

NASCITA DI STABILE ORGANIZZAZIONE A SEGUITO DI INCORPORAZIONE DI SOCIETÀ ITALIANA IN SOCIETÀ ESTERA: QUALE SORTE PER LE PERDITE PREGRESSE?

di Stefano CARRARA, Monica SECCO e Alberto RIGHINI

Fusione transnazionale e riporto delle perdite da parte della stabile organizzazione (Stefano Carrara)

Nell'ambito delle tematiche fiscali connesse alle operazioni straordinarie, raramente è stato trattato il riporto delle perdite fiscali pregresse da parte di una stabile organizzazione nata a seguito di una incorporazione di una società residente in Italia in una incorporante residente in un Paese extraeuropeo.

L'operazione di fusione tra le suddette società determina, come noto, l'estinzione della incorporata residente in Italia e la contestuale confluenza di tutti i componenti del suo complesso aziendale nella stabile organizzazione in Italia della società incorporante non residente.

Immaginiamo che la società incorporata presentasse anteriormente all'operazione di fusione, perdite fiscali pregresse. Al riguardo, poiché il nostro ordinamento tributario non prevede alcuna specifica disposizione che disciplini tale argomento, ritengo che esso possa essere risolto dall'analisi combinata delle norme che disciplinano il trasferimento all'estero della residenza o della sede (art. 166 del T.U.I.R., di quelle relative alle operazioni straordinarie (Titolo III - Capo III del T.U.I.R.) e di quelle riguardanti le operazioni straordinarie fra soggetti residenti in stati membri diversi dell'Unione Europea (Titolo III - Capo IV del T.U.I.R.).

Tale orientamento interpretativo prende le mosse dal secondo comma dell'art 12 delle disposizioni sulla legge in generale che

prevede la possibilità di regolare fattispecie non previste, con la disciplina dettata per ipotesi che con esse hanno in comune aspetti rilevanti (*analogia legis*).

In tal caso, l'operazione di fusione internazionale presenta aspetti analoghi sia alla fusione che al trasferimento delle residenza (1).

Al riguardo, la problematica fiscale relativa alla riportabilità delle perdite fiscali pregresse da parte della stabile organizzazione della società incorporante dovrà essere risolta alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 166, nell'art. 172 e nell'art. 181 del T.U.I.R..

Ciò premesso, poiché uno degli elementi che caratterizza tale operazione è il trasferimento all'estero della residenza della società incorporata residente in Italia, si applica l'art. 166 del T.U.I.R. (già art. 20-bis del T.U.I.R.).

Tale articolo prevede che il trasferimento della residenza all'estero costituisce ipotesi di *"realizzo a valore normale delle componenti del complesso aziendale della società trasferita salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato"*.

La *"ratio"* della disciplina prevista dalla citata norma è quella di riconoscere la neutralità fiscale all'operazione in questione nella sola ipotesi in cui i beni appartenenti all'organizzazione originaria, confluendo nella stabile organizzazione della Società incorporante, rimangono nella sfera impositiva dello Stato italiano e restino assoggettati alla disciplina fiscale del reddito d'impresa.

La medesima *"ratio"* ha ispirato anche il comma 6 dell'art. 179 del T.U.I.R. che considera *"realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni indicate alle lettere da a) a d) del comma 1 dell'art. 178 del T.U.I.R., non confluiti in seguito a tali operazioni, in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato"*.

A fronte di operazioni di riorganizzazione aziendale differenti nel *nomen* (trasferimento di sede e fusione internazionale), quindi,

(1) In questo senso già RAFFAELLO LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, p. 57 ss..

è stata adottata una soluzione normativa sostanzialmente omogenea ed ispirata al principio di neutralità inteso, in tal caso, come continuità dei valori fiscali di quei beni, provenienti dalla società incorporata, che confluiscono nella stabile organizzazione.

Tale principio, su cui è improntato il regime fiscale delle operazioni di riorganizzazione transnazionale, garantisce la tutela degli interessi finanziari dello Stato poiché preserva la possibilità di una futura imposizione dei plusvalori latenti sui beni della stabile organizzazione, assicurando, nel contempo, la continuità dei loro valori fiscali.

