



La società europea e la fusione transfrontaliera

Strumenti per il trasferimento all'estero della sede sociale

di **Alberto Righini**

Dottore commercialista in Verona

La circolazione delle imprese in ambito comunitario dovrebbe costituire una delle massime espressioni del principio di libertà di stabilimento su cui si fonda la Comunità europea (1). Mancando però una normativa comunitaria uniforme di riferimento, la mobilità *cross border* delle imprese si scontra con le differenti legislazioni civilistiche e fiscali dei diversi Paesi coinvolti (2), e così il tra-

(1) In proposito si osserva la difficoltà che ha da sempre incontrato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'affermazione, per le società di capitali, del principio di libertà di stabilimento "primario", ossia del diritto delle stesse di trasferire la propria sede o di localizzarsi fuori dallo Stato di origine, senza necessità di procedere alla liquidazione in tale Paese e ad una nuova costituzione in quello di destinazione (sentenza 27 settembre 1998, causa C-81/87, Daily Mail e per certi versi sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, Uberseering, in banca dati "fiscoonline"). Solo più recentemente con le sentenze: 9 marzo 1999, causa C-212/97 Centros Ltd (in banca dati "il fisco-video"), la già citata sentenza Uberseering e la sentenza 30 settembre 2003, Inspire Art Ltd, la Corte di Giustizia, argomentando sulla base della libertà di stabilimento, ha affermato che le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro debbono essere automaticamente riconosciute in ogni altro Stato membro in cui le stesse intendono trasferire la propria sede effettiva, indipendentemente dal fatto che svolgano o meno un'attività economica nello Stato di costituzione. Tuttavia tali sentenze pur innovative non arrivano a riconoscere alla società un pieno diritto di stabilimento "primario". Pertanto in mancanza dell'approvazione della proposta di XIV Direttiva, avente ad oggetto i trasferimenti internazionali di sede, è difficile sostenere che i principi fondamentali alla base del mercato interno si siano pienamente affermati nell'ambito del diritto societario. F. Ambrosini, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in "Riv. dir. int." 17.4, 2003, pag. 689.

(2) Infatti, il trasferimento della sede all'estero delle società può non essere possibile a causa dei possibili "conflitti" esi-

stimento della sede sociale all'estero diventa una operazione di non semplice gestione (3).

In attesa dell'approvazione della bozza della XIV direttiva che riconosca civilisticamente il trasferi-

menti tra i vari ordinamenti giuridici dei singoli Paesi europei, i quali potrebbero imporre la dissoluzione dell'ente, rendendo così di fatto non perseguibile l'operazione.

Per quel che riguarda il nostro Paese il trasferimento all'estero delle società, pur ammissibile (vi si fa esplicito riferimento negli artt. 2369, comma 5, 2437 e 2473 del codice civile), è condizionato al riconoscimento o meno dell'analogo istituto nell'ordinamento giuridico dello Stato estero di "provenienza".

Infatti ai sensi del comma 3 dell'art. 25 della L. 31 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"), il riconoscimento della continuità societaria nel trasferimento di sede all'estero è subordinato alla verifica della sua ammissibilità nei due ordinamenti coinvolti e quindi in quello dello Stato di provenienza ed in quello di arrivo.

Quindi dal momento che l'ordinamento italiano come accennato prevede la possibilità del trasferimento della sede sociale all'estero, la fattibilità dell'operazione si riconduce all'esistenza di un'analoga possibilità nell'altro Paese coinvolto nell'operazione e pertanto andrà verificata caso per caso. Si permette di rinviare a A. Righini, *Aspetti civilistici e fiscali del "ritorno a casa" delle holding estere*, in "Dialoghi di diritto tributario" n. 5/2005.

(3) Premettiamo una breve considerazione circa l'attualità della problematica nel presente contesto economico osservando che la scelta di delocalizzazione delle imprese cui si sta assistendo in questi anni, quale leva strategica per gestire la crisi del sistema economico, potrebbe infatti essere realizzata anche attraverso strumenti che consentono la "mobilità" delle società, ovvero che ne determinano uno "spostamento" da un Paese ad un altro anziché mediante strumenti che costituiscono *ex novo* nuove società all'estero.

