

Anno 13 – Numero 21

11 novembre 2015

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- Il concordato e gli accordi di ristrutturazione
- Fondazioni bancarie: composizione organica
- Patti di famiglia e *trust*

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con:



SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Anna Magliana, Remo Morone, Luciano Panzani, Luciano Matteo Quattrocchio, Vincenzo Sanasi d'Arpe

I saggi costituenti "Studi e Opinioni" sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO, INFEDELTÀ PATRIMONIALE E TRANSFER PRICING

Gli Autori esaminano alcuni aspetti della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento: in particolare, i profili di responsabilità, la teoria dei vantaggi compensativi, il reato di infedeltà patrimoniale e la disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento.

di **LUCIANO MATTEO QUATTROCCHIO E ANNA MAGLIANA**

1. Premessa.

Come è noto, il legislatore della riforma del diritto delle società di capitali ha introdotto – nel 2003 – una compiuta disciplina dell'attività di direzione e coordinamento.

Invero, tale intervento legislativo era stato preceduto – nel 2002 – dalla novella dell'art. 2634 c.c. in tema di reato di infedeltà patrimoniale.

Tuttavia, prima ancora, il legislatore tributario aveva introdotto una dettagliata regolamentazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni infragruppo internazionali.

Attraverso un sintetico richiamo dei tratti caratterizzanti le citate discipline, si intende – con il presente contributo – mettere in evidenza come l'obiettivo del legislatore sia quello di contrastare – sotto i diversi profili – gli eventuali effetti distorsivi dell'attività di direzione e coordinamento.

2. La disciplina civilistica dell'attività di direzione e coordinamento.

2.1. Il quadro normativo.

L'ordinamento italiano non conteneva (e tuttora non contiene) una definizione di gruppo né tantomeno una disciplina organica in materia, ma si limitava – sino alla Riforma del diritto societario – a dettare la nozione di imprese controllate e collegate (art. 2359 c.c.), oltre ad individuare i soggetti ricompresi nell'area di consolidamento (art. 26 d.lgs. n. 127 del 1991).

La motivazione di tale scelta andava – e va tuttora – ricercata nella finalità del Legislatore di non costringere gli operatori economici e gli interpreti in una tipizzazione

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

rigida e vincolante di un fenomeno in rapido e continuo mutamento, per effetto di nuove forme organizzative e partecipative.

Il Legislatore della Riforma del diritto societario nel 2003 ha – in parte colmato la lacuna dell’ordinamento in tale materia – introducendo nel Codice Civile, il *Capo IX* rubricato “*Direzione e coordinamento di società*” e individuando una serie di adempimenti, obblighi e vincoli con l’obiettivo di tutelare i terzi e i soci di minoranza delle imprese controllate.

La disciplina complessiva che ne è scaturita, è caratterizzata dai seguenti obblighi¹:

- obbligo di corretta gestione societaria ed imprenditoriale da parte dell’ente controllante (art. 2497-*bis* c.c.);
- obbligo di pubblicità e comunicazione per le società che subiscono la direzione unitaria (art. 2497-*bis* c.c.);
- obbligo di redazione – da parte delle società controllate – di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell’ultimo bilancio dell’ente che esercita su di loro l’attività di direzione e coordinamento (art. 2497-*bis*, comma 4, c.c.);
- obbligo di indicazione nella relazione sulla gestione – da parte degli amministratori delle controllate – dei rapporti intercorsi con l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, oltre all’effetto che tale attività ha avuto sull’esercizio delle società e sui loro risultati (art. 2497-*bis*, quinto comma c.c.).

Tali norme sono state introdotte con l’obiettivo di stabilire fino a che punto l’interesse del gruppo possa prevalere su quello delle singole società (od enti) facenti parte, al fine di garantire la tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali, anche attraverso obblighi informativi e di trasparenza.

La rilevanza giuridica del “gruppo” di imprese – e il conseguente presupposto per l’applicazione di queste norme – si manifesta principalmente attraverso la cd. “direzione unitaria”. Mediante tale meccanismo di coordinamento la capogruppo indirizza l’attività economica delle singole società controllate, sulla base dell’assunto secondo cui il “gruppo” può conseguire un interesse comune superiore a quello raggiungibile dalle singole imprese che ne fanno parte². D’altronde, come è stato osservato, «*l’interesse di gruppo è il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l’asse di coordinamento tra l’interesse della controllante e l’interesse delle altre società del gruppo*»³.

È opportuno non confondere il concetto di controllo con quello sopra individuato

¹ M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, 2004, p. 1055 ss.

² Così P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 719

³ S. DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, Milano, 1990, pag. 13.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

di direzione unitaria, anche se l'art. 2497 c.c. non fornisce una definizione compiuta di direzione e coordinamento.

Il controllo del gruppo, infatti, si realizza prevalentemente per il tramite della partecipazione al capitale sociale mentre la direzione unitaria è una nozione più ampia, che trova riscontro in un'attività permanente e sistematica di ingerenza delle scelte gestorie delle società subordinate.

Occorre, in ogni modo, rammentare che le società che compongono il "gruppo" mantengono piena autonomia sul piano giuridico e il gruppo stesso non può essere considerato una "super-entità" indipendente ed autonoma rispetto alle distinte società che lo compongono⁴.

Ai sensi dell'art. 2497-*sexies* c.c., si presume – salvo prova contraria – che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società che è tenuta alla redazione del bilancio consolidato o che esercita il controllo *ex. art.* 2359 c.c. ovvero sulla base di un contratto o di clausole statutarie.

Da un punto di vista sistematico, le regole legali di comportamento per gli organi dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento e delle società a questo subordinate sono individuate nei seguenti articoli:

- art. 2497 ss. c.c.: obblighi di pubblicità, obbligo di motivazione delle decisioni, peculiarità legate all'ingresso o all'uscita dal "gruppo", finanziamenti infragruppo;
- art. 2381, comma 5, c.c.: obbligo imposto agli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggiore rilievo effettuate dalle società o dalle sue controllate;
- art. 2391-*bis* c.c.: disposizioni in tema di parti correlate;
- art. 2403-*bis*, comma 2, c.c.: potere del collegio sindacale di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate sull'andamento dell'attività, nonché potere di collaborare tra gli organi di controllo delle società del gruppo in deroga ai consueti doveri di riservatezza;
- art. 2409 c.c.: denuncia al Tribunale in caso di gravi irregolarità degli amministratori della controllante potenzialmente dannose per le controllate;
- artt. 150, 151-*bis* e 151-*ter* T.U.F.: poteri-doveri di informazione all'interno dei "gruppi" ai quali partecipano società quotate.