Il principio di neutralità della fusione transnazionale, espressamente previsto dall'art. 4 della direttiva 90/434/Cee del 23 luglio 1990, si estrinseca, inoltre, nella disciplina relativa alla ricostruzione dei fondi in sospensione di imposta ed in quella relativa al riporto delle perdite fiscali pregresse.

Più specificatamente, il riporto delle perdite fiscali pregresse della società incorporata italiana da parte della stabile organizzazione dell'incorporante è regolamentato dall'art. 6 della suddetta direttiva che impone agli Stati membri di consentire il riporto delle perdite nelle operazioni di riorganizzazione prevista dalla direttiva stessa, qualora gli Stati membri prevedano tale diritto nelle stesse operazioni effettuate tra società residenti nello Stato membro.

Pertanto, una volta stabilito il diritto al riporto delle perdite fiscali pregresse da parte della stabile organizzazione, si tratta di verificare se tale diritto incontra limiti o condizionamenti, alla luce delle disposizioni normative dell'ordinamento italiano che regolamentano tale aspetto nell'ipotesi di operazioni di fusioni interne e/o intracomunitarie.

Al riguardo, l'esigenza di stabilire una continuità tra il regime giuridico-patrimoniale in cui le perdite sono maturate e quello in cui le stesse verrebbero a confluire è soddisfatta dall'art. 181 del T.U.I.R. secondo cui nell'operazione di fusione concernente società residenti in diversi stati membri dell'Unione Europea *"le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel"*

territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza".

In sostanza, per stabilire l'importo delle perdite utilizzabili occorre innanzitutto rispettare le condizioni ed i limiti previsti per la "fusione domestica" dall'art. 172, comma 7, del T.U.I.R..

Successivamente, occorrerà determinare la percentuale di patrimonio netto della società incorporata che è rimasta effettivamente connessa alla stabile organizzazione ed applicare tale percentuale all'ammontare complessivo delle perdite fiscali pregresse della società incorporata al fine di individuare, mediante tale formula, quanta parte delle perdite è effettivamente riferibile alla struttura produttiva che continua ad essere esercitata in Italia.

In tal modo, quindi, il legislatore consente il riporto delle perdite fiscali pregresse della società incorporata alla stabile organizzazione della società incorporante in proporzione al rapporto tra il "patrimonio netto" della stabile organizzazione che continua ad esercitare l'attività in Italia ed il patrimonio netto complessivo della società incorporata.

L'ammontare delle perdite fiscali riportabili trova, inoltre, un ulteriore limite nel valore del "patrimonio netto" confluito nella stabile organizzazione inteso quale differenza tra le attività e le passività della stabile organizzazione italiana sorta successivamente alla fusione ed idonea a produrre in futuro redditi imponibili in Italia.

Trasferimento della sede sociale all'estero: quale sorte per le perdite ante trasferimento? (Monica Secco e Alberto Righini)

L'analisi svolta sul riporto delle perdite nelle fusioni internazionali, ci porta a riflettere anche sulla sorte assegnata dal nostro ordinamento tributario alle perdite pregresse in un diverso tipo di operazione di riorganizzazione aziendale; il presente intervento cercherà di individuare il trattamento assegnato dal nostro legislatore tributario alle perdite create in periodi d'imposta anteriori al trasferimento all'estero della sede sociale da parte di una società italiana.

Innanzitutto, occorre evidenziare che l'analisi concerne l'ipotesi in cui al trasferimento della sede sociale consegua il trasferimento della residenza fiscale in un altro Stato. Infatti, il solo trasferimento della sede sociale, non comporta di per se nessuna modifica della situazione tributaria del soggetto italiano, in quanto, è solo con il trasferimento della residenza ai fini fiscali che muta il regime impositivo del soggetto trasferito, ed in particolare, dei beni appartenenti all'impresa trasferita. Con il trasferimento della residenza fiscale in un Paese diverso dall'Italia, si passa dalla tassazione di tutti i redditi posseduti ovunque prodotti prevista per i soggetti residenti (cosiddetta tassazione dell'utile mondiale), alla sola tassazione dei redditi prodotti nel territorio dello Stato dai soggetti non residenti, con la preclusione di tassare il reddito d'impresa prodotto all'estero dal soggetto non più residente fiscalmente in Italia. Tale mutamento di regime ha imposto l'introduzione di norme tributarie (c.d. *exit tax*), che tendono ad evitare che il trasferimento della residenza fiscale possa definitivamente sottrarre ad imposizione i beni appartenuti al soggetto trasferitosi.