Una recente ricerca, svolta in occasione della *Kpmg international tax conference*, ha evidenziato come nelle scelte di localizzazione da parte delle imprese abbia un peso sempre più pesante la variabile fiscale. Così la delocalizzazione fiscale si sta rilevando secondo gli esperti di Kpmg, un elemento essenziale anche per la crescita di altri costi per le aziende, dovuti all'aumentare della regolamentazione in materia di trasparenza aziendale. A. Crescione, *Il tax planning guarda a Oriente*, in "Il Sole-24 Ore" del 30 giugno 2005.

mento della sede sociale delle società di capitali all'interno dell'Unione, e che si legiferi sul relativo trattamento tributario dell'operazione, si possono comunque individuare alcune norme comunitarie già in vigore, o di prossima approvazione, che in via indiretta permettono di realizzare il *trasferimento della sede sociale all'estero*.

Il trasferimento di sede può, infatti, essere attuato in ambito comunitario applicando la normativa sulle Società europee (SE) o quella delle fusioni transfrontaliere. Per la SE il quadro legislativo di riferimento è ormai completo; al Regolamento (CE) n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 (4), disciplinante gli aspetti civilistici, si è ora affiancata la normativa fiscale contenuta nella Direttiva n. 2005/19/CE del 17 febbraio 2005 (in "il fisco" n. 11/2005, fascicolo n. 2, pag. 1673), che modifica la Direttiva n. 90/434/CEE del 23 luglio 1990. Mentre, per le fusioni transfrontaliere, alla disciplina fiscale già in vigore contenuta nella Direttiva n. 90/434/CEE, si affiancherà la disciplina civilistica della X Direttiva (5) di imminente approvazione.

Entrambe le operazioni permettono di realizzare civilisticamente il *trasferimento della sede sociale all'estero* all'interno dei vari Paesi della UE in regime di neutralità fiscale (6).

(4) Il regolamento è entrato in vigore lo scorso 8 ottobre 2004. Il regolamento e la Direttiva n. 2001/86/CE del Consiglio dell'Unione europea dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della SE per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, sono stati approvati durante il Consiglio europeo di Nizza del 6-8 dicembre 2000.

(5) La prima bozza di direttiva in materia di fusioni transfrontaliere è stata elaborata dalla Commissione europea nel 1984. In più occasioni il Parlamento europeo ebbe modo di esaminare il documento senza mai giungere alla definizione di un parere a causa delle numerose difficoltà sollevate in particolare sul problema della partecipazione dei lavoratori agli organi decisionali. Nel 2001, dopo oltre 15 anni, la Commissione decise di ritirare la vecchia proposta per elaborarne una nuova che tenesse conto dell'evoluzione del contesto legislativo comunitario, ed in particolare del raggiunto accordo sul tema della SE.

La nuova "Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali" è stata presentata dalla Commissione il 18 novembre 2003 (COM(2003)0703). La proposta, sulla quale il Consiglio dell'UE ha raggiunto un orientamento generale il 25 novembre scorso, è stata approvata a larghissima maggioranza dal Parlamento UE il 10 maggio 2005. Gli emendamenti approvati dal Parlamento corrispondono alla posizione del Consiglio pertanto l'iter si dovrebbe concludere già in prima lettura della procedura di codecisione, in "Il Sole-24 Ore" dell'11 maggio 2005.

(6) Evidenziamo che dal punto di vista fiscale, la "gestione" dell'operazione di trasferimento transfrontaliero non andrebbe inquadrata in un'ottica elusiva rilevante ex art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 in quanto la fattispecie non rientra tra quelle indicate nel citato articolo.

In merito la dottrina ha evidenziato l'impossibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 37-bis alla fattispecie del trasferimento della sede all'estero e l'opportunità che il legislatore, per evitare possibili contenziosi, intervenga in merito. Così V. Ficari, *Trasferimenti di sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell'"exit tax" sulle*

Il trasferimento della sede sociale utilizzando la Società europea (SE)

La SE è una società per azioni di diritto comunitario (7) che si caratterizza, nel panorama delle forme organizzative societarie degli Stati membri, in quanto dotata di un *corpus* normativo uniforme per tutti i Paesi UE (8).

Con l'istituzione della SE gli Stati membri dispongono ora di un organismo societario comune, che consente alle società ivi residenti ed appartenenti a diversi Stati di fondersi, di formare una *holding* o una filiale comune, senza dover sottostare ai vincoli giuridici derivanti dall'applicazione dei differenti ordinamenti, in quanto il relativo regolamento comunitario (9) risulta direttamente applicabile nei vari Stati.