La riforma delle società di capitali, attraverso l'introduzione degli artt. 2497 ss. c.c., ha previsto che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in funzione

⁴ In tal senso, si veda Cass. 2 dicembre 1982 n. 6560, in *Giust. civ. Mass.*, Fasc. 12/1982, e Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2777.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

della soddisfazione di esigenze che possono trascendere quelle delle singole società – e al limite anche condurre al loro sacrificio – costituisce un elemento fisiologico; fermo restando che esso non può risolversi in un pregiudizio per i soggetti portatori dello specifico interesse – cioè, i soci esterni e i creditori – alla conservazione dell'integrità patrimoniale delle singole società.

In altri termini, la società *holding* deve adottare politiche di gestione che abbiano come obiettivo la creazione di valore per i soci di ogni società appartenente al gruppo. L'esercizio del potere di direzione è quindi lecito qualora, pur in presenza di un danno per la società cui la direttiva è impartita, si possa riconoscere l'esistenza per quest'ultima di un vantaggio derivante dall'appartenenza al gruppo, di talché il pregiudizio da essa sofferto possa dirsi neutralizzato; in caso contrario, si dovrà ritenere che l'attività di direzione, anche se esercitata a vantaggio del "gruppo" nel suo complesso, persegua rispetto alla controllata danneggiata un interesse alieno non tutelabile, ma anzi oggetto di possibile responsabilità⁵.

Nell'esercizio di tale potere – come anche nell'esercizio di altri poteri, diritti e interessi – si può ricadere in situazioni di abuso dell'attività di direzione e coordinamento, nonché di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica.

2.2. I profili di responsabilità.

Il legislatore della Riforma del diritto societario è intervenuto prevedendo ipotesi di responsabilità in capo all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento sotto diversi profili: verso i soci, per i danni da questi sofferti per il mancato aumento della redditività o per la diminuzione di valore della partecipazione; verso i creditori della società, quando tale esercizio provochi l'insufficienza del patrimonio di quella eterodiretta a garantire le ragioni creditorie.

In particolare la tutela dei soci (specialmente di minoranza) della società eterodiretta è riconosciuta dall'art. 2497 c.c., nei seguenti termini: «*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*».

Da una prima lettura emerge chiaramente che l'art. 2497 c.c. – ispirato ad una logica di compromesso tra considerazione unitaria del gruppo e valorizzazione dell'autonomia delle singole società che ne fanno parte – se, da un lato, presuppone la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento (quale attività fisiologica della *holding* nel gruppo), dall'altro la subordina al rispetto dei principi di corretta gestione

⁵ L.M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il nuovo diritto societario*, 2014, pag. 8 ss.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

societaria e imprenditoriale della società eterodiretta, a tutela dei soci di minoranza e dei creditori di quest'ultima.

L'attività di direzione e coordinamento incontra, dunque, un duplice limite: in primo luogo il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento non può imporre un risultato che non sia coerente con l'oggetto sociale e con la «*necessaria configurazione della società quale entità economica che potenzialmente deve operare in competizione sul mercato*»; in secondo luogo, esso non può restringere oltre misura l'autonomia degli amministratori, al punto da svuotarne i poteri gestionali.

Evidentemente, qualora il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento non rispetti il primo limite, può incorrere nella responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c.; rimedio, quest'ultimo, che si somma a quello previsto dagli artt. 2394 ss. c.c. nei confronti degli amministratori della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Ferme queste regole generali occorre rammentare come, in ragione della teoria dei cosiddetti vantaggi compensativi, non sussista responsabilità quando il danno manchi alla luce del risultato complessivo dell'attività di gruppo.

Già prima della Riforma del diritto societario, la Corte di Cassazione, nella Sentenza n. 5123 dell'8 maggio 1991, aveva preso atto della possibilità – per certi versi legittimandola – che più società organizzino la propria attività economica proiettandola verso il conseguimento di un interesse comune e ulteriore rispetto a quelli realizzabili dalla singola impresa; ammettendo con ciò che da una determinata strategia di gruppo possano derivare, almeno in prospettiva, vantaggi alle società dipendenti.

In tale contesto, si è preso atto che se è vero che gli amministratori di una società diretta e coordinata possono – da un lato – essere privati del potere di definire le linee strategiche della propria società e di alcuni poteri di gestione ordinaria a seconda del maggiore o minore grado di accentramento del gruppo, è altrettanto vero che – dall'altro – devono collaborare al perseguimento delle politiche unitarie, eseguendo le direttive imposte dalla capogruppo, previa verifica che le stesse non contrastino con i principi di corretta gestione societaria.

Essi, in altri termini, sono tenuti a vagliare criticamente le direttive ricevute dalla società *holding*, modulandone l'applicazione al fine di soddisfare simultaneamente sia l'interesse del gruppo – espresso dalla partecipazione al gruppo sottoposto al controllo dell'ente che formula le direttive – sia l'interesse della società amministrata, verso la quale devono rispondere secondo la disciplina di cui agli artt. 2393-2395 c.c..

In presenza di comportamenti illegittimi, gli amministratori devono astenersi dall'attuare le direttive impartite dalla capogruppo; queste ultime non sono, cioè, coercibili da parte della *holding* e gli amministratori, se vi si conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie – ad ogni effetto di legge – le relative decisioni. La compiuta distinzione tra i diritti e i doveri degli organi sociali non è in tal senso intaccata dal rapporto di controllo fra le società; ciò conformemente alla diversa

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

soggettività giuridica delle società facenti parte di un gruppo.

In definitiva, la proposizione normativa può essere letta non solo nella prospettiva della tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente, ma anche come regola “in positivo” per lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento, nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

2.3. La teoria dei vantaggi compensativi.

Si è già avuto modo di sottolineare come il legislatore – nell’art. 2497, comma 1, c.c. – abbia voluto espressamente escludere la responsabilità nel caso in cui il danno risulti mancante alla luce di una visione complessiva del risultato dell’attività di direzione e coordinamento.

L’eliminazione del danno, anche a seguito di operazioni a ciò dirette, sembrerebbe configurare – si è osservato – un’ipotesi di intervenuto risarcimento per equivalente, tale da far venir meno il pregiudizio e dunque la possibilità di far valere la responsabilità.

In tema di compensazione si profilano due orientamenti diversi: quello favorevole ad una compensazione effettiva, per cui l’atto è lecito solo se la società danneggiata ha ricevuto un vantaggio reale e diretto; e quella che si accontenta di una compensazione virtuale, ritenendosi sufficiente che la società avvantaggiata dalla politica di gruppo abbia conseguito un vantaggio, che consentirebbe di compensare – a livello di gruppo – il danno di quella svantaggiata.

Per altro verso, il rinvio esplicito che l’art. 2497 c.c. rivolge alla clausola generale di correttezza può essere considerato un indice – non solo testuale ma sistematico – a favore della tesi contrattualistica. È, infatti, nell’essenza stessa dei rapporti tra soci che trova applicazione il principio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), la cui funzione regolatrice diventa ancora più pregnante allorché si riferisca allo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento che rappresenta, per l’appunto, un momento di esecuzione del contratto sociale⁶. Considerato che nella maggior parte dei casi chi esercita l’attività di direzione e coordinamento pregiudizievole è il socio di maggioranza, la violazione delle regole di

⁶ Cfr. S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in Quad. giur. comm., Milano, 2007, p. 117. L’Autore ritiene «che, in generale, anche l’attività di direzione e coordinamento di società esercitata dalla holding (socio di maggioranza della società figlia) rappresenta un momento di esecuzione del contratto sociale, in relazione al quale la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale integra gli estremi della violazione della buona fede quale inadempimento contrattuale idoneo a fare sorgere l’obbligo di risarcimento del danno a carico sia della società sia del socio di maggioranza, oltre che degli amministratori».

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

correttezza nella gestione societaria e imprenditoriale infrange il contratto sociale con i consoci (e in particolare con quelli di minoranza).

L'interesse dei soci di minoranza (alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale) e dei creditori (all'integrità del patrimonio) assume la natura di "aspettativa" all'adempimento di un determinato comportamento di terzi e, cioè, presuppone che l'attività della capogruppo sia conforme a principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale⁷. Nella prospettiva dell'effettività della tutela contro l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento assume, quindi, rilevanza centrale la prova della sussistenza di vantaggi compensativi.

Altra questione non trattata dalla novella è la reale determinazione e configurazione dei vantaggi compensativi⁸.

Occorre domandarsi, a fronte del silenzio della legge, quale debba essere la proporzione tra il profitto del gruppo e il ritorno di utilità effettivo o potenziale per la singola danneggiata: e cioè se sia necessaria una sostanziale equivalenza dei due valori, nel senso che il *surplus* di ricchezza conseguito dal gruppo debba riverberarsi in pari misura anche sul bilancio della controllata, o se – invece – sia sufficiente che questa incrementi il suo patrimonio in modo significativo, seppur in una percentuale inferiore rispetto a quella del vantaggio complessivo del gruppo.

3. Il reato di infedeltà patrimoniale⁹.

Un ulteriore profilo di responsabilità, questa volta personale, può essere individuato in capo agli amministratori della capogruppo – ed eventualmente delle società controllate – in forza dell'art. 2634 c.c., introdotto dal d.lgs. n. 61 del 2002, che disciplina il reato di infedeltà patrimoniale.

L'art. 2634 c.c. prevede che gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, i quali, avendo un interesse in conflitto con quello della società, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni; la stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

Volendo procedere ad un'analisi – seppure sommaria – degli elementi della fattispecie, occorre – in prima battuta – prendere in considerazione la necessaria sussistenza di un interesse del soggetto agente in conflitto con quello della società.

⁷ Cfr. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 28 co., c.c.*, in *Quad. giur. comm.*, 2012, 14 e ss.

⁸ M. M. PEDRINOLA, *I gruppi societari e le loro politiche tributarie: il dividend washing*, Università degli Studi di Brescia, *Papern* n. 83, Dicembre 2008.

⁹ G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Boogna, 2004, p. 3148 e ss.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte «*si ha conflitto di interessi ogni qual volta si faccia valere un interesse collidente con quello della società, come nel caso in cui l'amministratore si ponga in una posizione antagonista rispetto all'ente, quale controparte contrattuale*»¹⁰.

Quanto al concetto giuridico di interesse sociale va rilevato come, almeno in relazione alla precedente fattispecie, ma con ragionamento presumibilmente trasponibile alla nuova, abbia preso il sopravvento una visione contrattualistica, secondo cui esso consisterebbe «*nell'interesse comune dei soci e, più precisamente, nell'interesse di costoro alla realizzazione dello scopo della società, id est al conseguimento di utili per il tramite della realizzazione dell'oggetto sociale. Pur così inteso, tuttavia, l'interesse sociale non sembra possa essere considerato come equivalente alla semplice risultante aritmetica degli interessi particolari dei singoli soci*».¹¹

Si osserva inoltre che il conflitto deve essere oggettivo e reale, non meramente psicologico o soggettivo; deve essere attuale, e cioè sussistere al momento del compimento dell'operazione o dell'assunzione della delibera; deve, infine, essere effettivo, come si desume dalla necessaria presenza di un danno patrimoniale, che impedisce, secondo una parte della dottrina, di riconoscere rilevanza a meri indici formali di antagonismo.

Anche sul piano penalistico il danno non sussiste se a fronte della direttiva che lo ha causato vi erano, sono sorti o erano anche soltanto fondamentalmente prevedibili, vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo; il legislatore ha, dunque, sussunto – anche sul piano penalistico – la teoria dei vantaggi compensativi, giacché vi è l'esclusione del dolo specifico qualora l'interesse di gruppo sia controbilanciato dagli interessi della singola società.

La legittimità del perseguimento dell'interesse del gruppo deve essere apprezzata in forza di una valutazione prognostica sulla razionalità e sulla coerenza di una singola scelta, rispetto ad una politica economica societaria, di medio o lungo termine, da cui ragionevolmente potrà derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione e secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo.

4. La disciplina fiscale dei prezzi di trasferimento.

4.1. Le possibili interazioni con la disciplina civilistica.

¹⁰ G. SANDRELLI, propone come esempio tipico di conflitto di interessi quello in cui «*l'autore e la società risultino (apertamente o anche per via di mascherata simulazione del primo) soggetti di un medesimo negozio, di un rapporto concorrenziale, in una vicenda di contenzioso (dichiarato o latente) ecc. e in siffatto contesto sia deliberato l'atto dispositivo*».

¹¹ NAPOLEONI, *I reati societari*, Milano 1991, p. 37.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

La disciplina civilistica in tema di attività di direzione e coordinamento può assumere rilevanza nell'ambito di talune fattispecie di natura fiscale, la cui regolamentazione interagisce con le previsioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c.; in primo luogo, il tema dei prezzi di trasferimento di cui all'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., il quale individua la possibilità dell'amministrazione finanziaria di rideterminare sulla base del valore normale le transazioni internazionali aventi ad oggetto beni e servizi.

È importante sottolineare che l'art. 110 del T.U.I.R. non richiama la disciplina civilistica, limitandosi a fissare specifici obblighi nella determinazione del reddito o della perdita fiscalmente rilevante ai fini IRES con l'obiettivo di annullare gli effetti distorsivi che i prezzi di trasferimento potrebbero generare. In particolare, lo scopo della disciplina è diretta ad evitare che all'interno del gruppo vengano posti in essere trasferimenti di utili tramite applicazione di prezzi inferiori al valore normale dei beni ceduti onde sottrarli alla tassazione in Italia.

La Suprema Corte, con Sentenza n. 22023 del 22 giugno 2006, ha assimilato l'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., alla clausola antielusiva generale, di cui all'art. 37-bis del D.p.r. n. 600 del 1973: in particolare, ha ritenuto necessario verificare – anche in materia di *transfer pricing* – l'eventuale sussistenza di un indebito risparmio d'imposta, in chiave antielusiva.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 240005 del 23 ottobre 2013, è nuovamente intervenuta in tema di *transfer pricing*: in particolare, ha ribadito che l'art. 110, comma 7, del T.U.I.R. costituisce espressione del principio per cui ove i corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale siano manipolati a danno del Fisco italiano, in particolare nel caso di scambi transnazionali infragruppo, debbano essere sostituiti con il valore normale dei beni e dei servizi oggetto dello scambio; ciò al fine di impedire il dirottamento di flussi reddituali verso Paesi a fiscalità agevolata.

E' opportuno ancora rammentare che la Suprema Corte, con la Sentenza n. 17955 del 24 luglio 2013, si è pronunciata in termini di abuso del diritto e di riserva di legge con specifico riferimento al cosiddetto *transfer pricing* "domestico", cioè quello che interessa i rapporti commerciali *intercompany* delle società residenti nel territorio nazionale. In particolare, la Cassazione ha affermato il principio per cui il criterio legale del valore normale delle operazioni infragruppo rileva non solo nei rapporti internazionali di controllo, ma anche in analoghi rapporti di diritto interno; in particolare, quando con la fissazione del prezzo fuori mercato si tenda a far emergere utili presso società del gruppo, che scontano – anche per agevolazioni territoriali – una tassazione più contenuta.

La tendenza a trasferire componenti reddituali positivi a società residenti in paesi a fiscalità più vantaggiosa, è dunque alla base della disciplina antielusiva del *transfer pricing*. Tale situazione si realizza soprattutto nel caso in cui non vi sia quella naturale contrapposizione di interessi commerciali che invece sussiste tra imprese indipendenti e,

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

cioè, nel caso in cui le società coinvolte siano tra loro legate da rapporti di controllo e collegamento.

Il tema del *transfer pricing* si innesta, quindi, a pieno titolo in quello più generale dell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento, giacché le politiche sui prezzi di trasferimento si realizzano normalmente in forza di direttive imposte dalla *holding*, con una compressione della libertà contrattuale delle proprie controllate in funzione dell'interesse – anche illegittimo – di gruppo.

4.2. La disciplina in tema di *transfer pricing*.

Come risulta dall'esito della consultazione pubblica lanciata nell'aprile del 2010 dalla Commissione Europea e da recenti studi OCSE, più del 70% degli scambi commerciali transnazionali avviene tra le società appartenenti al medesimo gruppo e ciò in ragione della sempre più evidente tendenza dei gruppi a segmentare per motivi organizzativi e di convenienza economica le tipiche fasi in cui si articola l'attività produttiva, affiancandole al proprio interno a società distinte e il più delle volte residenti in Stati diversi¹².

Il fine principale delle disposizioni sul *transfer pricing* emanate dagli ordinamenti interni e dagli organismi sovranazionali (tra cui l'OCSE) 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 cui l'impresa multinazionale vanta (o potrebbe vantare) uno specifico interesse.

La disciplina nazionale dei prezzi di trasferimento è contenuta – come si è detto – nell'art. 110, comma 7, e nell'art. 9 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.¹³

L'art 110, comma 7, del T.U.I.R. 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 degli 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 e 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 merci o di fabbricazione o lavorazione di prodotti*».

¹² ASSONIME, Gruppo di lavoro – i prezzi di trasferimento, in Linee guida n. 9/2014.

¹³ S. MATTIA-M. TOFFANIN, *La disciplina dei prezzi di trasferimento*, Metodi per la definizione in Commercio internazionale n. 2 del 2005.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

A norma del citato articolo i componenti di reddito che derivano da operazioni con società non residenti in Italia e legate da rapporti di partecipazione – sia diretti sia indiretti – sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti o dei servizi prestati, se da ciò deriva un incremento del reddito. Per contro, qualora applicando questa norma si ottenga quale risultato una diminuzione del reddito prodotto in Italia, si ricorrerà al valore normale soltanto ove previsto dagli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Il delineato regime trova la sua ragion d'essere negli effetti che le operazioni poste in essere dal contribuente producono nei confronti dell'Erario, attraverso un meccanismo che ne elimina le possibili distorsioni: nel primo caso, il contribuente potrà richiedere l'eliminazione della doppia imposizione; nel secondo caso, l'adeguamento al valore normale derivante dalla variazione in diminuzione del reddito imponibile dell'impresa residente associato ad un corrispondente aumento del reddito della società estera sterilizza gli effetti di un possibile vantaggio fiscale a livello di gruppo.

Ai sensi dell'art 110, comma 7, del T.U.I.R., la disciplina sul *transfer pricing* si applica alle transazioni commerciali tra un'impresa¹⁴ residente e società non residenti, - che direttamente o indirettamente:

- controllano l'impresa italiana;
- ne sono controllate;
- sono controllate dalla stessa controllante dell'impresa italiana.

L'Art. 110, comma 7, del T.U.I.R. utilizza il termine "*impresa*" per indicare il soggetto che è controllato dalla società estera o è controllato da un'altra società che a sua volta controlla la società estera. L'utilizzo del termine "*società*" in luogo del termine più ampio di "*soggetti*" ha originato due differenti orientamenti interpretativi:

- il primo esclude l'applicazione della normativa sul *transfer pricing* alle fattispecie avanti ad oggetto transazioni tra imprese residenti e entità giuridiche esterne prive di struttura societaria;
- il secondo orientamento ritiene l'istituto in commento applicabile anche nel caso di organismi societari non residenti privi del requisito della plurisoggettività.

Sulla questione, la Circolare Ministeriale n. 32 del 1980 precisa che con il termine "*società*" sono comprese tutte le operazioni poste in essere con soggetti esterni a prescindere dalla forma che l'ente assume: stabile organizzazione o casa madre.

La Circolare Ministeriale n. 32 del 1980 ha altresì precisato, con riferimento alla definizione di controllo, che l'ambito di applicazione della norma deve essere esteso anche nei casi in cui vi sia una semplice partecipazione alla direzione, al controllo o al

¹⁴ Con il termine impresa devono essere ricompresi tutti i tipi di società commerciali, oltre che le imprese individuali, le stabili organizzazioni di soggetti non residenti e, in termini generali, tutti i soggetti passivi capaci di produrre reddito di impresa *ex art. 55 del TUIR*.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

capitale di un'altra impresa, o ancora, un'influenza economica anche solo potenziale.¹⁵

La disciplina sul *transfer pricing*, quindi, trova applicazione non soltanto nelle ipotesi di controllo dettate dall'art. 2359 c.c. (controllo sia di fatto sia di diritto), bensì ogni qualvolta vi siano commistioni di interessi tali da far presupporre l'unicità di governo delle imprese interessate (controllo solo potenziale); tale situazione è desumibile da circostanze quali: vendita di prodotti fabbricati dall'altra impresa;

- impossibilità di funzionamento dell'impresa senza il capitale, i prodotti e la cooperazione tecnica dell'altra impresa;
- diritto di nomina dei membri del consiglio di amministrazione e degli organi direttivi della società;
- presenza dei membri comuni del consiglio di amministrazione o degli organi direttivi della società,
- relazioni di famiglia tra le parti;
- concessione di ingenti crediti o prevalente dipendenza finanziaria;
- partecipazione da parte delle imprese a cartelli, o consorzi, in particolare se finalizzati alla fissazione dei prezzi;
- controllo di approvvigionamento o di sbocchi;
- sussistenza di contratti che modellino una situazione monopolistica;
- altre ipotesi in cui venga esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali¹⁶.

È importante notare come, a seguito delle modifiche apportate alla disciplina IRAP dalla Legge n. 244 del 2007, in vigore dal 1° gennaio 2008, che ha modificato le regole di determinazione del Valore della Produzione ai fini dell'imposta, introducendo un collegamento diretto tra la base imponibile e i valori espressi in bilancio, l'applicazione della disciplina del *transfer pricing* in quest'ambito poteva risultare «forzata», essendo venuto meno il presupposto normativo che consentiva l'estensione ai fini IRAP della norma contenuta nell'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., per mancanza della correlazione IRAP-IRES.

Tuttavia, i commi 281-284 dell'art. 1 della Legge di Stabilità 2014 hanno esteso, in via interpretativa, anche ai fini IRAP l'operatività della disciplina in tema di prezzi di trasferimento, realizzando un coordinamento tra i due ambiti impositivi e ripristinando, di fatto, la situazione ante 2008 anche per i periodi di imposta successivi al 31 dicembre 2007.

Per contro, l'applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento in ambito IVA non può essere estesa a causa della mancanza di una precisa disposizione in tale ambito: tale principio è stato ribadito dalla Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, con

¹⁵ Al riguardo si veda anche la Circ. Agenzia delle Entrate 21/06/2011 n. 28/E.

¹⁶ Cfr. anche C.M. 12/12/81 n. 42/12/1587. Per una definizione meno estensiva del controllo, si veda C.T. Reg. Torino 18/01/99 n. 164.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

la Sentenza n. 12502 del 4 giugno 2014.

4.3. Segue. La nozione di valore normale.

L'art. 9 del T.U.I.R. recita: «*Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i 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 beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore.*»

Il concetto di valore normale espresso dall'art. 9 del T.U.I.R. recepisce il principio del prezzo di libera concorrenza OCSE, con i relativi criteri di determinazione. Ne consegue che i soggetti legati tra loro da rapporti di natura giuridica o economica e le imprese autonome sono sottoposti ad un prelievo fiscale uniformemente determinato.

La norma citata, per la determinazione del valore normale individua in via preferenziale il metodo del confronto del prezzo (CUP), la cui disciplina si articola nella prima e seconda parte del terzo comma dello stesso articolo.

La Suprema Corte è intervenuta più volte al fine di delimitarne l'ambito applicativo. In particolare, con la Sentenza 31 marzo 2011 n. 7343, ha affermato che non rientrano nei c.d. "sconti d'uso" contemplati dall'art. 9, comma 3, del T.U.I.R. le riduzioni percentuali del prezzo praticate nei soli rapporti economici con società del gruppo. In relazione al rapporto tra i criteri delineati per stabilire il valore normale dei corrispettivi, con la Sentenza n. 22010 del 25 settembre 2013, è stato affermato che quello prioritario risiede nella seconda parte della norma citata, la quale richiede di prendere in considerazione, in via principale i listini e le tariffe del venditore dei beni o del prestatore di servizi, tenuto conto anche degli sconti che eventualmente lo stesso è disposto a concedere nel mercato di appartenenza e, solo in via subordinata, ovvero in caso di inesistenza, inapplicabilità o inattendibilità del listino o della tariffa, i mercuriali ed i listini della Camera di Commercio e le tariffe professionali. Invece, il criterio indicato nella prima parte del comma 3, in base al quale il valore normale deve intendersi il prezzo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie, svolge un ruolo sussidiario e suppletivo.

Nell'applicazione del metodo del confronto del prezzo, occorre dare preferenza al cosiddetto confronto interno, basato su listini e tariffe del soggetto che ha fornito i beni o servizi, nel rapporto tra tale soggetto e un'impresa indipendente; in seconda battuta l'Amministrazione Finanziaria dovrà fare riferimento alle mercuriali e ai listini, ovvero alle tariffe professionali, nell'esame delle transazioni comparabili tra imprese

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

indipendenti (confronto esterno) appartenenti allo stesso mercato. Infine, e in via sussidiaria l'Ufficio potrà fare ricorso al prezzo mediamente praticato in condizioni di libera concorrenza per beni e servizi similari.

Le transazioni rilevate ai fini dell'applicazione della disciplina sul *transfer pricing* possono configurarsi come:

- cessione infragruppo di beni materiali, semilavorati, o prodotti finiti, derivante dall'integrazione verticale che, generalmente, risiede alla base dei gruppi multinazionali;
- cessione infragruppo di beni immateriali, connessi all'attività di ricerca e sviluppo, quali, ad esempio, marchi di fabbrica e di commercio, opere d'ingegno, invenzioni industriali, *know-how*;
- prestazione di servizi, sia di carattere amministrativo (programmazione, coordinazione, contabilità, e revisione dei bilanci) sia di carattere commerciale (controllo della produzione, controllo della qualità, marketing) oppure inerenti al personale (pianificazione, assunzione e formazione)¹⁷.

4.4. I modelli di determinazione del valore normale.

Come si è detto, il “*valore normale*” è il parametro di valutazione che deve essere utilizzato per determinare il prezzo delle transazioni infragruppo di cui all'art. 110, comma 7 del T.U.I.R..

L'OCSE ha individuato diversi metodi per la determinazione di tale valore, suddividendoli in metodi tradizionali e metodi reddituali.

I metodi tradizionali sono i seguenti:

- il metodo del confronto del prezzo (*cup*), che determina il valore della transazione che imprese del gruppo avrebbero potuto convenire con soggetti terzi. Tale approccio si rende inapplicabile nel caso in cui le transazioni intercorrenti tra imprese libere presentino caratteristiche tali da non essere comparabili con quelle infra-gruppo;
- il prezzo di rivendita (*resale minus*) e il costo maggiorato (*cost plus*), che comparano i margini lordi conseguiti nelle operazioni in verifica con quelli realizzati da imprese indipendenti svolgenti le stesse funzioni economiche in termini di *asset* utilizzati e rischi assunti.

I metodi reddituali raffrontano i margini netti conseguiti in transazioni infra-

¹⁷ Tra le fonti interpretative si rammentano la Circolare 22 settembre 1980, n. 32 (prot. n. 9/2267) e la Circolare 12 dicembre 1981, n. 42 (prot. N. 12/1587), nella quale ultima viene fornita un'interpretazione del concetto di controllo e vengono dettati dei criteri base per la determinazione del valore normale.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

gruppo con quelli che avrebbero realizzato le medesime imprese ove avessero operato con terzi.

L'OCSE consente l'utilizzo dei metodi reddituali soltanto in determinate circostanze. Infatti, confermando la superiorità dei metodi tradizionali rispetto ai risultati derivanti dall'applicazione di quelli reddituali, l'OCSE ammette che la complessità delle situazioni di mercato può determinare delle 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 essere utilizzati*»¹⁸.

I criteri e i modelli determinati dagli Organismi internazionali e segnatamente dall'OCSE per determinare i prezzi di trasferimento – come precedentemente descritto – non hanno un precipuo scopo antielusivo, ma piuttosto quello di risolvere i conflitti fra giurisdizioni per ripartire in modo equilibrato le rispettive pretese impositive e, in quest'ottica, aiutare i gruppi a vocazione internazionale a superare i problemi della doppia imposizione, ad acquisire maggiore certezza, si da sviluppare il loro *business* senza ostacoli fiscali.¹⁹

Tuttavia, occorre riconoscere il crescente approccio antielusivo alla tematica dei prezzi di trasferimento. In tal senso, il rapporto OCSE sulla BEPS (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*) del febbraio 2013, evidenzia una preoccupante tendenza dei gruppi a “dirottare” la tassazione dei redditi derivanti dall'attività economiche esercitate in alcuni paesi verso altri paesi a fiscalità ridotta o verso paradisi fiscali. Secondo quanto osservato dall'OCSE, parte dei vantaggi economici che le imprese possono conseguire derivano proprio dall'applicazione dei metodi utilizzati, soprattutto quando questi assegnano un peso decisivo agli *intangibles* o ancora dei capitali o dei rischi attinenti alla attività economica del gruppo.

Applicando in modo molto “certosino” questi metodi e sfruttando forme di riorganizzazione aziendali, quali ad esempio la separazione del gruppo delle società che svolgono attività economica da quelle che assumono la proprietà dei brevetti necessari per svolgere tale attività, così da avere una struttura organizzativa che mi permette di trasferire legalmente la maggior parte dei profitti complessivi in queste ultime società che hanno opportunamente sede nei paradisi fiscali. Tale problematica è già – e continua ad esserlo nell'ottica de “*de iure condendo*” – nei dibattiti europei e OCSE, la sua soluzione richiede però uno sforzo congiunto e collaborativo di tutti i principali Stati interessati; dibattito che molto probabilmente sfocerà nella rideterminazione dei metodi di determinazione dei prezzi.

Alla luce di tali considerazioni, il Gruppo di studio di Assonime, evidenzia, nel

¹⁸ RAPPORTO OCSE, *Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrator*, 1995.

¹⁹ ASSONIME, *Gruppo di lavoro – i prezzi di trasferimento*, in Linee guida n. 9/2014.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Rapporto n. 9 del 2014, una grave caduta della certezza del rapporto tributario. Attualmente in Italia i controlli in materia di prezzi di trasferimento risultano più pregiudizievoli per i grandi gruppi imprenditoriali rispetto alle verifiche in tema di abuso del diritto. Entrambe le contestazioni che possono essere mosse dall'Amministrazione finanziaria si basano su stime e valutazioni e non mettono in discussione tanto le operazioni finanziarie e straordinarie quanto piuttosto il modus operandi delle imprese, assumendo così rilevante invasività.

4.5. Gli obblighi di dichiarazione.

La disciplina in materia di prezzi di trasferimento – come precedentemente riferito – è contenuta nell'art. 110, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi.

L'Agenzia delle Entrate, in apposite comunicazioni e nelle istruzioni del modello Unico, ha preso in esame il tema, fornendo delucidazioni ai contribuenti.

La compilazione da parte del contribuente dei quadri relativi ai prezzi di trasferimento in sede di dichiarazione dei redditi assume valore di comunicazione preventiva all'Agenzia delle Entrate; con essa, infatti, si dichiara di essere in possesso della adeguata e conforme documentazione. Tale considerazione appare particolarmente importante, in quanto costituisce il presupposto essenziale per accedere al regime premiale, che esclude l'applicazione delle sanzioni in caso di relativo accertamento.

In particolare, secondo le istruzioni fornite dall'Agenzia delle Entrate per la compilazione di Unico SC 2015, il contribuente società di capitali deve comunicare il possesso della documentazione barrando la casella 4, del rigo RS 106, dell'Unico SC 2015, denominata "*Possesso documentazione*", nonché l'indicazione della qualifica di impresa controllata o controllante. Inoltre, è opportuno indicare nelle colonne 5 e 6 del rigo RS 106, rispettivamente l'ammontare complessivo dei componenti di reddito positivi e negativi derivanti da operazioni soggette alla disciplina dei prezzi di trasferimento di cui all'art. 110, comma 7, del TUIR.

Oltre alle indicazioni da fornire nel Quadro RS, il contribuente – qualora in sede di predisposizione degli oneri documentali ci si accorga che le operazioni con società appartenenti allo stesso gruppo multinazionale non siano avvenute nel rispetto del valore normale – deve apportare le variazioni in aumento e in diminuzione in Unico 2015. In particolare:

- se dall'applicazione del valore normale deriva un aumento della base imponibile, le istruzioni del Modello Unico 2015 prevedono l'indicazione, nel Rigo RF 31 di UNICO SC 2015 utilizzando il codice 15, della differenza negativa tra il ricavo contabilizzato e il valore normale dei beni ceduti e/o dei servizi prestati;
- se dall'applicazione del valore normale deriva una riduzione del reddito imponibile, i contribuenti devono indicare in dichiarazione la differenza

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

positiva tra il ricavo contabilizzato e il valore normale dei beni ceduti e/o i servizi prestati. In particolare si deve compilare il Rigo 55 dell'Unico 2015, utilizzando il codice 21.

Qualora tali rettifiche alla base imponibile non siano operate autonomamente in sede di dichiarazione dei redditi, ma siano imposte dall'Amministrazione finanziaria a seguito di un procedimento di accertamento, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che – ai fini dell'irrogazione della sanzione amministrativa conseguente alla rettifica avente ad oggetto i prezzi di trasferimento – occorre tenere in considerazione la circostanza che, pur in presenza della comunicazione che attesta il possesso dei documenti, questi non siano stati redatti e resi disponibili.

4.6. La disciplina sanzionatoria.

La disciplina sanzionatoria in materia di *transfer pricing* si sostanzia nell'applicazione della disposizione introdotta dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella L. 30 Luglio 2010 n. 122.

Tale disposizione prevede la disapplicazione automatica delle sanzioni tributarie, in materia di determinazione di maggiori imponibili conseguenti all'applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento, nel caso in cui il contribuente renda disponibile all'Amministrazione finanziaria la documentazione prevista da apposito Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate emanato in data 29 settembre 2010.

Le differenti tipologie di documentazioni, identificate dal provvedimento, quindi ritenute idonee secondo i termini di legge, sono:

- Masterfile, che raccoglie le informazioni relative al gruppo multinazionale e alla politica di fissazione dei prezzi di trasferimento nel suo complesso;
- Countryfile, quale documento nazionale che integra con il *Masterfile* la documentazione idonea e che contiene informazioni specifiche relative alle operazioni infragruppo che la società o la stabile organizzazione intendono documentare. Trova applicazione anche in questo caso la considerazione che i relativi contenuti sostanziali dovranno essere elaborati in coerenza con le Linee Guida OCSE.

Alla documentazione devono essere allegati: un diagramma di flusso destinato a descrivere i flussi delle operazioni, anche straordinarie e le copie dei contratti scritti che regolano le transazioni infragruppo.

La Circolare n. 58/E del 15 dicembre 2010 precisa che il regime documentale in commento risulta diversificato a seconda che lo stesso venga adottato da una società *holding*, da una *sub-holding*, o da un'impresa controllata. Sono inoltre previste specifiche indicazioni per le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti e alleggerimenti dell'onere della prova.

Il Provvedimento 29 settembre 2010 precisa, altresì, che la documentazione deve

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

essere fornita in formato elettronico, e non cartaceo. L'esibizione della documentazione cartacea non pregiudica, però, l'esclusione delle sanzioni a condizione che il contribuente, in un tempo congruo, predisponga e renda disponibile la documentazione in formato elettronico.

La consegna della documentazione all'Amministrazione finanziaria deve essere effettuata entro e non oltre 10 giorni dalla relativa richiesta. Decorso tali termini, l'amministrazione finanziaria non è vincolata all'applicazione dell'Art. 1, comma 2 *ter*, decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471. Tale articolo non può inoltre essere utilizzato dall'Amministrazione finanziaria, quando:

- pur rispettando la struttura formale, la documentazione esibita nel corso dell'attività di controllo non presenta contenuti informativi completi e conformi alle disposizioni;
- le informazioni fornite non corrispondono in tutto o in parte al vero.

Il concetto di "idoneità della documentazione" non va inteso sul piano meramente formale, bensì sostanziale: da questo punto di vista è necessaria una valutazione sull'idoneità della documentazione predisposta dal contribuente e volta a fornire all'Amministrazione finanziaria dati e elementi conoscitivi necessari per una corretta ed approfondita analisi dei prezzi di trasferimento applicati. L'espressione "idoneità" reca con sé inevitabilmente una certa discrezionalità, la quale può essere minimizzata mediante un riferimento ai principi sanciti in materia, dall'OCSE nelle *Guidelines* e dall'UE nel codice di condotta sui requisiti documentali in tema di *transfer pricing*.

La struttura della norma introdotta dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 è, senza dubbio, singolare rispetto al quadro generale del diritto tributario; l'esibizione della documentazione di cui trattasi non è infatti obbligatoria, pertanto la mancata predisposizione della stessa non costituisce violazione di norme imperative e di conseguenza non è suscettibile di specifica sanzione; tuttavia, la contestuale presentazione è utile al contribuente al fine di vedersi disapplicare le sanzioni tributarie dovute in caso di accertamento di maggior imponibile, così come previsto dal comma 2 dell'art. 1 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 in tema di dichiarazione infedele.

La *ratio* della norma è – in parte – a vantaggio del contribuente in ordine alla disapplicazione delle sanzioni, ma soprattutto a vantaggio della Amministrazione Finanziaria, la quale attraverso tale documentazione è in grado di acquisire agevolmente la conoscenza delle metodologie e dei criteri adottati dalla società verificata, nonché di creare un *database* – in costante aggiornamento – di elementi comparativi nei diversi settori merceologici.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

4.7. Segue. La rilevanza penale delle violazioni.

L'applicabilità delle sanzioni penali non è sottesa ad una disciplina specifica, bensì può farsi rientrare nella più ampia tematica delle sanzioni relative alle fattispecie elusive e valutative in genere.