Nel caso in cui al trasferimento della sede non consegua anche la perdita della residenza fiscale della società, nessuna norma di cautela fiscale deve essere adottata e nessuna incidenza avrà, sul regime impositivo della società italiana, il solo trasferimento della sede. Se nulla è mutato ai fini fiscali, nessuna conseguenza avrà il trasferimento della sede sulle perdite pregresse del soggetto, che continueranno ad essere riportabili in base alla normativa prevista per le imposte sui redditi applicabile alle società fiscalmente residenti in Italia.

La stessa neutralità fiscale dell'operazione dovrebbe aversi anche nell'ipotesi in cui, a seguito del trasferimento della sede sociale, siano trasferiti all'estero parte dei beni aziendali, senza che tale trasferimento implichi la perdita della residenza fiscale alla società italiana. I beni aziendali usciranno solo fisicamente dal territorio dello Stato, ma non usciranno dalla sfera di imposizione italiana del soggetto residente, in quanto continueranno ad essere assoggettati ad imposizione sul reddito in Italia attraverso l'applicazione del principio del *world wide*. Anche in tali ipotesi, non vi sono pertanto ragioni di tutela fiscale che giustificano né l'applicazione di *exit tax*

sul patrimonio aziendale fuoriuscito dal territorio italiano, né limitazioni all'utilizzo delle perdite ante trasferimento. Questo nei limiti in cui il trasferimento della sede all'estero (ed eventualmente di parte dei beni aziendali) non configurino ipotesi di perdita della residenza fiscale.

Una norma tributaria speciale è invece prevista dal nostro ordinamento nell'ipotesi in cui il trasferimento della società all'estero comporti la perdita della residenza fiscale italiana. Il legislatore tributario ha disciplinato tale ipotesi nell'art. 166 del T.U.I.R., intitolato "Trasferimento all'estero della residenza o della sede", che si limita ad enunciare al primo comma, che: *"il trasferimento all'estero della residenza costituisce realizzo a valore normale delle componenti del complesso aziendale della società trasferita salvo che gli stessi non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato"*. Il successivo secondo comma prevede la tassazione dei fondi in sospensione d'imposta, presenti nell'ultimo bilancio della società prima del trasferimento, solo nella misura in cui non siano stati ricostruiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione.

Nulla è invece previsto dall'articolo in esame, in merito alla disciplina delle perdite fiscali pregresse del soggetto trasferito.

Nell'ipotesi in cui una società italiana con il trasferimento all'estero della sede societaria perda anche la residenza ai fini fiscali, ma mantenga in Italia un complesso di beni aziendali che confluiscono in una stabile organizzazione, cosa succede delle perdite pregresse create dalla società prima del trasferimento?

Nell'assoluto silenzio normativo, diverse sono le interpretazioni applicabili.

È possibile l'applicazione analogica di altre norme che preservino, magari in solo in parte, le perdite ante trasferimento, dando alla stabile organizzazione la possibilità di utilizzarle? Oppure, nel silenzio normativo, tutte le perdite pregresse resteranno in capo alla stabile organizzazione anche se parte dei componenti dell'azienda è uscito dalla sfera reddituale italiana?

Altra interpretazione, è quella che, il silenzio normativo debba intendersi quale intento del legislatore tributario di considerare non riportabili tutte le perdite pregresse, assimilando quindi il trasferi-

mento della residenza ad una liquidazione della società ai fini tributari.

Interpretare il silenzio normativo sulla disciplina delle perdite come impossibilità assoluta di riporto (2), pare a nostro avviso, troppo penalizzante, come rilevava giustamente Carrara. D'altra parte, permettere il totale riporto delle perdite appare soluzione estremamente agevolativa. Questo in considerazione del fatto che, il legislatore tributario ha già risolto in maniera positiva il riporto delle perdite in altre operazioni di riorganizzazioni aziendali internazionali. Ci riferiamo alle operazioni straordinarie concernenti società residenti di Stati Membri dell'Unione Europea, e più precisamente all'art. 181 del T.U.I.R. il quale prevede che nelle operazioni di fusione e scissione transnazionali *"le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza"*. La norma in oggetto consente quindi la riportabilità delle perdite pregresse, nei limiti dettati dalla normativa interna in tema di fusioni e scissioni nazionali, aggiungendo quale ulteriore limite la proporzionalità agli asset confluiti nella stabile organizzazione che rimangono soggetti ad imposizione nello Stato italiano.