Ricordiamo brevemente che il regolamento prevede quattro modi di costituzione di una SE:

- *fusione* - *propria o per incorporazione* - [ex artt. 2, paragrafo 1 (10) e 17, paragrafo 2 (11)]: di

plusvalenze latenti, in "Rassegna Tributaria" n. 6/2004, pag. 2161, commento a Corte Giustizia CE sent. 11 marzo 2004, causa C-9/02 e G. Melis, *Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società*, in "Dir. prat. trib. intern.", Cedam, 2, 2004, pag. 60, nota 107.

(7) Per una rapida disamina delle principali caratteristiche della SE si veda G. D'Alfonso, *La società europea come futura scelta organizzativa*, in "Tax Planning" n. 19/2002, e C. Bolognesi, *La società europea (SE) al debutto: ma ci sarà concreta attuazione?*, in "Impresa c.i." n. 4/2005, pag. 642.

(8) Il settimo "considerando" del Regolamento (CE) n. 2157/2001 afferma: "Le disposizioni di un siffatto regolamento permetteranno la costituzione e la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione".

(9) Il regolamento è una fonte superiore al diritto nazionale, il quale deve necessariamente uniformarsi. Quindi, in generale, per quel che riguarda il nostro Paese, ogni volta che le disposizioni del regolamento sulla SE sono difformi o in contrasto con il nostro diritto societario, il conflitto deve essere risolto, quando ciò non avvenga *ex lege*, in base alla prevalenza gerarchica della normativa comunitaria, purché quest'ultima non violi i principi inderogabili di ordine pubblico cardine del nostro ordinamento giuridico.

(10) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 2 (paragrafo 1)

1. Le società per azioni indicate nell'allegato I, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono costituire una SE mediante fusione se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri differenti.

(11) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 17 (paragrafo 2)

2. La fusione può avvenire:
a) secondo la procedura di fusione mediante incorpora-

società per azioni, di cui almeno due devono essere soggette alla legge di Stati membri diversi;

- *scambio di partecipazioni* [ex artt. 2, paragrafo 2 (12), 32 e 34]: con costituzione di una SE *holding*. Da un punto di vista tecnico, l'operazione si realizza con il conferimento delle partecipazioni delle società promotrici (13) nella costituenda SE, che diventa così controllante delle società fondatrici;

- *costituzione di un'affiliata comune* [ex artt. 2, paragrafo 3 (14), 35 e 36]: l'ipotesi, che è regolata tramite rinvio alle disposizioni interne dei singoli Stati, e si sostanzia in un conferimento delle

zione conformemente all'articolo 3, paragrafo 1 della direttiva 78/855/CEE;

b) oppure secondo la procedura di fusione mediante costituzione di una nuova società conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, di detta direttiva.

Nel caso di fusione mediante incorporazione, la società incorporante assume la forma di SE contemporaneamente alla fusione. Nel caso di fusione mediante costituzione di una nuova società, la SE è la nuova società.

(12) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 2
(paragrafo 2)

2. Le società per azioni e le società a responsabilità limitata indicate nell'allegato II, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono promuovere la costituzione di una SE *holding* se almeno due di esse:

a) sono soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero
b) hanno da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o una succursale situata in un altro Stato membro.

(13) Società promotrici possono essere società per azioni e società a responsabilità limitata costituite conformemente alla legge di uno Stato membro ed aventi la sede sociale e l'amministrazione nella Comunità, se almeno due di esse sono soggette alla legge di due Stati membri differenti o hanno da almeno due anni affiliate o succursali in Paesi diversi da quello della sede. È stato osservato che esiste in questo caso una divaricazione "alquanto incomprensibile" rispetto alla costituzione mediante fusione dove sono ammesse solo le S.p.a. G. Cafari Panico, *La disciplina fiscale della società europea*, in "Fiscalità internazionale" n. 2/ 2005.

(14) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 2
(paragrafo 3)

3. Le società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del trattato, e le altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono costituire, sottoscrivendone le azioni, una SE affiliata se almeno due di esse:

a) sono soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero
b) hanno da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o una dipendenza situata in un altro Stato membro.

società residenti promotrici (15) a favore della costituenda SE;

- *trasformazione* [ex artt. 2, paragrafo 4 (16), e 37] in SE di una società per azioni di diritto nazionale, che abbia da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro.

Ed è proprio la trasformazione in SE di una società azionaria, cui far seguire il trasferimento di sede all'interno dell'UE, che costituisce una modalità con cui realizzare il trasferimento della sede sociale in ambito comunitario, senza alcuna problematica civilistica ed in regime di neutralità fiscale (17).

La possibilità di trasferire la sede sociale di una SE in uno altro Stato membro senza che questo comporti lo scioglimento della società, è esplicitamente previsto nell'art. 8 del Regolamento (CE) n. 2157/2001 (18). È dettata una particolare procedura che prevede tra l'altro: l'elaborazione da parte dell'organo di direzione o di amministrazione di un progetto di trasferimento [ex art. 8, paragrafo 2 (19)], la redazione di una relazione esplicativa [ex

(15) Tale forma di costituzione è accessibile a qualsiasi soggetto di diritto pubblico o privato, sempre a condizione che almeno due degli enti promotori siano soggetti alla legge di Stati membri differenti, ovvero che abbiano da almeno due anni un'affiliata o succursale soggetta alla legge di altro Stato membro.

(16) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 2
(paragrafo 4)

4. Una società per azioni costituita conformemente alla legge di uno Stato membro e avente la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità può trasformarsi in una SE se ha da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro.

(17) Salvo il caso, di cui si dirà in seguito, in cui la società che si trasferisce ha all'estero una stabile organizzazione in un terzo Paese.

(18) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 1)

1. La sede sociale della SE può essere trasferita in un altro Stato membro conformemente ai paragrafi da 2 a 13. Il trasferimento non dà luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica.

(19) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 2)

2. Un progetto di trasferimento deve essere elaborato dall'organo di direzione o di amministrazione ed è soggetto a pubblicità in conformità dell'articolo 13, fatte salve le forme aggiuntive di pubblicità previste dallo Stato membro della sede. Tale

art. 8, paragrafo 3 (20)], l'assunzione della decisione di trasferimento solo dopo il decorso di due mesi dalla pubblicazione del progetto [ex art. 8, paragrafo 6 (21)], forme di tutela per i creditori sociali [ex art. 8, paragrafo 7 (22)], nonché l'attestazione da parte dalle autorità competenti nello Stato membro della sede sociale della SE, dell'espletamento di tutte le formalità preliminari al trasferimento [ex art. 8, paragrafo 8 (23)].

progetto deve indicare la denominazione sociale, la sede sociale e il numero di iscrizione della SE e comprendere:

- a) la sede sociale prevista per la SE,
- b) lo statuto previsto per la SE, compresa l'eventuale nuova denominazione sociale,
- c) le implicazioni che il trasferimento può avere per il coinvolgimento dei lavoratori nella SE,
- d) il calendario previsto per il trasferimento,
- e) i diritti eventualmente previsti a tutela degli azionisti e/o dei creditori.

(20) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 3)

3. L'organo di direzione o di amministrazione redige una relazione nella quale sono spiegati e giustificati gli aspetti giuridici ed economici del trasferimento e sono spiegate le sue conseguenze per gli azionisti, per i creditori e per i lavoratori.

(21) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 6)

6. La decisione di trasferimento può essere adottata soltanto due mesi dopo la pubblicazione del progetto. Essa deve essere presa alle condizioni previste dall'articolo 59.

(22) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 7)

7. Prima che l'autorità competente rilasci il certificato di cui al paragrafo 8, la SE deve fare in modo che, per quanto riguarda le passività che possano essere sorte prima della pubblicazione del progetto di trasferimento, gli interessi dei creditori e dei titolari di altri diritti nei confronti della SE (inclusi quelli di enti pubblici) siano stati adeguatamente tutelati, in ottemperanza a quanto stabilito dallo Stato membro nel quale la SE aveva la sede sociale prima del trasferimento.

Uno Stato membro può estendere l'applicazione del primo comma alle passività che sorgano (o possano sorgere) prima del trasferimento.

Il primo e secondo comma lasciano impregiudicata l'applicazione alle SE della legislazione nazionale degli Stati membri per quanto riguarda la garanzia dei pagamenti da effettuare ad enti pubblici.

(23) Regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001/CE

Art. 8
(paragrafo 8)

8. Nello Stato membro della sede sociale della SE, un organo

Così la norma, pur con la sua rigida disciplina, rappresenta la prima forma comunitaria "legalmente vincolante" sul trasferimento di sede di una società all'interno del territorio della Comunità. La SE è quindi attualmente l'unica forma societaria europea in grado di trasferire la sua sede sociale senza che questo comporti lo scioglimento o la costituzione di una nuova persona giuridica; questa è stata considerata una delle principali innovazioni ed uno dei maggiori punti di forza di questa figura giuridica societaria (24).

Occorre evidenziare che al trasferimento di sede della SE deve necessariamente corrispondere anche il trasferimento della sua amministrazione centrale, in quanto l'art. 7 del regolamento prevede che: "La sede sociale della SE deve essere situata all'interno della Comunità nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale ...". Eventuali violazioni sulla necessaria coincidenza tra sede statutaria e sede "reale", sono severamente sanzionate potendo comportare anche la liquidazione della società (25). Peraltro segnaliamo come l'utilizzo dell'espressione "amministrazione centrale", potrebbe essere causa di problemi interpretativi, con conseguenti possibili conflitti tra i vari ordinamenti (26).

giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente rilascia un certificato attestante in modo conclusivo l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento.

(24) G. Cafari Panico, *La disciplina fiscale della società europea*, cit.

(25) L'art. 7 del regolamento attribuisce, infatti, allo Stato membro nel quale è registrata la SE, il potere di imporre l'obbligo di far coincidere l'ubicazione dell'amministrazione centrale con quella della sede legale ed in caso di mancata regolarizzazione l'art. 64 dispone la liquidazione della società. Per contro ricordiamo la previsione di cui all'art. 69 del regolamento che prevede la possibilità di modificare tale obbligo (vedi nota 26).

(26) In E. Gonzàlez Sánchez, J.F. Fluxà, *The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: an analysis of ECJ Case law and the Regulation on the Statute for a European company*, *European Taxation*, June, 2005, gli Autori evidenziano come a livello europeo non vi sia una chiara ed omogenea definizione del concetto di "amministrazione centrale" né nel Trattato, né nel regolamento e neppure nelle diverse legislazioni fiscali degli Stati membri dove si sovrappongono concetti quali *head office*, *place of effective management*, *place of central management and control*.

Questa divergenza di accezioni potrebbe determinare per gli Autori la possibilità che la SE, pur rispettando il disposto dell'art. 7 del regolamento (sede legale ed amministrazione centrale in uno stesso Paese), possa essere considerata ai fini fiscali residente anche in un altro Paese avendo magari per quest'ultimo altri elementi costitutivi della residenza fiscale.

Gli Autori evidenziano ancora che la scelta effettuata nel regolamento (coincidenza della sede legale e dell'amministrazione centrale) si discosta dalle risultanze della giurisprudenza della ECJ nei casi Centros, Uberseering e InspireArt, dai quali risulta che una società può avere la sede principale in uno Stato membro senza qui operare, svolgendo in effetti la sua attività per il tramite di una SO in un altro Stato, richiamandosi piuttosto alla precedente sentenza *Daily Mail*.

Quindi, se pur si deve rilevare che la normativa della SE si discosta dalle ultime sentenze della Corte UE e che è in un certo

Gli aspetti fiscali nei diversi Paesi coinvolti nel trasferimento di sede della SE, sono stati affrontati e superati, nel silenzio del Regolamento (27), dalla *Direttiva n. 2005/19/CE* (28). In generale, fiscalmente la SE è assoggettata al regime previsto dai singoli Paesi per la tassazione delle società di capitali, ed è soggetta alle imposte ed alle tasse vigenti nei diversi Stati membri (29) dove ha la sede. Il momento di trasferimento della sede ha invece una comune disciplina nella direttiva, che la sottrae a quella dei vari ordinamenti nazionali, evitando così l'eventuale assimilazione alla liquidazione della società trasferita (30).

senso "rigida", in quanto impone necessariamente la coincidenza della sede sociale con l'amministrazione centrale, si deve anche osservare che è l'unica normativa che riconosce la possibilità del trasferimento nei termini indicati (diretto riconoscimento in tutti gli Stati e non scioglimento).

Evidenziamo ancora sul punto che l'art. 69 del regolamento prevede che, entro cinque anni dall'entrata in vigore, la Commissione presenti oltre ad una relazione sull'applicabilità del regolamento, anche eventuali proposte di modifica prendendo in esame, fra l'altro, l'opportunità di "consentire l'ubicazione dell'amministrazione centrale e della sede sociale della SE in Stati membri diversi".

(27) Silenzio peraltro esplicitato nello stesso regolamento dove al ventesimo considerando si legge: "Il presente regolamento non verte su altri settori quali il diritto tributario, il diritto della concorrenza, il diritto della proprietà intellettuale, il diritto fallimentare. Pertanto nei settori summenzionati ed in altri settori non contemplati dal presente regolamento si applicano le disposizioni del diritto degli Stati membri e del diritto comunitario".