A tal proposito però, occorre rammentare la particolarità della disposizione sul *transfer pricing*, la quale non è una norma procedurale – come avviene nel caso della norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del D.P.R. 600 del 1973 – bensì una disposizione inserita nel T.U.I.R. che indica la modalità di determinazione della base imponibile da riportare in dichiarazione. In proposito, la dottrina è concorde nel ritenere che le condotte in esame possano effettivamente integrare – sempre che siano superate le soglie quantitative di cui all'art. 7 – le fattispecie di cui agli art. 3 e 4 del D.lgs. n. 74 del 2000, in quanto trattasi di “*valutazione estimativa*”.

Tuttavia, con riferimento alla sussistenza del reato di dichiarazione infedele, ex art. 4 del D.lgs. 74 del 2000, è possibile rilevare incongruenze insanabili tra quanto riportato nel Provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010 e la presenza del dolo specifico atto a configurare la fattispecie di evasione.

Benché l'art. 26 del D.L. 78 del 2010 nulla dica in merito alla possibilità per i contribuenti virtuosi di evitare anche le sanzioni penal-tributarie previste dall'art. 4 del D.lgs. 74 del 2000, si dovrebbe tener conto del comportamento collaborativo del contribuente che ha predisposto una documentazione idonea a consentire all'Amministrazione finanziaria di espletare la propria attività di controllo fiscale e, per tale ragione, potrebbe attenuarsi il profilo del dolo specifico.

5. Conclusioni.

Con l'introduzione dell'art. 2497 c.c. e prima ancora dell'art. 2634, comma 3, c.c., il legislatore ha riconosciuto un ampio margine di liceità delle operazioni infragruppo, specificando – come precedentemente esposto – quali siano i criteri per definirne i confini.

In particolare, nel primo caso 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. Sembra riconoscersi in tal senso una posizione di dominio della capogruppo. Per verificare se sussiste un danno, l'interprete dovrà guardare non già alla singola operazione depauperativa singolarmente considerata, ma sarà tenuto ad estendere la sua analisi al più ampio concetto di gruppo. Così facendo l'oggetto dell'accertamento si amplia e il giudizio si protrae nel tempo.

Dal punto di vista penale, il d.lgs. n. 61 del 2002 muove dai medesimi presupposti; tuttavia, il carattere necessariamente frammentario e sussidiario della normativa penalistica porta il legislatore ad utilizzare tecniche descrittive del fatto tipico

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

inevitabilmente diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le previsioni civilistiche. Così, la scelta di collegare la responsabilità penale al carattere ingiusto del profitto piuttosto che alla sussistenza di un danno lascia intendere come l'ambito di intervento punitivo sia (volutamente) più ristretto: non si guarda solo al disvalore di evento, in termini di effettiva lesione al patrimonio, ma anche al particolare *modus operandi*.

Mentre l'art. 2497 c.c. collega la responsabilità civile al pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore delle partecipazioni sociali (tutela dei soci), o alla lesione dell'integrità del patrimonio della società (tutela dei creditori sociali), l'art. 2634 c.c. non punisce qualsiasi operazione che abbia cagionato un danno patrimoniale all'ente, ma solo quella che sia stata realizzata dall'amministratore nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, mediante una condotta di abuso.²⁰

In tale contesto normativo devono essere calati gli accordi di natura prevalentemente fiscale, attraverso i quali può realizzarsi l'attività di direzione e coordinamento, in particolare mediante l'imposizione – da parte della *holding* – di prezzi di trasferimento distorsivi delle condizioni di libero mercato.

A tal proposito, in uno studio pubblicato a gennaio 2014 dall'OCSE, è stata sottolineata la circostanza che le imprese multinazionali tendono a mettere in atto “pratiche fiscali aggressive”, per ridurre il proprio imponibile, sfruttando a proprio beneficio i diversi livelli impositivi dei vari paesi.

La parola “aggressivo” non è riferita, in tal caso, alla pressione fiscale – seppur anche questa in molti casi esosa – bensì alle strategie difensive e le soluzioni costruttive che vengono prefigurate dalle imprese per riequilibrare il carico fiscale che le società multinazionali corrispondono ai vari paesi.

Tra le pratiche poste in essere dalle imprese multinazionali, tuttora sotto la lente dell'OCSE, vi è anche il fenomeno del *transfer pricing*, il quale – oltre ad avere una rilevanza strategica – comporta ingenti costi di predisposizione dei documenti a sostegno del metodo adottato per determinare il valore normale; infatti, non esistono soluzioni certe e definitive per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

Lo stesso consiglio dell'OCSE riconosce che il *transfer pricing* “non è una scienza esatta” ma che richiede giudizi ponderati; inoltre è un processo caratterizzato da asimmetrie informative e spesso ci si scontra con oggettive difficoltà di reperimento delle informazioni.

Nel caso in cui i prezzi di trasferimento non siano coerenti con il valore normale dei beni o dei servizi oggetto di transazione e siano imposti dalla *holding* si potrebbe determinare, in assenza di vantaggi compensativi, una lesione degli interessi degli *stakeholders*, ancorché finalizzati al perseguimento di una più ampia strategia di

²⁰ M. TRAPANI, E. MEZZETTI, M. AGOSTINI, *La bancarotta fraudolenta nei gruppi di società*, in Tesi di Dottorato, Università degli Studi Roma Tre.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

gruppo.

La riforma del diritto societario, e prima ancora la riforma del diritto penal-societario, è intervenuta – come si è detto – introducendo gli artt. 2497 ss c.c. e l'art. 2634 c.c., con l'obiettivo di limitare le conseguenze dell'abuso della direzione unitaria ove gli effetti degli atti pregiudizievoli nei confronti di una società del gruppo non siano controbilanciati da vantaggi compensativi.

Al proposito vale la pena di sottolineare che la determinazione di prezzi di trasferimento non allineati al valore normale dei beni e dei servizi oggetto di transazione potrebbe rientrare in una più ampia strategia di gruppo, che preveda i menzionati vantaggi compensativi, con la conseguente sterilizzazione delle sanzioni civilistiche e penali. Rimarrebbero – per contro – le rettifiche del reddito imponibile e le eventuali conseguenti sanzioni fiscali, ove l'Amministrazione finanziaria dovesse accertare la ricorrenza della fattispecie.