Appare quindi sostenibile che il trasferimento della residenza fiscale in altro Stato sia operazione per molti versi assimilabile alle operazioni di fusione e di scissione internazionali con costituzione di stabile organizzazione nel territorio dello Stato; infatti, in tutte queste fattispecie vi è sia lo spostamento della residenza fiscale di un soggetto dallo Stato italiano, che l'eventuale fuoriuscita di parte dei beni aziendali, che confluiranno in un soggetto tributario estero, mentre parte degli asset dell'azienda resteranno nel territorio dello

(2) Tale soluzione equiparerebbe il trasferimento della sede all'estero alla liquidazione della società ipotesi per altro in contrasto anche con l'art. 8 del Regolamento C.E. n. 2157/2001 relativo allo Statuto della Società europea, che ha espressamente enunciato che la sede sociale di una società può essere trasferita in un altro Stato membro, senza che il trasferimento dia luogo né a scioglimento né a costituzione di una nuova persona giuridica.

Stato nella stabile organizzazione della società non residente. L'analogia di tali operazioni trova inoltre conferma anche nella medesima disciplina tributaria riservata ai beni che fuoriescono dalla sfera impositiva dello Stato: nelle operazioni di trasferimento della residenza, di fusione e scissione internazionale, si considerano realizzati al valore normale i beni aziendali che non confluiscono in una stabile organizzazione del territorio dello Stato.

Se la medesima *ratio* ha guidato il legislatore tributario nella disciplina delle *exit tax*, nelle operazioni di trasferimento della residenza, di fusione e scissione internazionale, anche la disciplina delle perdite fiscali pregresse in dette operazioni dovrebbe trovare eguale soluzione.

Aderendo a tale interpretazione, le perdite fiscali pregresse della società che ha perso la residenza fiscale, saranno riportabili in capo alla stabile organizzazione nei limiti proporzionali del patrimonio netto confluito nella stabile organizzazione.

Diverse e più penalizzanti interpretazioni in tema di riportabilità delle perdite in sede di trasferimento della residenza fiscale delle società, non solo non sono uniformi alla normativa fiscale disciplinante analoghe operazioni, ma potrebbero essere in contrasto con la normativa e la giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di trasferimento delle società.

INTERROGATIVI SULLA DISPOSIZIONE IN TEMA DI INDEDUCIBILITÀ DEI "COSTI ILLECITI"

di Dario STEVANATO, RL

La norma sulla indeducibilità dei costi illeciti, tra logiche sanzionatorie e precisazioni del requisito di inerenza (Dario Stevanato)

L'art. 2 della Legge n. 289/2002, sulla indeducibilità dei costi connessi ad attività criminali (1), dopo un primo periodo di sostanziale disinteresse da parte degli interpreti e degli operatori, inizia a sollevare molti interrogativi, come dimostra un recente dibattito ospitato sulle pagine di *Rassegna Tributaria* (si vedano gli articoli di Screpanti sul n. 3 e Lupi sul n. 5 del 2004), ed una certa prassi accertativa di cui si ha notizia, tendente ad applicare la nuova regola di indeducibilità dei costi in oggetto anche a comportamenti pregressi.

Prima di proseguire oltre, al fine di stabilire quale effettivo fondamento abbia questa tendenza (che fa capolino anche nell'articolo di Screpanti) ad intendere la norma citata suscettibile di una applicazione retroattiva, sulla base di una sua assunta natura interpretativa, è però necessario interrogarsi sulla funzione e sulla collocazione della norma stessa nel sistema dell'imposta sul reddito.

La collocazione dell'intervento normativo citato in seno all'art.

(1) Secondo la norma citata, che ha inserito un comma 4-bis nell'art. 14 della L. n. 537/1993, "nella determinazione dei redditi di cui all'art. 6, comma 1, del T.U.I.R., non sono ammessi in deduzione i costi o le spese riconducibili a fatti, atti o attività qualificabili come reato, fatto salvo l'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti".