscrizione presso il registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera e il decorso del termine per l'opposizione dei creditori o la presenza dei presupposti per la deroga al decorso del termine). Entro sei mesi dal rilascio, il certificato di ciascuna società e l'atto di fusione saranno consegnati ad un notaio italiano (se la società incorporante è italiana) o alla corrispondente autorità straniera dello Stato a cui appartiene la società incorporante straniera, che dovrà attestare l'avvenuto controllo di legittimità sull'attuazione della fusione transfrontaliera.

A conclusione del procedimento di fusione, l'atto di fusione, i certificati preliminari e l'attestazione del notaio dovranno essere depositati presso il registro delle imprese. In caso di incorporazione di società italiane in società di altro Stato membro, il registro straniero dovrà rilasciare un certificato di avvenuta efficacia della fusione, che verrà depositato presso il registro delle imprese italiano, al fine di procedere alla cancellazione della società italiana da tale registro.

Con specifico riferimento alla fattispecie della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (*leveraged buy out*), il D. LGS. 108/2008 prevede espressamente l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 2501-*bis* del Codice civile qualora

oggetto di acquisizione sia il controllo della società italiana partecipante alla fusione, e ciò al fine di approntare un'adeguata tutela dei soci e dei terzi nei rapporti con la società target.

Per completezza si evidenzia che, al fine di evitare un uso distorto delle previsioni della Decima Direttiva diretto ad eludere un eventuale divieto di effettuare una fusione eterogenea previsto dall'ordinamento di uno Stato membro, il D. LGS 108/08 prevede che la fusione transfrontaliera è consentita solo se la legge applicabile a ciascuna società partecipante alla fusione consente a tale società di realizzare una fusione domestica con società di tipo equivalente a quelle delle altre società partecipanti alla fusione transfrontaliera (nell'ordinamento italiano, tale limite risulterebbe applicabile alle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 del Codice civile).

Infine, a chiusura del provvedimento, l'art. 20 prevede, con riferimento alla disciplina transitoria, che le disposizioni del D. LGS. 108/08 si applichino alle fusioni transfrontaliere il cui progetto comune alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, ovvero il 2 luglio 2008, non sia stato approvato dall'assemblea o da altro organo competente di alcuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera.

L'importanza di una direttiva capace di armonizzare questo genere di operazioni è tanto più forte, tanto più si guarda alla realtà economica mondiale.

Il mese di agosto 2010 ha, infatti, fatto registrare un valore di 268 miliardi di dollari derivante da operazioni di fusione.

Tremila dollari di liquidità ed una prospettiva di tassi di interesse ancora bassi a lungo, sono le basi per le fusioni ed acquisizioni di agosto, che è stato, tra l'altro, il mese nel quale si è verificato il record dell'anno per le operazioni annunciate.

Certo il dato è provvisorio poiché mancano i valori di molte operazioni che, tenderanno ad aumentare il valore effettivo.

Per tornare ad un agosto così vivace si deve andare indietro nel tempo, al 2007, quando alla fine del *boom* del *private equity*, i *deal* avevano raggiunto i 297,4 miliardi di dollari in un mese. D'altra parte gli ultimi anni di crisi hanno rallentato di molto il mercato delle operazioni straordinarie ed ora le mille maggiori società del mondo per valore di mercato, si stima abbiano liquidità per 2,86 mila miliardi di dollari, secondo i dati *Bloomberg*.

Gli esperti, pur riconoscendo, la concreta possibilità di concludere un elevato numero di tali operazioni, sono concordi nel ritenere errato parlare di vero e proprio *trend*.

Persistono, infatti, alcuni fattori che inibiscono le operazioni di M&A, specialmente in Europa: la forte incertezza dei mercati e dei Ceo, il timore di un *double dip* o di una ripresa troppo lenta, o ancora il rischio di *write-off* troppo elevati per quei venditori che hanno *assets* in carico a valori pre-crisi.

5.6. La Direttiva sugli interessi e le *royalties* infragruppo

Alla fine del 1990 fu presentata dalla Commissione Europea una bozza iniziale di una Direttiva sugli interessi e le *royalties* che aboliva le ritenute sui pagamenti effettuati tra società madri e consociate di Stati membri. Nonostante la bozza di questa Direttiva fosse stata inclusa fra le precedenze per la creazione del mercato unico, il Consiglio Europeo non è riuscito a raggiungere un compromesso per l'approvazione e, nel 1994, la Commissione ritirò la proposta.

Successivamente, nel 1998, la Commissione ripropose questa Direttiva, con la finalità di abolire le ritenute sui pagamenti di interessi e *royalties* infragruppo.

Il 3 marzo 2003, il Consiglio ha approvato ed adottato la Direttiva 2003/49/CE concernente un regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni tra società consociate di Stati membri diversi.

Gli Stati membri devono, quindi, esentare interessi e diritti d'autore da tutte le tasse imposte su questi redditi e che interessano quella tipologia di aziende, qualora la tassa fosse raccolta tramite ritenuta alla fonte. Tuttavia, le disposizioni transitorie sono state stabilite per la Grecia ed il Portogallo sia per gli interessi che per le *royalties* e per la Spagna solo per i diritti d'autore, per limitare l'effetto immediato della direttiva sul *budget* di questi Paesi.

Il consiglio ha concordato nel ritenere che dei vantaggi derivanti dalla Direttiva, non possano giovare le aziende esentate dall'imposta sul reddito.

Tre sono gli obiettivi che la Direttiva intende perseguire:

- 1) abolire le imposte alla fonte su pagamenti di interessi e *royalties* e quindi scongiurare fenomeni di doppia imposizione su detti pagamenti;
- 2) evitare formalità gravose;
- 3) evitare problemi di flusso di cassa alle società in questione.

Dato che, questi obiettivi, non possono esser realizzati in modo efficiente in ogni singolo Stato, è auspicato, possano invece esser realizzati a livello europeo, così come riportato nel decimo punto della premessa.

L'effetto della Direttiva è quello di rendere esenti, i pagamenti di questi redditi, dalle imposte applicabili dallo Stato d'origine, sia tramite ritenuta alla fonte sia previo accertamento fiscale, a condizione che il beneficiario effettivo sia una società di un altro Stato membro o una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, di una società di uno Stato membro.

Eccezion fatta per il termine "pagamento", la maggior parte degli altri termini è direttamente definita dalla Direttiva stessa.

Tuttavia, si tratta solo del caso in cui il debitore (società o ente pubblico) sia una società consociata della società che è beneficiaria effettiva degli interessi e dei canoni.

Lo Stato membro della società o della stabile organizzazione beneficiaria del pagamento, ha la facoltà di applicare il proprio regime fiscale normale e non è tenuto a concedere l'esenzione.

Tre sono i termini per l'esenzione nello Stato d'origine:

1. sviluppo in uno Stato membro;
2. beneficiario effettivo;
3. periodo minimo.

Il pagamento effettuato da una società di uno Stato membro o da una stabile organizzazione situata in altro Stato UE si considera proveniente da quest'ultimo, di seguito definito "Stato d'origine"; la Direttiva si applica alle società costituite secondo la forma giuridica indicata dalla Direttiva stessa (¹¹⁶).

La Direttiva, fornisce delle ulteriori precisazioni con riguardo ai pagamenti effettuati da una stabile organizzazione: quest'ultima, è considerata pagatore di interessi nella sola misura in cui i pagamenti in questione rappresentino, per la stabile organizzazione, spese fiscalmente deducibili nello Stato membro in cui essa è situata.

Lo Stato d'origine, dovrà rimborsare l'imposta in eccesso trattenuta alla fonte, entro un anno dalla debita ricezione dell'istanza e delle informazioni che esso può ragionevolmente richiedere. Qualora l'imposta ritenuta alla fonte, non sia stata rimborsata durante quel periodo, l'azienda o la stabile organizzazione sarà autorizzata, alla scadenza dell'anno in questione, a computare gli interessi sulla tassa che è rimborsata ad un tasso uguale al tasso di interesse nazionale da applicare ai casi paragonabili, secondo la legge dello Stato d'origine.

Analizziamo ora il secondo punto. Si parla di "beneficiario effettivo" di interessi o canoni solo per colui il quale, riceva tali pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato, fiduciario di altra persona.

Una stabile organizzazione, viene considerata beneficiario effettivo di interessi o canoni:

- nella misura in cui il credito, il diritto, l'utilizzo o l'informazione che generano i pagamenti degli interessi o canoni, si ricolleghino a tale stabile organizzazione;
- nella misura in cui i pagamenti di interessi o canoni rappresentano dei redditi per i quali essa è assoggettata, nello Stato membro in cui è situata, ad una delle imposte enumerate nell'art.3, lett. a), punto iii) della direttiva, ovvero ad un'imposta identica, o sostanzialmente simile, applicata dopo la data di entrata in vigore della direttiva, in aggiunta o in sostituzione di dette imposte.

Le due condizioni devono esser realizzate congiuntamente.

Infine, se per un periodo minimo di due anni consecutivi, non si sono realizzate le condizioni di cui all'art. 3, lett. b), lo Stato membro, può non applicare la direttiva.

Non è però chiaro se, questo criterio, debba esser applicato dal punto di vista di un gruppo di società (nel qual caso, le operazioni di riorganizzazione interna che coinvolgono la società creditrice, non devono aver effetto) o dalla prospettiva di una partecipazione azionaria concreta, in quanto in tal caso, i trasferimenti di detta

¹¹⁶ La direttiva non sarà, pertanto, applicata alla stabile organizzazione di una società di uno Stato non membro UE, quando l'attività di quella società sia integralmente o parzialmente espletata attraverso quella stabile organizzazione.

partecipazione implicano che il primo giorno dei due anni cominci a decorrere una volta che la nuova partecipazione azionaria, abbia cominciato ad esistere.

Con il termine interessi si intende ricomprendere i redditi da crediti di qualsiasi natura ed, in particolare, i redditi derivanti da titoli ed obbligazioni, compresi i premi collegati titoli; non vi si ricomprendono, invece, le penali per tardivo pagamento (¹¹⁷).

La Direttiva, prevede che lo Stato di origine non sia tenuto a concedere i benefici previsti, nei casi in cui si tratti di pagamenti che abbiano natura di utili, tra i quali:

- utili distribuiti o capitale rimborsato, ai sensi della legislazione dello Stato d'origine;
- pagamenti relativi a crediti recanti una clausola di partecipazione agli utili del debitore;
- pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto di partecipare agli utili del debitore;
- pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba esser effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione.

La Direttiva con il termine "canone", vuole indicare i compensi, di qualsiasi natura, percepiti per l'uso e la concessione in uso del diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche ed il *software*, la concessione di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. Vi rientrano anche i compensi per l'uso o la concessione in uso, di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche. Qualora, per effetto di specifici accordi tra pagatore e beneficiario, l'ammontare di interessi o canoni, sia superiore a quanto sarebbe stato convenuto dalle parti, le disposizioni della presente, si applicano solo a questo importo.

La "società di uno Stato membro" è quella società che:

- è costituita in conformità della legge dello Stato membro e figura nell'elenco allegato alla presente direttiva;
- è considerata, in conformità con la legislazione fiscale dello Stato membro, residente nel suddetto Stato e non è stata considerata, ai fini fiscali, residente al di fuori dell'UE;
- è soggetta all'assolvimento di un'imposta fiscale societaria esplicitamente citata, ovvero ad un'imposta identica o sostanzialmente simile, istituita dopo l'entrata in vigore della direttiva stessa.

Una società A è consociata della società B, se si realizza una delle seguenti condizioni:

- A detiene in B una partecipazione diretta al capitale maggiore o uguale al 25%;

¹¹⁷ Nella sua ampia accezione, la definizione è in linea con quella enunciata nel modello OCSE.

- B detiene in A una partecipazione diretta al capitale maggiore o uguale al 25%;
- C detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale sia di A che di B.

Pertanto, rilevano solo le partecipazioni detenute direttamente: questo ha l'effetto di ridurre, considerevolmente, la portata dell'applicazione della Direttiva. E' comunque, prevista la possibilità di sostituire la quota minima nel capitale con la quota minima dei diritti di voto.

In ultimo si segnala il problema di Grecia, Portogallo e Spagna.

Infatti, per motivi di bilancio, è stato loro concesso un periodo transitorio, nel quale possono non applicare i dispositivi della Direttiva fino all'entrata in vigore, dal 1 gennaio 2005, della Direttiva 2003/48/CE in tema di imposta fiscale sui redditi da risparmio. Nel corso del periodo transitorio, pari a 8 anni dall'entrata in vigore della direttiva sopra citata, l'aliquota fiscale, sui pagamenti di interessi o canoni, non potrà eccedere il 10% nel corso dei primi quattro anni, ed il 5% nel corso dei successivi quattro.

Alla Spagna, la quale ha lanciato un piano di sviluppo tecnologico, è stato concesso un periodo transitorio di 6 anni nel quale l'aliquota di imposta per i pagamenti di canoni non potrà eccedere il 10%.

Così, come per la Direttiva Madre-Figlia, questa Direttiva, non preclude l'applicazione di dispositivi nazionali, o basati su accordi, necessari per la prevenzione di frodi ed abusi.

Gli Stati membri, sono liberi di ritirare i benefici offerti sugli interessi e le *royalties* ovvero di disapplicare la direttiva stessa, per motivazioni quali il contrasto all'evasione fiscale, alla deliberata insolvenza fiscale o l'abuso.

5.7. CFC: Controlled Foreign Companies

L'importanza e la rilevanza del processo di globalizzazione dei mercati e l'accresciuta diffusione di imprese multinazionali, ha indotto i legislatori degli Stati più evoluti (ad oggi, tra i Paesi più evoluti, non hanno adottato la legislazione CFC il Belgio, l'Olanda e l'Irlanda) ad adottare delle norme che, in qualche modo, potessero contrastare i vantaggi, legati alla riduzione del carico fiscale, derivanti dallo spostamento di fonti o flussi reddituali nei Paesi dal regime fiscale privilegiato.

Pur con ritardo rispetto agli ordinamenti degli altri Paesi, anche la nostra legislazione nel 2000, si è attrezzata per contrastare tale tendenza: l'art. 1 della Legge 342/2000 ha introdotto una disciplina specifica riguardante il fenomeno delle CFC, inserendo nel t.u.i.r. l'art. 127-*bis*, il cui contenuto è stato integralmente trasfuso nell'attuale art. 167, successivamente integrato con gli art. 168 e 168-*bis*. E' bene fare una precisazione: il trasferimento della fonte di produzione del reddito è contrastato dalla normativa delle CFC, il trasferimento del solo flusso reddituale,

con il mantenimento della fonte nel paese di residenza, è contrastato con l'utilizzo di norme che non consentono la deducibilità fiscale di costi o spese relativi ad operazione intercorse con società estere, per quanto attiene ai trasferimenti dei flussi reddituali.

Bisogna poi distinguere i Paradisi Fiscali dai Centri *off shore*: rientrano nella prima categoria quei Paesi, quali Bahamas o Isole Cayman, in cui i tributi sono applicati in misura ridotta; i secondi, invece, quali Panama o Hong Kong, applicano tributi ridotti solo ai redditi di fonte estera.

Tra l'altro, in Italia, la fuga oltre confine degli investimenti avvenuta nell'ultimo decennio, è stata anche determinata da una scarsa stabilità e certezza delle regole fiscali: solo le imprese di più modeste dimensioni hanno mantenuto il centro dei loro affari in Italia, beneficiando delle disfunzioni del nostro sistema fiscale e ponendo in essere delle pratiche evasive. Le imprese più grandi e più rigide a livello organizzativo, hanno indirizzato i loro investimenti oltre confine (¹¹⁸).

Sicuramente la finalità della disciplina è quella di ostacolare i comportamenti attraverso cui una società trasferisce i propri utili ad una società partecipata estera, per scontare la tassazione preferenziale fissata nel Paese straniero, in luogo di quella ordinaria esistente nel Paese di residenza (¹¹⁹).

Questo obiettivo è stato perseguito attraverso una normativa che non interessa soltanto le società, ma qualsiasi contribuente residente in Italia che detenga, *“direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori diversi di quelli di cui al decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze emanato ai sensi dell'art. 168-bis”*.

Il requisito del controllo è valutato con riferimento al disposto dell'art. 2359 c.c.

La regola vorrebbe che, i redditi derivanti da partecipazioni in società residenti all'estero, venissero assoggettati ad imposta, solo quando percepiti: secondo la disciplina CFC, invece, i redditi vengono imputati al soggetto residente in Italia in proporzione alle partecipazioni da esso detenute, a prescindere dalla effettiva distribuzione. Viene inoltre riconosciuto un credito di imposta per le imposte pagate già all'estero in via definitiva.

Vi è una sorta di tassazione per trasparenza, come quella prevista per le società di persone, che comporta l'immediata tassazione, in capo ai soggetti residenti in Italia, per gli utili prodotti dall'impresa estera controllata; ai redditi dell'impresa partecipata, si applicherà l'aliquota media del soggetto residente, comunque non inferiore al 27%.

Infatti l'art. 167, comma 1, così recita: *“ se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di una impresa, di una società o di un altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato, sono imputati, a decorrere dalla chiusura*

¹¹⁸ LUPI, *Evasione Fiscale e diversa rilevabilità della capacità economica*, in *Rass. Trib.*, 2007, 1668.

¹¹⁹ M. BREGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, Giuffrè, Milano, 2008, 257.

dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero partecipato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da esse detenute. Tali disposizioni si applicano anche per le partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati".

E' facile individuare i punti in comune con il consolidato mondiale, ma sussiste una chiara differenza: il consolidato mondiale è opzionabile, il regime CFC, data la sua funzione antielusiva, è invece applicato obbligatoriamente.

Vi è però la possibilità, per il contribuente, di non esser assoggettato a tale regime qualora esperisca con successo la procedura di interpello, da proporre all'Amministrazione Finanziaria, prevista dall'art. 11 dello "statuto dei diritti del contribuente", ovvero quando: il soggetto localizzato nel territorio dal regime fiscale privilegiato, eserciti effettivamente, quale sua attività, un'attività industriale o commerciale nello Stato dove ha sede oppure quando il soggetto residente, che controlla il soggetto estero partecipato, non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori al fine di usufruire dei trattamenti fiscali privilegiati.

L'interpello si atteggia solo quale atto procedurale, ma non sostanziale, al fine della disapplicazione della norma, nel senso che il rilascio del parere negativo ha l'effetto di innescare una procedura contenziosa sul merito della questione e non sul mancato avallo dell' Amministrazione.

Se l'impresa estera, dovesse esser tassata nel Paese con regime fiscale privilegiato, il soggetto residente può detrarre, dalle imposte dovute in Italia, le imposte pagate allo Stato estero in maniera definitiva, dall'impresa estera, in quanto gli viene riconosciuto un credito di imposta.

Gli utili distribuiti dalle CFC, non concorrono alla formazione dell'imponibile del soggetto residente, qualora vi sia già stata la tassazione, seguendo il metodo dell'imputazione. Inoltre il costo della partecipazione è aumentato dei redditi imputati e diminuito, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti.

L'art. 168, t.u.i.r., prevede che i redditi delle imprese estere collegate, residenti in Paesi con fiscalità privilegiata, siano tassati in Italia, imputando al residente una quota del reddito prodotto dall'impresa estera.

La nozione di collegamento, non è però quella prevista dal codice civile: per impresa collegata, infatti, si intende l'impresa di cui un soggetto residente in Italia, detenga, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento, se si tratta di società quotate, e non inferiore al 20 per cento, per le imprese non quotate.

Il reddito dell'impresa estera viene determinato in base al maggiore tra l'utile del bilancio prima delle imposte e l'utile determinato forfaitariamente in base a dei coefficienti di rendimento differenziati per i vari componenti dell'attivo patrimoniale. Questa legislazione, è potenzialmente in grado di comportare alcune incompatibilità con le norme comunitarie ed i trattati internazionali: potrebbe comportare la violazione delle libertà fondamentali sancite nel Trattato Ue, quali il divieto alla disparità di trattamento, ovvero disattendere i principi previsti dalla

Direttiva Madre- Figlia o ancora violare i principi delle convenzioni contro le doppie imposizioni (¹²⁰).

Per giungere ad una corretta soluzione della questione, bisogna muovere dalla considerazione che la legislazione della CFC non intende neutralizzare le politiche di differimento del pagamento di imposta nel Paese di residenza dell'investitore (c.d. *tax deferral*), quanto piuttosto reprimere il fenomeno dei trasferimenti apparenti del soggetto passivo e dell'attività produttiva del reddito oltre confine.

Alcuni autori, hanno sottolineato che, l'adozione del regime CFC, deve giustificarsi con l'esigenza di una parità di trattamento tra chi produce redditi all'estero e chi produce redditi nello Stato di residenza (cd. *Capital export neutrality*) (¹²¹).

Il fatto che la c.d. seconda esimente prevista dall'art. 167, 5° comma, lettera b), abbia una particolare importanza nell'ambito delle norme che disciplinano i rapporti con i soggetti ubicati in paradisi fiscali- in quanto essa (e non anche quella di cui alla lettera a), rileva, tra l'altro, ai fini dell'applicazione del regime di esclusione dei dividendi e di esenzione delle plusvalenze- denota che "il legislatore forse inconsapevolmente intende valorizzare i profili di delocalizzazione elusiva del reddito in paradisi fiscali, garantendo una imposizione adeguata degli stessi in ottica di neutralità fiscale interna" (¹²²).

Vi sono autori che ritengono che la vera *ratio* della disciplina, vada ricercata nell'esigenza di contrastare pratiche abusive consistenti nel trasferimento fittizio di redditi all'estero.

Bisognerà quindi distinguere i comportamenti delle imprese ascrivibili ad una condotta lecita, approvati dall'ordinamento (legati alla scelta del regime fiscale meno oneroso), da quelli che vanno ricondotti ad ipotesi di elusione fiscale, ovvero realizzati mediante pratiche non vietate dalle norme, e quindi formalmente valide, ma sostanzialmente abusive, data la asistematicità dei risultati raggiunti.

Si rilevano inoltre delle incongruenze tra normativa comunitaria e normativa italiana in tema di disapplicazione della CFC: le norme comunitarie, richiedono che l'attività sia effettiva, la normativa italiana richiede, invece, che la società non residente, eserciti un'attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel territorio o nello Stato nel quale ha sede.

Ecco perché può esser dubbia l'applicazione della CFC nel caso di svolgimento di attività di impresa, nel settore dei servizi della *new economy* o dell' *e-commerce*, realizzata dalla società partecipata estera

Tra gli autori (¹²³), si ritiene che l'esimente italiana vada intesa in modo ampio, di modo da evitare ingiustificate discriminazioni qualitative tra le varie attività di impresa. Ad ogni modo, la linea di demarcazione tra cosa è lecito e cosa no, non è di facile individuazione.

¹²⁰ Sul punto si veda PISTONE, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa*, 2004, 47 e ss; ROTANDARO, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, 517 e ss.

¹²¹ Sul punto, si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Utet, Milano, 2008, 421-422.

¹²² Così, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 260.

¹²³ Così MARONGIU, *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti* in *Dir. Prat. Trib.*, 2001, I, 143.

Appare evidente, inoltre, che la disciplina, una volta accolta dai vari Paesi, abbia subito delle varianti tali da creare una forma di concorrenza fiscale tra i diversi Stati (¹²⁴).

I modelli più diffusi di tassazione del reddito prodotto dalle CFC, sono:

1. il metodo cd. *deemed dividend approach*, che tassa il reddito presso la società residente per mezzo di una *fictio* di distribuzione del dividendo,
2. il metodo cd. *Transparent entity approach*, che tassa il reddito direttamente in capo alla società controllata estera ma nel Paese di residenza della controllante;
3. il metodo cd. misto (adottato tra l'altro dall'Italia), secondo cui il reddito della società estera viene imputato al soggetto controllante italiano (¹²⁵).

L'imputazione del reddito della partecipata a quello della partecipante, tiene conto della partecipazione, detenuta direttamente alla fine del periodo di imposta.

In presenza del requisito del controllo, seppur detenuto indirettamente, alla controllante viene imputato solo la parte di reddito proporzionale alla quota direttamente detenuta: la parte rimanente viene imputata alla società per mezzo della quale la capogruppo viene e detenere il controllo. Da ciò si deduce che vi sarà una divergenza tra quota di controllo e quota di utili imputata (¹²⁶).

Se però il controllo è indiretto, ed ottenuto tramite società non residente, la quota di reddito imputata al soggetto residente tiene anche conto dell'effettiva percentuale di controllo indiretto. Se il reddito della CFC fosse tassato per imputazione in capo alla società estera, scontando un prelievo ordinario, dovrebbe configurarsi una causa di esclusione dell'applicazione della regola di tassazione per trasparenza (¹²⁷).

Questa disciplina viene anche applicata alle partecipazioni di controllo in società non residenti, per i redditi derivanti dalle loro stabili organizzazioni localizzate in territori con regimi fiscali agevolati: alla società residente verrà imputato solo la parte di reddito proveniente dalla stabile organizzazione, ma non anche quello prodotto dalla partecipata estera.

Per la quantificazione del reddito delle imprese estere partecipate, si seguono due criteri diversi, a seconda che ci si trovi di fronte al requisito di controllo ovvero a quello di collegamento.

In caso di partecipazioni di controllo, il reddito viene calcolato seguendo le disposizioni dettate per il reddito di impresa; in caso di partecipazione di collegamento si considera il maggiore importo tra l'utile risultante dal reddito di esercizio ed il reddito induttivamente determinato sulla base di indici di rendimento applicati ad alcuni beni dell' attivo patrimoniale: questo secondo criterio è più agevole ed è giustificato dal fatto che la società partecipante potrebbe non essere

¹²⁴ Si veda NUSSI, *Profili ricostruttivi della disciplina sulle CFC*, in *Dialoghi di dir. Trib.*, 2004, P. 903.

¹²⁵ In tal senso, PISTONE, *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, op.cit., 47.

¹²⁶ Così, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 267.

¹²⁷ In tal senso, Ris, MIn, 18 dicembre 2007, n.381.

in condizione di acquisire tutte quelle informazioni contabili ed amministrative necessarie per procedere all'effettiva determinazione del reddito di impresa.

I redditi imputati dalla CFC sono sottratti alla tassazione ordinaria, scontano, infatti, una tassazione separata con aliquota media non inferiore al 27%, applicata sul reddito complessivo del soggetto residente.

Sia che il soggetto residente sia una persona fisica, sia che sia un soggetto passivo IRES, questa tassazione separata non è un regime favorevole: le persone fisiche infatti possono accedere ad aliquote inferiori del 27% per esiguità dei redditi assoggettati a tassazione ordinaria, ed i soggetti passivi IRES, possono vedersi riconosciute aliquote agevolate, inferiori al 27%. Inoltre, sempre per fini antielusivi, è vietata la compensazione tra eventuali perdite della società residente con i redditi della società estera e viceversa.

Va inoltre notato che lo strumento della *participation exemption* non trova applicazione per le partecipazioni in società residenti nei paradisi fiscali, salvo che il soggetto residente, attraverso la procedura di interpello, dimostri che da dette partecipazioni non si sia conseguito l'effetto di localizzare i redditi in questi territori: da ciò si deduce che si avrà tassazione integrale delle plusvalenze, al momento del loro realizzo. Per le stesse ragioni, saranno invece deducibili le eventuali minusvalenze realizzate sulle partecipazioni stesse.

Il regime fiscale dei dividendi in "entrata" di fonte estera è equiparato a quelli di fonte interna, ovvero concorrono all'imponibile nella misura del 5%: a seguito dell'entrata in vigore dell'IRES, infatti, i dividendi in entrata sono stati equiparati a quelli domestici. Ma nel caso di dividendi provenienti da paradisi fiscali, essi sono ritenuti integralmente imponibili; questo regime opera, però, solo quando non vale la tassazione per trasparenza prevista dalla disciplina delle CFC, in quanto, in caso contrario, si avrebbe una doppia imposizione.

Per le partecipazioni di modesta entità, si avrà quindi la piena tassazione in Italia, e non ci sarà bisogno di aspettare la distribuzione effettiva dei dividendi.

Il regime previsto per le CFC è alternativo ad un'altra regola antielusiva che concerne le imprese residenti in Stati nei quali la pressione fiscale è molto tenue, contenuta nell'art. 110, t.u.i.r.. Questa norma stabilisce la indeducibilità delle spese e delle altre componenti negative derivanti da operazioni intercorse tra imprese italiane e imprese domiciliate in Paesi non appartenenti all'Unione Europea, nei quali, appunto, vige una fiscalità più favorevole di quella italiana. Ebbene, ai sensi dell'ultimo comma del suddetto articolo, il divieto di deduzione dei costi non riguarda le somme corrisposte in ottemperanza a contratti conclusi con imprese straniere i cui redditi siano tassati in Italia in forza degli artt. 167 e 168, t.u.i.r..

Inoltre, a mente dell'art. 140, le disposizioni dell'art. 167 non si applicano alle società controllate estere il cui reddito deve esser già sommato a quello della società controllante residente in Italia per effetto dell'opzione a favore della tassazione unitaria del gruppo transazionale facente capo alla controllante medesima. La scelta riguardante il regime del consolidato mondiale, disciplinato dagli artt. 130 e ss, t.u.i.r., è operata liberamente dagli interessati e sortisce gli

stessi effetti dell'attribuzione per trasparenza dei redditi delle controllate all'ente italiano collocato al vertice della struttura plurisocietaria; si tratta dunque di un sistema alternativo a quello previsto dalla disciplina CFC.

5.7.1. L'estensione alle società collegate

Come già detto, il D. LGS. n. 344 del 2003, attuativo della legge delega n. 80 del 2003 per la riforma fiscale ha previsto l'estensione del regime CFC alle società estere collegate.

La nozione di collegamento cui fa riferimento la legge, non è, però, la stessa di quella contenuta all'art. 2359, comma 3, del c.c.

Infatti, l'art. 168 stabilisce che il regime CFC vada applicato anche nel caso in cui *“il soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, ...una partecipazione non inferiore al 20% degli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori con un regime fiscale privilegiato; tale percentuale è ridotta al 10% nel caso di partecipazione agli utili di società quotate in borsa”*.

Pertanto, in questa definizione, non si fa riferimento all'esistenza di “un' influenza notevole”, laddove la stessa sia accompagnata dalla detenzione di una partecipazione, in misura non inferiore ad una soglia prestabilita.

La mancata adozione del criterio civilistico di “collegamento”, è forse da ricondursi alla volontà del legislatore di evitare l'applicazione di detta disciplina alle partecipazioni minoritarie, inferiori al 20%, che comunque consentano di esercitare un'influenza notevole sulla CFC.

Pertanto, nonostante, nella rubrica dell'articolo, si richiami il concetto di “collegamento”, si prescinde dalla capacità di esprimere il voto nell'assemblea ordinaria della società o dell'ente straniero e, in senso più generale, di influenzare le decisioni dell'impresa estera, e quindi, di riflesso, di influire sulla gestione di questa e di incidere sulla destinazione del risultato utile da essa prodotto.

La norma, infatti, considera solo la partecipazione agli utili; ciò che rileva, è esclusivamente, la possibilità di percepire, alla chiusura dell'esercizio, una parte dell'utile gestionale prodotto dall'impresa, qualora ne sia decisa la distribuzione.

Il regime disciplinato è, pertanto, applicabile anche nei casi in cui non vi sia coincidenza tra la titolarità dei poteri amministrativi e quelli di natura squisitamente patrimoniale.

D'altro canto, il riferimento puntuale ad una partecipazione minima agli utili, permette di individuare più facilmente il criterio di collegamento, e di riflesso, l'applicazione della disciplina.

Sono comunque emerse delle critiche, con riguardo alla scelta del legislatore, di venir meno al disposto della legge delega n. 80: in questa legge, infatti, si richiamava solo la nozione di collegamento, ai fini civilistici. Il legislatore del D. LGS. n. 344, se ne è discostato, preferendo utilizzare un criterio basato su

parametri oggettivi quali l'individuazione di diverse percentuali di partecipazione agli utili della società collegata in funzione della quotazione o meno in borsa.

L' Agenzia delle Entrate, nella risoluzione n. 235/E del 24 maggio 2007, ha confermato che rientrano nell'ambito applicativo della norma tutte le ipotesi di partecipazioni agli utili uguali o superiori alle percentuali stabilite, a prescindere dalla corrispondenza o meno di corrispondenti diritti di voto e che la quantificazione della partecipazione dovrà tenere conto anche della azioni con diritto di voto limitato ovvero senza diritto di voto.

Viene altresì affermato nel suddetto documento che, il totale dei diritti di partecipazione agli utili viene ottenuto sommando quelli derivanti da azioni e dalle "altre forme tipiche di partecipazione" agli utili assieme a quelli originati da determinate disposizioni statutarie.

Va osservato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 167 in materia di controllo e dell'art. 169 in materia di collegamento, qualora, mediante la partecipazione agli utili di entità non inferiore alla citata soglia del 20% (ovvero del 10%, in caso di società quotate), la controllante esercitasse, in forza di vincoli contrattuali, una influenza dominante, la norma da applicare dovrebbe essere l'art. 167, e non anche l'art. 168.

In riferimento alla prevalenza dell'applicazione dell'art. 167 rispetto all'art. 168, sono stati ipotizzati i seguenti casi (¹²⁸):

- a) una società residente A detiene una partecipazione agli utili di C (residente) pari al 40%. C a sua volta, partecipa una CFC in misura del 70%.
A, quindi, partecipata agli utili della CFC al 28% (40%*70%) e dovrebbe, quindi, applicare la disciplina dell'art. 168 su tale reddito. C, poiché detiene il controllo della CFC, dovrà invece applicare l'art. 167. Ma in questo caso A verrebbe tassata due volte e, pertanto, onde scongiurare il rischio di una doppia imposizione, dovrebbe esser esentato dall'applicazione dell'art. 168;
- b) la società X partecipa al 45% agli utili di B e C. A loro volta B e C partecipano una CFC, rispettivamente, nella misura del 48% e del 30%.
Si ritiene che B e C applicano l'art. 167 sulla loro quota di redditi della "*black list*"; X, invece, poiché indirettamente subisce l'applicazione dell'art. 167 a B, non dovrà applicare l'art. 168;

La Finanziaria 2008, ha inserito al comma 1, dell'art. 168, la precisazione che la normativa CFC in materia di imprese estere collegate non si applica per le partecipazioni in soggetti non residenti negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati.

Infine, va osservato che l'art. 168, prevede che il rapporto di collegamento possa esser anche indiretto: in tal caso si deve tener conto degli effetti demoltiplicativi prodotti dalla catena partecipativa.

¹²⁸ M. PIAZZA, "La catena fa scattare l'imputazione", Il Sole 24 Ore, 20 febbraio 2006, 30.

E' il caso ad esempio, di una società A residente in Italia che detiene il 48% della società C residente in un paradiso fiscale. Poiché A partecipa, indirettamente, il 23,04% in C, le verrà applicata la disciplina contenuta all'art. 168.

Il D.M. 7 agosto 2006, n.268, conferma questa previsione.

Vi sono poi altri due spunti critici: il primo è relativo al fatto che, sfuggono dall'ambito di operatività della disciplina i redditi conseguiti dalle stabili organizzazioni ubicate in paradisi fiscali ma possedute da soggetti residenti in Stati esteri che non accordano tassazioni privilegiate, nei quali il contribuente italiano detiene una partecipazione agli utili.

Il secondo spunto, più importante, è relativo al fatto che al contribuente italiano è automaticamente imputato il maggiore tra i seguenti valori: l'utile prima delle imposte risultante dal bilancio redatto dalla partecipata estera anche in assenza di apposito obbligo di legge; un reddito induttivamente determinato sulla base di coefficienti di rendimento riferiti ad alcune categorie di beni che compongono l'attivo patrimoniale dell'impresa straniera.

5.7.2. La nozione di paradiso fiscale

Una delle condizioni fondamentali per l'applicazione della disciplina sulle CFC è, assieme al controllo, la localizzazione del soggetto partecipato in uno Stato o in un territorio che adotta una legislazione fiscale particolarmente favorevole.

Il quarto comma dell'art. 167, t.u.i.r., affermava che *“si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti”*.

Tale norma, seppur formalmente abrogata dalla Legge Finanziaria 2008, continua ad essere seguita, nella realtà: manterrà, difatti, piena efficacia fintantoché non sarà emesso il decreto ministeriale previsto dal nuovo art. 168 *bis*.

La dottrina, ha comunque da sempre espresso forti dubbi sulla nozione di paese a bassa fiscalità, giustificando le proprie perplessità con l'eccessiva genericità e vaghezza.

La legge, tra l'altro, non chiarisce cosa debba intendersi per tassazione sensibilmente inferiore a quella italiana e quale sia il limite quantitativo al di sotto del quale le somme dovute al fisco straniero possono dirsi eccessivamente modeste.

Come affermano l'Amministrazione e la dottrina, per appurare se il contribuente ritrae un vantaggio dalla localizzazione dei redditi in uno Stato estero, occorre incentrare l'analisi non tanto sulla misura delle aliquote e/o sulla composizione della base imponibile del tributo straniero, quanto sull'effettivo ammontare del prelievo sopportato nello Stato estero, che deve essere cospicuamente più basso

rispetto all'imposta che sul medesimo tipo di reddito sarebbe richiesta dal fisco italiano.

5.7.3. Profili di compatibilità con i principi costituzionali, norme comunitarie e trattati internazionali

La disciplina delle CFC ha destato alcuni dubbi di costituzionalità, in quanto la tassabilità di un reddito non posseduto, ma potenzialmente acquisibile, potrebbe contrastare con l'art. 53 della Costituzione, in cui viene sancito il principio di attualità ed effettività della capacità contributiva.

La Commissione Biasco, si è occupata anche di questi aspetti, analizzando i profili critici della compatibilità della disciplina italiana in tema di CFC e della disciplina in tema di "esterovestizione" con l'ordinamento comunitario.

Con riferimento al primo aspetto, sorgono dei dubbi di compatibilità con le libertà fondamentali e qualche dubbio in relazione alla Direttiva Madre-Figlia. Tali dubbi possono derivare dal diverso trattamento tra le fattispecie transnazionali e quelle meramente interne ed in particolare riguardano le situazioni di controllo o collegamento, diretto o indiretto, da parte di soggetti residenti, di imprese, società o altri enti residenti (o localizzati) in un paese della "black list" appartenente all'Unione Europea o dell'*European Economic Area* ("EEA")⁽¹²⁹⁾.

Appartengono alla "black list" paesi quali Malta, Liechtenstein, Cipro: rispetto a questi territori gli artt. 167 e 168 t.u.i.r. generano alcune restrizioni sia alla libertà di stabilimento che a quella di circolazione.

Infatti, per effetto della Direttiva, lo Stato di residenza della società madre perde la facoltà di esercitare la propria potestà impositiva (se non nel limite del 5% previsto in via eccezionale dalla direttiva e recepito all'art. 96-bis t.u.i.r.) sui dividendi distribuiti dalla società figlia residente in altro Stato membro. La normativa CFC determina invece l'effetto diametralmente opposto, consentendo allo Stato della società controllante di assoggettare a tassazione il reddito della società controllata, sia direttamente in capo a questa, sia per effetto di una *fictio* di distribuzione del dividendo.

Di fronte a questa situazione occorre chiedersi se l'esistenza di una legislazione CFC sia o meno compatibile con l'ordinamento comunitario. Infatti, l'emanazione di diritto secondario (come appunto la Direttiva madre-figlia) priva gli Stati membri delle loro prerogative in funzione della necessità di eliminare un ostacolo al funzionamento del mercato europeo.

A prima vista non si può fare a meno di sospettare una, sia pur parziale, coincidenza tra il campo applicativo della legislazione CFC e quello della Direttiva madre-figlia.

¹²⁹ L'EEA è un accordo stipulato tra l'Unione Europea, ed i suoi Paesi membri, con i membri dell'EFTA. E' entrato in vigore dal 1 gennaio 1994 e comprende Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

La Direttiva presuppone la percezione, da parte della società madre (ossia la controllante) di dividendi distribuiti dalla società figlia (ossia la controllata). Tale si potrebbe ritenere in sostanza l'imputazione del reddito alla controllante per effetto della legislazione CFC, che in sostanza assoggetta a tassazione il risultato economico conseguito dalla controllata in uno Stato estero. Tuttavia, la Direttiva non fornisce alcuna esplicita definizione del concetto di percezione di dividendi distribuiti dalla società figlia, né di tale questione ha finora avuto modo di occuparsi la Corte di Giustizia. A ben guardare, l'equiparazione tra i campi di applicazione delle due normative pare difficilmente sostenibile in relazione a quel tipo di legislazione CFC basata sull'approccio di trasparenza.

Al contrario, sorgono sospetti particolarmente marcati in relazione all'altro tipo di legislazione CFC, quello cioè fondato sulla *fiction* di distribuzione di dividendo. Si potrebbe in teoria sostenere tale coincidenza nel campo applicativo almeno quando la legislazione interna dello Stato della controllante equipara l'imputazione del reddito per effetto della CFC alla distribuzione del dividendo. Sembra però preferibile negare tale possibilità per più di una ragione. In primo luogo, il diritto comunitario normalmente rifugge ogni dipendenza anche ai soli fini interpretativi dalla normativa di fonte interna, giacché questa è alla radice inconciliabile con l'esistenza di garantire una omogenea applicazione della normativa comune in tutti gli Stati membri. Inoltre, i presupposti applicativi della Direttiva sono tassativi e vanno interpretati in modo rigoroso, come la Corte ha più volte avuto occasione di affermare. Se dunque gli Stati membri avessero voluto acconsentire a rinunciare anche a questa loro prerogativa, avrebbero dovuto farlo esplicitamente nel testo della Direttiva.

Non avendolo fatto, né potendosi ricavare tale loro volontà per effetto dell'interpretazione degli articoli della Direttiva, sembra preferibile negare che la Direttiva Madre-Figlia osti all'applicazione di questo tipo di legislazione CFC. Peraltro, la tesi qui sostenuta consente anche di evitare una situazione difficilmente accettabile, secondo cui la legislazione CFC basata sulla *fiction* di dividendo sarebbe incompatibile con la Direttiva madre-figlia, mentre potrebbe essere applicata nella sua variante basata sull'approccio di trasparenza (i cui dubbi profili di compatibilità con i trattati sono già stati in precedenza esaminati). L'altro gruppo di fattispecie che generano dei dubbi si riferiscono al controllo, diretto e non, di società, imprese, enti residenti al di fuori dell'UE.

E' fuor di dubbio, l'applicabilità del regime di tassazione per trasparenza, previsto per le società di persone, giacché vi è uno strettissimo legame tra soggetti proprietari e soggetti gestori; nel caso delle CFC, invece, l'influenza della proprietà sulla gestione, non può comunque far desumere una immediata disponibilità del reddito, anche in assenza di una delibera di distribuzione.

E' con riferimento agli artt. 167 e 168, t.u.i.r., quindi che potremmo evidenziare delle incompatibilità con il dettato costituzionale, ai sensi dell'art. 53.

Ma a ben vedere, data la finalità antielusiva della legislazione CFC, tesa a contrastare i redditi "formalmente" prodotti oltre confine, si può riscontrare una

contabilità con la norma costituzionale: è in questo senso che si può dimostrare il collegamento (il possesso) tra l'elemento oggettivo (reddito della partecipata estera) e quello soggettivo (società residente) (¹³⁰).

La legislazione delle CFC trova applicazione con riguardo ad alcuni Stati aderenti all'Unione Europea: ecco perché, bisogna, soffermarsi sulla sua compatibilità con i principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, sanciti dagli artt. 43 e 48 del Trattato UE.

Secondo l'art. 43, *“le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte di cittadini di uno Stato membro”* e l'art. 48 stabilisce che *“le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro sono equiparate, ai fini dell'applicazione del diritto di stabilimento alle persone fisiche”*.

E' chiaro che la disciplina delle CFC, rende più difficile il rispetto del principio della libertà di stabilimento, giacché prevede la tassazione in capo al soggetto residente in Italia, degli utili non distribuiti, prodotti dalla società estera; inoltre la tassazione avviene sia in caso di partecipazioni dirette che indirette, ma anche in caso di partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti dalle loro stabili organizzazioni ubicate in territori con fiscalità privilegiata.

Diversamente dall'art. 43, l'art. 48 relativo alla libera circolazione dei capitali non richiede né la cittadinanza né la residenza riferendosi esclusivamente ai presupposti oggettivi della fattispecie.

Inoltre, la libertà di stabilimento comporta sempre un investimento di capitale e, pertanto, un movimento di capitale; per contro, la libertà di circolazione non per forza richiede l'esercizio dello stabilimento.

E' opportuno sottolineare quanto viene sancito dall'art. 56: infatti, questo, pone un divieto a tutte quelle misure che ostacolano direttamente i movimenti di capitale fra Stati membri e fra Stati membri e paesi terzi, ma anche a tutte le disposizioni che, pur non facendo esplicito riferimento ai movimenti di capitale, presuppongono l'esercizio di tale libertà.

La differenza più netta tra le due libertà riguarda l'ambito territoriale di applicazione; la libertà di stabilimento si applica anche ai movimenti di capitale tra Stati membri e Paesi terzi.

Queste norme potrebbero però non contrastare con i principi comunitari, qualora sia possibile giustificare l'utilizzo per scongiurare obiettive situazioni abusive.

Dalla lettura della comunicazione della Commissione COM 785 del 2007, si può comprendere l'orientamento, della Commissione Europea, in materia di CFC.

Infatti, per quanto riguarda l'applicazione delle norme antielusione la Commissione, ritiene che, soprattutto considerando le decisioni più recenti della Corte di Giustizia, vi sia un'urgente necessità di:

¹³⁰ M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 273.

- trovare un giusto equilibrio tra l'interesse generale a combattere l'abuso e la necessità di evitare restrizioni sproporzionate dell'attività transfrontaliera dell'UE;
- coordinare in modo migliore l'applicazione delle misure antiabuso nei confronti dei Paesi terzi al fine di proteggere le basi imponibili degli Stati membri.

La Corte di Giustizia, nella causa *Cadbury Schweppes*, nel fissare delle linee guida in merito alla compatibilità delle disposizioni sulle CFC con i principi comunitari, ha posto in risalto il fatto che una misura che restringe la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificamente le *costruzioni di puro artificio* finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato. Infatti viene stabilito che *"... un operatore il quale si trovi in una situazione coperta dalla normativa comunitaria può perdere i suoi diritti ai sensi di tale normativa se cerca di abusarne...una pratica abusiva si verifica solo quando, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria...vi è l'intenzione di ottenere un vantaggio mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento"*.

Le scelte che si caratterizzano per motivi esclusivamente fiscali, sono, quindi, meritevoli di beneficiare della protezione offerta dal Trattato ⁽¹³¹⁾.

La Corte ha definito "*costruzioni di puro artificio*", quelle che non hanno effettività economica e che sono finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio dello Stato; la società estera deve esser effettivamente insediata al fine di espletare un'attività economica effettiva.

Inoltre la stessa sentenza ha specificato che *"l'insediamento di una società è da considerare effettivo quando, sulla base di elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, in particolare a livello della sua presenza fisica in termini di locali, persone e di attrezzature, corrisponde ad una realtà economica, ossia una società reale che svolge attività economiche effettive e non una società fantasma o schermo"*.

All'infuori delle attività espletate per mezzo di strutture materiali e di risorse umane, le restrizioni alla libertà di stabilimento, conseguenti all'applicazione della normativa sulle CFC, sono legittime.

Pertanto, alla luce della pronuncia della Corte, si può affermare che, il regime italiano in materia, sia nel complesso coerente con le norme del Trattato.

Un'altra importante sentenza della Corte di Giustizia è quella "*Thin Cap*" del 2004, nella quale si è discusso circa la possibilità che uno Stato membro imponga restrizioni fiscali sulle transazioni finanziarie tra società collegate residenti in Stati membri diversi.

A proposito, è stato confermato che la circostanza nella quale *"le condizioni delle transazioni finanziarie fra società collegate si scostino da quelle che sarebbero state convenute fra parti non collegate costituisce un elemento oggettivo e verificabile al fine di determinare se la transazione in questione rappresenta, in tutto o in parte, una costruzione di puro artificio"*.

¹³¹ Cosi, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 274.

In conclusione, le linee guida della Commissione Europea in tema di misure antiabuso nel settore delle imposte dirette, può esser così riassunto:

- secondo le sentenze nelle cause *Cadbury* e *Thin Cap*, per determinare se una transazione rappresenta una costruzione di puro artificio, le norme antiabuso nazionali possono comprendere criteri di sicurezza (“*safe harbours*”) applicabili alle situazioni che presentano la possibilità di abuso più elevata;
- nella sentenza *Thin Cap* si sostiene inoltre che la definizione di criteri presuntivi ragionevoli contribuisce ad un’applicazione equilibrata delle misure antiabuso nazionali: ciò risponde all’interesse della certezza del diritto per i contribuenti e della praticità per le autorità locali;
- tuttavia, per garantire che le transazioni e gli insediamenti effettivi non vengano indebitamente sanzionati è essenziale che, ove si presuma l’esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali tale transazione è stata conclusa.

Prevenire l’abuso del diritto, espressione con la quale si è soliti indicare l’insieme di disposizioni dirette a contrastare l’elusione e l’evasione fiscale, è una motivazione valida per giustificare la restrizione all’esercizio della libertà di stabilimento.

Il comune denominatore della definizione di elusione (o abuso) fiscale a livello comunitario è che le sole finalità di riduzione del carico fiscale non possono costituire, di per sé, una valida causa di restrizione dell’esercizio delle libertà fondamentali. Di conseguenza, una disciplina statale diretta a prevenire o contrastare la riduzione del reddito tributario attraverso la delocalizzazione in territori a bassa fiscalità, non costituisce, in quanto tale, una legittima causa di giustificazione a livello comunitario. Elemento costitutivo della nozione di abuso del diritto in materia fiscale, inteso quale motivo di giustificazione alle restrizioni delle libertà fondamentali, è che l’attività o l’operazione non esprimano alcuna sostanza o effettività economica. Queste conclusioni appaiono la naturale conseguenza di un ordinamento giuridico basato sulla nozione di mercato interno, intesa dalla giurisprudenza comunitaria e dal Trattato quale spazio giuridico di libertà, in cui la competizione tra sistemi fiscali costituisce uno degli elementi strutturali fondamentali (accanto all’armonizzazione dei sistemi fiscali che, diversamente, persegue obiettivi di omogeneizzazioni dei sistemi normativi) ⁽¹³²⁾.

Un’ ultima analisi deve esser compiuta con riferimento alla compatibilità della disciplina CFC con le convenzioni internazionali.

La previsione della tassazione per trasparenza, potrebbe, infatti, alterare il criterio territoriale di ripartizione della potestà impositiva, in quanto si assoggetterebbe ad imposizione in un Paese un reddito facente capo ad un soggetto estero. Tale estensione della potestà impositiva è espressamente vietata dalla convenzione OCSE, documento a cui si ispirano le convenzioni sino ad oggi stipulate. La

¹³²Così, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell’Ires*, op.cit.,239.

normativa sulle CFC violerebbe anche uno dei principi accolti nei trattati internazionali, quale quello che vieta la doppia imposizione economica, oltre che giuridica (¹³³).

Il *Committee on Fiscal Affairs* dell' OCSE ha sostenuto la compatibilità della legislazione sulle imprese partecipate estere anche con riguardo a Stato con cui sono in vigore disposizioni pattizie, pur non esistendo un'apposita clausola di salvaguardia. Le finalità anti-abuso previste dalla disciplina CFC degli Stati non contrastano con i trattati internazionali: questi ultimi, peraltro, possiedono un'autonoma funzione antiabuso per cui i benefici delle convenzioni non possono essere accordati in presenza di operazioni che ne costituiscono un abuso.

Questo orientamento è conforme a quella ricostruzione secondo cui:

- a) in seno ai trattati internazionali non rileva la doppia imposizione economica, ma solo quella giuridica, e nel caso di specie saremmo di fronte solo ad un'eventuale doppia imposizione economica, essendo differenti i soggetti su cui ricade l'imposizione;
- b) gli artt. 7 e 10 citati involgerebbero una fattispecie diversa da quella disciplinata nella legislazione CFC.

Nel primo caso, infatti, le norme regolerebbero la tassazione della società estera sugli utili realizzati; nel secondo caso, le norme regolerebbero la tassazione di un soggetto residente e non quella di un soggetto estero. Il criterio di ripartizione della potestà impositiva non viene, quindi, alterato (¹³⁴).

Pertanto, se si accetta quest'ordine di idee, è ammissibile che il fisco italiano infranga il velo fittizio creato dalla formale interposizione di un soggetto privo di un'organizzazione effettiva, non impegnato in un'attività produttiva reale e la cui ragione d'esistenza sia di attrarre materia imponibile in paesi con regimi fiscali vantaggiosi dell'Italia; è conseguentemente, giustificato tassare in capo al controllante italiano il reddito formalmente conseguito da quel soggetto che è di fatto una pura emanazione del controllante medesimo.

5.7.4. Criteri direttivi e modifiche della Legge Finanziaria 2008

Con la Legge Finanziaria 2008 (Legge 24 dicembre 2007) sono state introdotte alcune importanti novità i cui effetti, diretti o indiretti, condizionano la disciplina delle CFC.

La prima novità, consiste nella sostituzione delle cosiddette "*black list*", che individuavano i Paesi o territori a fiscalità privilegiata, con delle nuove "*white list*", che indicano gli Stati con i quali vige un adeguato scambio di informazioni e nei

¹³³ Così, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 276.

¹³⁴ M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 277.

quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello dello Stato italiano.

Ai fini della verifica della sussistenza del requisito della possibilità di effettuare un adeguato scambio di informazioni, si dovrà guardare all'esistenza di una convenzione contro le doppie imposizioni della relativa clausola (contenuta nell'art.26 del Modello di convenzione Ocse) ed all'esistenza o meno di limitazioni al riguardo.

Per quanto concerne il requisito dell'adeguatezza del livello di tassazione estero, permangono alcune incertezze interpretative, specie con riguardo ai casi di Paesi, quali la Svizzera, Malta, Panama, per i quali sono attualmente inseriti nella *black list* soltanto alcuni soggetti.

Le nuove "*white list*" per i soggetti diversi dalle persone fisiche sono, quindi, destinate a sostituire sia le precedenti "*white list*" dei Paesi con i quali è attuabile lo scambio di informazioni, sia le "*black list*", relative a Stati e territori aventi regimi fiscali privilegiati.

Quindi, con questa modifica, viene a modificarsi il criterio di individuazione dei Paesi e territori CFC: questi, saranno, pertanto, individuati per esclusione rispetto a quelli indicati nel nuovo elenco.

Il decreto previsto dall'art. 168-bis, ai fini dell'individuazione delle liste per i soggetti diversi dalle persone fisiche, contiene due distinti elenchi:

- nel primo elenco, saranno inclusi gli Stati ed i territori che consentono un adeguato scambio di informazioni;
- nel secondo elenco, saranno indicati gli Stati ed i territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato nel nostro Paese.

L'art. 1, comma 90, della Legge n. 244 del 2007, che disciplina la fase transitoria per l'applicazione della nuova disciplina, stabilisce che siano inclusi nelle "*white list*" per un periodo di cinque anni dalla pubblicazione del decreto in G.U., gli Stati ed i territori che, prima della data di entrata in vigore della suddetta legge, non sono stati indicati nei decreti del 4 settembre 1996 e 4 maggio 1999 nonché nei decreti del 21 novembre 2001 e 23 gennaio 2002, così come gli Stati ed i territori di cui all'art. 2 del citato decreto del 21 novembre 2001, limitatamente ai soggetti ivi indicati, nonché quelli indicati all'art. 3 del medesimo decreto, ad eccezione dei soggetti ivi indicati.

Dunque, per tutto il quinquennio successivo all'emanazione del decreto sugli Stati a fiscalità ordinaria, lo stesso decreto non potrà contemplare i Paesi che ora rientrano nella sfera applicativa delle norme sulle CFC, a ragione dei regimi fiscali dei quali sono dotati. La platea dei territori interessati dalla disciplina in esame potrà eventualmente esser ampliata ma non ristretta.

La Finanziaria 2008, ha specificato che la normativa CFC in materia di imprese estere collegate non si applica per le partecipazioni in soggetti non residenti negli Stati o territori predetti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati.

Altro punto rilevante della legge Finanziaria 2008, è stata la riduzione dell'aliquota IRES, dal 33% al 27,5%.

Questa riduzione, dovrebbe comportare un ripensamento del limite minimo di tassazione del reddito della collegata estera, attualmente al 27%: questo, risulta, infatti, eccessivamente oneroso rispetto alla ordinaria aliquota, tanto più ove si consideri che tale reddito è assoggettato a tassazione separata e, dunque, non può esser compensato con le perdite generate dal soggetto residente.

5.7.5. Critiche alla legislazione CFC prospettate dalla Commissione Biasco

La Commissione di studio sulla tassazione delle imprese, istituita dal Vice Ministro delle finanze Vincenzo Visco, il 27 giugno 2006, presieduta dal Professor Salvatore Biasco e composta dai Prof. Silvia Giannini ed Adriano di Pietro e dal Consigliere di Stato Giuseppe Roxas, ha concluso i suoi lavori.

Dopo aver affrontato ed esaminato tutti gli aspetti relativi all' IRES, sono stati evidenziati gli aspetti meritevoli di correzione, sono state altresì proposte le possibili soluzioni dei problemi emersi con la costante preoccupazione di migliorare il rapporto tra i contribuenti ed il Fisco.

E' stata riservata particolare attenzione a limitare al minimo i cambiamenti radicali degli istituti esistenti allo scopo di non ingenerare nuove turbative alla pianificazione fiscale delle imprese, introducendo correttivi volti a stimolare la crescita, la competitività e gli investimenti, in conformità con l'effettiva capacità contributiva dei soggetti interessati e con l' esigenza di semplificare la normativa e razionalizzarne le simmetrie di sistema.

In particolare ed in estrema sintesi:

- per il sistema di *participation exemption (Pex)* introdotto con la creazione dell' IRES e successivamente, nel corso della precedente legislatura, ampiamente modificato, viene suggerito di tornare ad una tassazione del 5 per cento delle plusvalenze (unificata con i dividendi) e di introdurre per le partecipazioni non *Pex* un regime generalizzato di irrilevanza delle minusvalenze e di tassazione sostitutiva e moderata delle plusvalenze, eliminando al contempo tutte le disposizioni antielusive;
- per il consolidato aziendale viene suggerito di allargare le casistiche per l'ammissione a di abolire le agevolazioni non sistemiche;
- l'introduzione di criteri di bilancio europei (IAS) viene affrontata proponendo alcuni criteri che ne regolino l' impatto sulla normativa fiscale e civilistica;
- viene proposto la trasformazione della "*Thin Capitalisation*" in un regime moderato di indeducibilità degli interessi legato al rapporto debito/patrimonio, accompagnato da una reintroduzione della *Dual Income Tax (Dit)* con alcuni correttivi rispetto alla configurazione precedente;

- si propone la completa neutralità delle operazioni societarie e di inserire nella tassazione ordinaria varie disposizioni che premiano fusioni, congiunzione delle imprese con il mercato dei capitali, impegno nella ricerca;
- molte disposizioni della normativa vigente vengono esaminate nel merito e per alcune di esse si chiede una semplificazione o che vengano riportate a norme sistemiche;
- viene infine segnalato che tendenze di politica fiscale presenti in Europa portano ad una competizione fiscale centrata sull' aliquota nominale e che l' Italia rischia di avere un' aliquota più alta degli altri Paesi (¹³⁵).

Inoltre, durante le audizioni della Commissione Biasco, sono emerse le criticità proprie della disciplina italiana sulle CFC, del regime fiscale dei dividendi provenienti dalle società residenti in paradisi fiscali, del regime fiscale dei rapporti commerciali tra imprese residenti ed ubicate nei paradisi fiscali.

In corso di lavori è, anzitutto, emerso che la legislazione CFC non debba estendersi al di là del proprio raggio di azione, in quanto ciò non è necessario, estendendosi anche alle società collegate.

Dall'applicazione del regime delle CFC, è facile incontrare problemi di doppia imposizione, soprattutto quando la partecipazione nella società residente in un paradiso fiscale sia detenuta indirettamente per il tramite di un' altra società, invece residente in un Paese ad alta fiscalità: l'utile prodotto nella società ubicata nel paradiso fiscale, infatti, verrebbe dapprima tassato per trasparenza in Italia, all'atto della produzione, ed una seconda volta nel paese in cui risiede la società intermedia, al momento della sua distribuzione.

Inoltre, tale disciplina può comportare differenti problemi operativi in capo agli investitori residenti, soprattutto con riguardo all' applicazione del regime in esame alle società collegate, nel poter recepire i dati di bilancio.

Il regime, sempre con riferimento alle società collegate, è in contrasto con le convenzioni internazionali, in quanto attrarrebbe a tassazione in Italia, redditi di imprese che non sono sottoposte all'influenza di un *dominus* nel nostro Stato.

Sulla base di queste considerazioni e del fatto che l'estensione della legislazione anche alle società collegate, non ha trovato seguito in altri Stati, durante i lavori della Commissione, si è chiesta la soppressione di questa previsione.

Altro problema emerso è quello relativo alla distribuzione dei dividendi provenienti dai soggetti residenti nei paradisi fiscali, che risultano pienamente tassabili nel nostro Paese. La penalizzazione subita da questi dividendi, è tanto più forte ed immotivata, se si fa riferimento all' ipotesi di "triangolazione dei dividendi stessi" (gli utili pervengono per il tramite di società intermedie), soprattutto perché la società intermedia avrebbe potuto anche aver investito solo una minima parte del suo patrimonio in partecipazioni della società ubicata nel Paese con regime fiscale privilegiato.

Le criticità sono ancora maggiori, con riferimento all' ipotesi in cui la CFC sia interposta tra una società italiana controllante ed una società operativa localizzati

¹³⁵ [www. Governo.it/notizie/ministeri/dettaglio.asp?d=35328](http://www.Governo.it/notizie/ministeri/dettaglio.asp?d=35328)

in Paesi con fiscalità ordinaria: non poter dimostrare, ai fini dell' esimente, che la società inclusa nella catena partecipativa svolge un' attività economica effettiva, crea chiare penalizzazioni, in quanto gli utili della società operativa verrebbero tassati nella misura del 100% del loro ammontare in capo alla società operativa e, per trasparenza, in capo alla controllante italiana, senza che si sia verificato un risparmio di imposta. Se il controllo della società operativa fosse stato detenuto direttamente dal soggetto italiano senza il tramite della CFC, sui proventi derivanti dalle partecipazioni si sarebbe potuto fruire del regime di esenzione (¹³⁶).

Infine, dallo studio della criticità derivanti dalle operazioni commerciali intercorse con società residenti in detti Paesi, è emerso che, il regime di indeducibilità dal reddito della società residente, a prescindere dal fatto che faccia parte di un gruppo, penalizza le imprese italiane, qualora la scelta di un fornitore estero non dipenda dalle caratteristiche peculiari dello stesso, ma dipenda da valutazioni di tipo economico e da valutazioni di mercato.

Questa previsione, peraltro solo italiana, costringe l' impresa ad usare intermediari esteri, sostenendo gli oneri da essi dipendenti, per il solo fine di evitarne la indeducibilità. Ed inoltre, anche la prova dello svolgimento di una effettiva attività, è tutt' altro che semplice.

La proposta è quindi quella di limitare i casi di indeducibilità, ai soli casi di operazioni fittizie e comunque prive di ogni logica economica, ovvero a semplificare la prova circa l'effettività dell' attività svolta. Si è anche proposto di subordinare la deducibilità ad un' apposita comunicazione, da effettuarsi mensilmente, relativa ai costi sostenuti per l'acquisto di beni e servizi da soggetti residenti in paradisi fiscali, cosicché l'Amministrazione Finanziaria avrebbe la possibilità di intervenire tempestivamente.

5.7.6. Le modifiche recenti al regime CFC

L'art. 13 del D.L. 1 luglio 2009, n. 78 convertito con modificazione dalla L. 3 agosto 2009, n. 102 ha introdotto significative modifiche alla disciplina italiana delle CFC.

Tra le novità introdotte vi è la restrizione alle possibilità di disapplicazione della normativa e l'ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa stessa.

In particolare, l'art. 13 citato dispone che *“allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali, l'accesso a regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento ad operazioni infragruppo, è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale”*.

Ai sensi dell'art. 167, comma 5, t.u.i.r. per disapplicare la disciplina il contribuente deve dimostrare con istanza di interpello ai sensi dell'art. 11 L. 212/2000 alternativamente:

¹³⁶ Così, M. BEGHIN, *Saggi sulla riforma dell'Ires*, op.cit., 279.

- a) che la CFC svolge, come attività principale, un'effettiva attività industriale o commerciale nel mercato dello Stato o territorio di insediamento;
- b) che dalla detenzione delle partecipazioni non consegue l'effetto di delocalizzare i redditi in Stati o territori in cui tali redditi sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Solo il primo punto è stato modificato dalla legge, mentre il secondo punto è rimasto invariato.

La modifica legislativa circoscrive l'esimente di cui alla lettera a), per cui ora è necessario che la CFC sia effettivamente radicata nella vita economica del mercato del paradiso fiscale.

Le motivazioni tecniche, secondo le quali *“ai fini del radicamento della controllata estera non sarebbe più di per sé sufficiente la disponibilità in loco di una struttura organizzativa”* (ai sensi della relazione governativa), sarebbero riconducibili ai nuovi orientamenti comunitari (Decisione del 13 febbraio 2007 e COM del 12 dicembre 2007) a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 settembre 2006 *“Cardbury Schweppes”*.

Nella realtà la modifica legislativa si muove nel solco della recente prassi dell'Agenzia delle Entrate sulle *società offshore estere*: infatti le risoluzioni 427/E del 2008 e 165/E del 2009 hanno negato la disapplicazione del regime CFC ad una *trading* svizzera e di Hong-Kong, che svolgevano solo attività di *import-export* su mercati esteri, ma senza esercitare una effettiva attività commerciale a favore del mercato locale.

Inoltre, la relazione ministeriale di accompagnamento al D.L. 78/09, ha stabilito che *“sussiste l'esercizio di un'attività commerciale effettiva svolta in via prevalente nel mercato locale del territorio di insediamento quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi della CFC hanno origine nello Stato o territorio di insediamento cioè derivino da operazioni effettuate nel predetto mercato”*.

Questa modifica non risulterà di agevole applicazione essendo fondamentale il significato da attribuire al concetto di *“attività svolta in via prevalente nel mercato locale di insediamento”*: si potrebbe intendere questo concetto in modo estensivo, avendo riguardo non solo al dato numerico delle vendite effettuate nell'area, ma anche al complesso delle relazioni economico-locali, valorizzando fattori quali le fonti di approvvigionamento, le risorse umane, i rapporti con le università ed i centri, etc.

Diversamente, rientrerebbero nella disciplina CFC tutte le strutture estere che- benché effettive- operano prevalentemente sui mercati internazionali, quali le società di *trading* operanti *“estero su estero”* e le società di intermediazione/approvvigionamento.

Inoltre il nuovo comma 5-*bis*, introdotto dal D.L., nega la possibilità di dimostrare l'effettivo radicamento sul territorio estero quando i proventi della CFC provengono per più del 50% dalla:

- gestione, detenzione o investimenti in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie (ad es. dividendi, interessi e *royalties*);

- cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letterale o artistica;
- prestazioni di servizi infragruppo, inclusi i servizi finanziari.

In buona sostanza, la modifica legislativa attrae nel campo di applicazione della disciplina CFC (senza sostanziale possibilità di prova contraria) le società, quali:

- *holding companies*;
- *management fees companies*;
- *royalty companies*;
- *head-quarters*

che benché dotate di una struttura effettiva (uffici, personale, etc.), sono impegnate nella gestione degli investimenti o nella tesoreria di un gruppo e sono residenti o localizzate in Paesi a regime fiscale privilegiato.

Nelle circostanze in cui sia vietata l'esimente di cui alla lettera a), rimane, teoricamente, la possibilità di presentare l'interpello per l'esimente, lettera b).

In tal caso, la disapplicazione della normativa CFC è subordinata alla non agevole dimostrazione che il contribuente residente, non consegue l'effetto di delocalizzare i redditi nei Paesi a fiscalità privilegiata, dalla partecipazione nella CFC.

Ad esempio potrà dimostrare che:

- la fonte produttiva dei *passive income* conseguiti dalla CFC non è situata nel paradiso fiscale;
- per i servizi infragruppo resi, la CFC opera come intermediaria di altra impresa residente in un Paese a fiscalità non privilegiata;
- i proventi della CFC sono tassati almeno una volta l'anno in maniera congrua rispetto al livello impositivo italiano (spunto dalla Ris. 18/E del 2003).

Inoltre, il D.L. 78/09 estende il regime CFC alle società controllate residenti in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata, purché ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- 1) la controllata non residente è sottoposta ad un livello di tassazione effettivo inferiore a più della metà di quello cui sarebbe sottoposta in Italia, qualora fosse stata lì residente;
- 2) i proventi della controllata non residente sono riconducibili per più del 50% a *passive incomes* (dividendi, interessi e *royalties*) o a servizi infragruppo ivi compresi quelli finanziari.

Nel caso in cui le due condizioni non venissero rispettate, la società estera si considera a bassa fiscalità.

Tra questi Paesi o territori è bene ricordare:

- Germania: aliquota societaria al 15%;
- Irlanda, con riferimento alla tassazione del 12.5% applicabile alle società che esercitano attività industriali e commerciali;
- Portogallo, con riferimento alle società localizzate nella *free zone* di Madeira (il regime di esenzione totale, salvo alcune eccezioni, terminerà al 31/12/2011);

- Bulgaria, che assoggetta le società ad imposizione con aliquota del 10%;
- Ungheria, relativamente al regime di tassazione effettiva degli interessi attivi che si attesta dal 2010 al 4%, mediante una riduzione forfetaria dalla base imponibile soggetta all'aliquota ordinaria del 10%.
- Lussemburgo, con riferimento a quelle strutture controllate anche indirettamente da società lussemburghesi, che consentono di beneficiare di una tassazione limitata molto spesso sugli interessi attivi da finanziamenti generalmente infragruppo;
- Cipro, già incluso nella attuale "black list" CFC a motivo del basso livello di tassazione, pari al 10%.

Il regime CFC estende anche alle controllate estere residenti in Paesi a fiscalità ordinaria (ovvero né "paradisi fiscali né fiscalmente virtuosi) con riguardo a specifici proventi la cui tassazione effettiva è inferiore di oltre la metà rispetto a quella italiana.

A titolo esemplificativo, basti ricordare:

- *Holding companies* aventi un regime di *participation exemption*;
- *Royalties companies*;
- *Holding companies* dove i soci beneficiano direttamente del rimborso parziale delle imposte assolte a livello societario

La descritta disposizione può formare oggetto di una nuova disapplicazione *ad hoc* non riconducibile alle due esimenti sopra citate: infatti il contribuente potrà dimostrare mediante interpello all'Amministrazione Finanziaria che, "l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale", così come sancito dal nuovo comma 8-ter dell'art. 167, t.u.i.r. (¹³⁷).

La Corte di Giustizia europea ha sostenuto che, la necessità di impedire l'elusione e l'abuso fiscale, può essere un valido motivo per giustificare una restrizione delle libertà fondamentali del Trattato, incluso il diritto di stabilimento (art. 43).

Tuttavia, la normativa fiscale nazionale, per esser legittima, deve esser proporzionata e finalizzata ad impedire "costruzioni di puro artificio".

Il principale punto di divergenza in materia, tra normativa italiana e normativa europea, è che a livello europeo l'obbligo dell'interpello preventivo è scarsamente diffuso per far valere le circostanze esimenti.

I commenti finora intervenuti, sulla predetta disciplina, non provengono da Organismi Pubblici ma da interlocutori "privati" che sulla base della prassi esistente e della giurisprudenza comunitaria, hanno proposto un'interpretazione delle nuove norme.

E' con riguardo all'esimente di cui al punto a) che sorgono maggiori perplessità: questa dovrebbe, secondo alcuni, recepire gli orientamenti espressi dall'Agenzia

¹³⁷ Norma di ispirazione comunitaria, influenzata dalla comunicazione della Commissione COM (2007) 785 e dalla giurisprudenza comunitaria con la sentenza "Cardbury Scweppes".

delle Entrate con la risoluzione n. 427/E del 10/11/2008; inoltre, la novità introdotta costituirebbe un'ulteriore condizione da soddisfare per accedere all'esimente.

ASSONIME ⁽¹³⁸⁾ avanza dei dubbi sulla reale portata innovativa della disciplina.

Infatti, quando nello stato estero c'è un reale insediamento produttivo, la condizione del mercato di insediamento sarebbe da intendersi come meramente rafforzativa degli elementi di radicamento della CFC nello Stato in cui ha sede, e non, come una condizione innovativa.

Pertanto, qualora l'insediamento fosse reale ed effettivamente radicato nello Stato ospite, non dovrebbe assumere rilievo il mercato di sbocco o la localizzazione dei fornitori: la condizione dell'effettivo radicamento, non sarebbe inficiata dalla circostanza che l'attività economica della CFC non sia rivolta al mercato dello Stato di insediamento.

A questo proposito, viene inoltre fatto notare che:

- la stessa Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 128/E del 16/05/2009 aveva elaborato una definizione di mercato locale più ampia rispetto a quella adottata nella risoluzione n. 427/E del 10/11/2008, che ricomprendeva non solo il termine di insediamento ma anche l'area geografica circostante;
- il fatto che il legislatore abbia specificato questo concetto solo per le società bancarie ed assicurative lascia intendere che la localizzazione di clienti e fornitori (ovvero il mercato di riferimento) non è un concetto ritenuto generalmente determinante.

In effetti, la nuova normativa, oltre ad un'inversione della prova a carico del contribuente, produce anche un aumento degli oneri di *compliance* che potrebbero essere censurate in sede comunitaria, qualora il Paese estero coinvolto nella transazione non appartenesse all'UE.

In ultimo, va sottolineato che il D.L. 78/09 non prevede una disposizione specifica sull'entrata in vigore delle nuove disposizioni CFC. Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto dei contribuenti, le modifiche alla disciplina dei tributi periodici si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono.

Pertanto, per le società controllanti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, la nuova normativa trova applicazione a partire dal 1° gennaio 2010. In questo modo vengono rispettati i principi di collaborazione e buona fede, cui sono improntati, in base allo Statuto stesso, i rapporti tra contribuenti ed Amministrazione Finanziaria.

Inoltre, l'applicazione delle nuove regole dal 2010 consente alla capogruppo di imprese CFC di rivedere per tempo le strategie aziendali sull'estero.

Infine, in materia di recenti modifiche alla disciplina CFC, si deve ricordare quanto previsto dal "Decreto Incentivi 2010", introdotto con il D.L. 40 del 2010, il quale ha previsto che i soggetti Iva che effettuino, dal 1° luglio 2010, operazioni con i Paesi

¹³⁸ www.assonime.it. Nota e studi 15/2009. Assonime è l'associazione tra società per azioni.

della “*black list*”, dovranno comunicare all’ Agenzia delle Entrate i dati relativi alle operazioni di:

- cessione di beni;
- acquisto di beni;
- prestazioni di servizi rese;
- prestazioni di servizi ricevute;

effettuate nei confronti di operatori economici aventi sede, residenza, domicilio negli Stati o territori elencati nella “*black list*”.

Con un Decreto legislativo firmato il 27 luglio 2010, il Ministro dell’Economia interviene per aggiornare le tre “*black list*” in vigore in Italia: quella del 4 maggio 1999 concernente la residenza delle persone fisiche, quella del 21 novembre 2001, valida ai fini della norma CFC ed infine il D.M. del 23 gennaio 2002 da utilizzare per il regime di indeducibilità dei costi sostenuti dalle imprese. Viene inoltre integrata con Cipro e Lettonia, la cosiddetta “*white list*” del 1996.

Il D.M., interviene, innanzitutto, eliminando dalle liste dei Paesi a fiscalità privilegiata i due stati nel frattempo entrati a far parte dell’UE: Cipro e Malta. Per questi Paesi, tra l’altro, l’esclusione dalla lista nera era già in vigore con riferimento alla regola (art. 110 t.u.i.r.) che prevede una indeducibilità presuntiva degli oneri di impresa, tranne che nel caso di dimostrazioni di particolari condizioni circa l’attività del fornitore o l’interesse del soggetto italiano ad avvalersene.

Cipro e Malta sono ora del tutto equiparati a paesi a fiscalità ordinaria con la conseguenza che, dall’esercizio fiscale 2010, non si applicano nei loro confronti, non solo le norme dell’art. 110, t.u.i.r., ma anche le regole previste dagli artt. 2, 167, 168, t.u.i.r.. In particolare, per le persone fisiche che hanno trasferito la loro residenza in uno di tali Stati non vale più la residenza fiscale presunta in Italia e per le società controllate o collegate domiciliate nei medesimi paesi non scatterà più la tassazione per trasparenza in capo al socio italiano.

Oltre ai due Stati europei esce dalla “*black list*” la Corea del Sud, nei cui confronti non saranno più applicabili la norma sulle CFC e quella dell’indeducibilità dei costi ⁽¹³⁹⁾.

¹³⁹ www.ilSole24Ore.it

Conclusione

Il fenomeno del gruppo è innegabile esser parte della realtà economica nazionale ed internazionale: dalla sua nascita ad oggi, si è evoluto il modo di concepire e strutturare i gruppi, ed infatti si è passati dalla diffusione dei grandi gruppi conglomerati, tipici degli anni '60 e '70, a gruppi più snelli, più integrati, più focalizzati sul *core business*, a partire dalla fine degli anni '80.

E' sempre più evidente che, il successo di questo soggetto economico, dipenda da un insieme di fattori, quali una buona *corporate strategy*, risorse umane altamente specializzate e preparate, ma non solo: un gruppo per sopravvivere necessita di esser integrato e radicato nei vari contesti locali in cui opera e soprattutto deve esser in grado di instaurare un costante dialogo con i governi locali di questi Paesi.

E' in questo senso che le norme tributarie e le politiche fiscali dei vari Stati devono esser orientate all'abbattimento di frontiere, vincoli ed ostacoli sia di tipo commerciale ma soprattutto di tipo istituzionale: è necessaria la cooperazione ed il continuo scambio di informazioni tra le autorità, al fine di garantire espansione e crescita delle dimensioni aziendali, con un attento monitoraggio ed un'attenta prevenzione dei fenomeni di elusione ed evasione fiscale.

E' per questa serie di considerazioni che, giorno dopo giorno, si assiste a forum, congressi, emanazione di Direttive da parte della Comunità Europea, dichiarazioni di intenti di riforme fiscali.

La decisione di analizzare il gruppo societario come soggetto economico, è nata dalla considerazione dell'importanza di questo nella vita economica dei Paesi più industrializzati: è un segnale di "salute" del mercato, può far da traino alla crescita economica di un Paese, dà fiducia ai consumatori ed ai piccoli risparmiatori, innescando un processo virtuoso.

Ritengo sia utile, e forse anche indispensabile, che le autorità fiscali proseguano sulla strada degli interventi in materia, al fine di agevolare le aggregazioni "positive" e più virtuose, scoraggiando invece quelle aggregazioni che pongono in esser comportamenti, per così dire, "patologici".

Questo è tanto più vero, tanto più ci si cala nella realtà che stiamo vivendo: la crisi finanziaria del 2007, i crack finanziari di grandi gruppi nazionali ed internazionali,

la recessione, e forse la progressiva uscita dalla stessa, hanno reso sempre più evidente la necessità di garantire certezza delle norme, collaborazione e cooperazione in materia fiscale, al fine di permettere ai gruppi di tornare ad esser i protagonisti, seppur in un'ottica più integrata e focalizzata, della scena economica mondiale e fungere da traino ad una nuova fase del mercato.

Bibliografia

- Andrei P., S. Azzali, Biaschi A., Fellegara A.M., *Le aggregazioni di impresa*, Giuffrè, Milano, 1999, 39-40.
- Azzini L., *Istituzioni di economia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1982.
- Beghin M., *Saggi sulla riforma dell'Ires*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Campobasso G.F., *Gruppi e gruppi bancari: un'analisi comparata*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, 731.
- Capolupo S., *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, 2005, 882.
- Cassazione 13 febbraio 1992, n.1759, in *Le società*, 1992, 2402.
- Cassazione 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 366 con nota di N. Rondinone.
- Cassazione 8 maggio 1991, n. 1918, in *Riv. Giur. Impr.*, 1991, 535, con nota di P. Galgano.
- Cassandro P.E., *I gruppi aziendali*, Cacucci, Bari, 1980.
- *Trattato di ragioneria*, Cacucci, Bari, 1990.
- Circolare Assonime 23 ottobre 2006, n.44.
- Corsi F. Ferrara F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2006.
- D' Alessandro F., *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA.VV. *La disciplina dei gruppi di società nella "novella" del 1974*, Milano, 1978, 105 ss.
- Dodero A., *Imposta sul reddito delle società*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Falsitta G., *I rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale alla luce della IV direttiva Cee*, in *Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva Cee*, Milano, 1988.
- Fantozzi A. - Spoto A., *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2003, I, 685.
- Ferri G., *Concetto di controllo e gruppo*, in AA.VV. *Disciplina del gruppo giuridico di imprese*, Milano, 1982, 1338.
- Galgano F., *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2001, 8.
- *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e imprese*, 2003, 1020.
 - *Le nuove società di capitale e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, vol. XIX, 2004, tomo I, 185.
 - *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 164.
 - *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003.
- Granovetter M., *Business groups*, in Smelser e altri, *The handbook of economic sociology*, NewYork, 1994.
- Jaeger P.G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, 90-91.

- Lamandini M., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995.
- Lupi R., *Evasione fiscale e diversa rilevabilità della capacità economica*, in *Riass. Trib.*, 2007, 1668.
- *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Giuffrè, Milano, 1988, 256.
- Mancini D., *L'aziende della "rete" di imprese – La prospettiva del controllo nella relazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Marchetti P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 5 ss.
- *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, Milano, 1996, II, 1548 ss.
- Marino G., *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008.
- *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto di norme?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, I, 967 ss.
- Marongiu G., *Imprese estere partecipate: prime riflessioni sulle circostanze escludenti l'imputazione dei redditi ai soggetti controllanti*, in *Dir. Prat Trib.*, 2001, I, 143.
- Melis G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, 2003.
- Montalenti P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 81.
- Notari M., *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 225.
- Nussi, *Profili costruttivi della disciplina sulle CFC*, in *Dialoghi di dir. Trib.*, 2004, 903.
- Passaponti B., *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Pavone La Rosa A., *Divagazioni in tema di " controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Il dir. Fall.*, 1985, I, 17 ss.
- *La responsabilità da "controllo" nei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 1984, 401 ss.
 - *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. Soc.*, 2003, 773.
- Piazza M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Il Sole 24 Ore, 2004;
- *"La catena fa scattare l'imputazione"*, *Il Sole 24 Ore*, 20 febbraio 2006, 30.
- Pistone P., *Normativa CFC, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa*, 2004, 47 ss.
- Rapporto Ocse, *Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrator*, 1995.
- Ris. Min. 18 dicembre 2007, n. 381.
- Roccatagliata F., *Diritto comunitario tributario*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale* coordinato da V. Uckmar, III ed., Padova, 2005, 1203.
- Rondinone N., *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 185-234.
- Rossi G., *Il fenomeno del gruppo ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Milano, 1996.
- Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, 517 ss.
- Salvini L., *La tassazione per trasparenza*, in *Riass. Trib.*, 2003, I, 1504.

- Saraceno P., *La produzione industriale*, Libreria universitaria Editrice, Venezia, 1978.
- Sbisà G., *Società controllate e società collegate*, in *Contratto e impresa*, 1997.
- Scognamiglio G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- Spolidoro M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, 1995, 458 ss.
- Stevenato D., *La tassazione delle società nella Riforma Fiscale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003.
- Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario*, parte speciale, Utet, 2008.
- Tremonti G., *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, 12.
- Vonwiller A.R., *I gruppi societari*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Zappa G., *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1956.
- Zattoni A., *Economia dei gruppi aziendali*, Egea, Milano, 2000, 18.
- *L'assetto istituzionale delle imprese italiane*, Egea, Milano, 2004.
 - *The structure of Corporate Groups: the Italian Case*, Corporate Governance- An International Review, gennaio 1999.

Sitografia

www.assonime.it

www.consob.it

www.agenziadelleentrate.gov.it

www.borsaitaliana.it

www.economia.uniparthenope.it

www.eutekne.info

www.fiscooggi.it

www.governo.it/notizie/ministeri/

www.ilSole24Ore.it

www.irdec.it

www.mazars.it

www.misterfisco.it

www.repubblica.it

www.sanpaoloimprese.com

www.synergiaconsulting.it

www.economia.univr.it

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/business/company_law/I26041_it.ht

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/business/company_law/I26039_it.ht