(28) Ricordiamo che la *Direttiva n. 2005/19/CE* modifica la *Direttiva n. 90/434/CEE* nel senso di estenderne l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione e di precisarne talune modalità di applicazione, in modo da includervi una gamma più ampia di società, di imposte nonché di operazioni, favorendo così la realizzazione di operazioni societarie in ambito comunitario. In particolare, evidenziamo che le SE (e le SCE, società cooperative europee) sono state inserite nell'ambito di applicazione soggettivo della direttiva, mentre per quel che riguarda l'ambito oggettivo, accanto alle fusioni, scissioni (totali) ai conferimenti dell'attivo ed agli scambi di azioni riguardanti società di due o più Stati membri, è stata ricompresa anche l'operazione di trasferimento di sede sociale della SE (o SCE) cioè quell'operazione mediante la quale una SE o una SCE trasferisce la sua sede sociale da uno Stato membro a un altro Stato membro senza essere sciolta e senza creare una nuova persona giuridica" (art. 2, lettera j), della *Direttiva n. 90/434/CEE* cui è dedicato il nuovo Titolo IV-ter: "Norme applicabili al trasferimento della sede sociale una SE o una SCE".

(29) In questo contesto, il loro statuto fiscale non è perfetto poiché l'armonizzazione europea in materia è ancora insufficiente.

(30) Sulla base dello studio comparatistico condotto dall'IBFD, *Survey on the Societas Europaea*, Amsterdam, 2003, su incarico della Commissione europea, la maggior parte dei Paesi membri equiparano l'operazione (trasferimento all'estero della società) alla liquidazione, determinando lo scioglimento e la ricostruzione della società in un altro Stato e tassando le riserve occulte. Ad esempio, in Germania l'*Income Tax Act* prevede la tassazione delle riserve occulte nel momento in cui cessa il collegamento tra la società e il territorio dello Stato. Altri Paesi quali l'Austria, la Grecia, l'Irlanda, l'Italia, il Lussemburgo, l'Olanda, la Spagna ed il Regno Unito, concedono di differire le *exit*

Con la *Direttiva n. 2005/19/CE*, sesto considerando, il legislatore comunitario, constatando che "Il trasferimento della sede sociale è un modo di esercitare la libertà di trasferimento di cui agli articoli 43 e 48 del trattato", interviene con una normativa basata sulla "neutralità fiscale" dell'operazione, assicurando comunque un'adeguata tutela degli interessi finanziari dello Stato di residenza *ante* trasferimento. In particolare la neutralità opera, se ed in quanto gli elementi dell'attivo e del passivo della SE trasferita rimangono collegati ad una stabile organizzazione (SO), in continuità di valori fiscali [*ex art. 10-ter della Direttiva n. 90/434/CEE* (31)].

L'imputazione dei beni alla SO consente così di non inficiare la potestà impositiva dello Stato membro sulle plusvalenze che dovessero emergere al momento dell'alienazione dei beni (32).

tax, se la società emigrante mantiene nello Stato d'origine una stabile organizzazione cui sono attribuiti ai fini fiscali i beni della società. Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania e Svezia, applicano *exit tax* in alcuni casi. Attualmente solo il Portogallo non prevede alcuna tassazione d'uscita sulle sue società nazionali che si trasferiscono all'estero. M.T. Solero Roch, *Tax Residence of the SE, European Taxation*, January, 2005, pag. 14, nota 28.

(31) *Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE*

Art. 10-ter

1. Qualora
a) una SE o una SCE trasferisca la propria sede sociale da uno Stato membro a un altro, oppure
b) in concomitanza con il trasferimento della sua sede sociale da uno Stato membro a un altro, una SE o una SCE, residente nel primo Stato membro, estingua la propria residenza fiscale in tale Stato membro ed elegga la sua residenza fiscale in un altro Stato membro,

il trasferimento della sede sociale o l'estinzione della residenza fiscale non dà luogo all'imposizione delle plusvalenze, calcolate a norma dell'articolo 4, paragrafo 1, nello Stato membro dal quale è stata trasferita la sede sociale, risultanti dagli elementi d'attivo e di passivo della SE o della SCE i quali, di conseguenza, rimangono effettivamente collegati con una stabile organizzazione della SE o della SCE nello Stato membro dal quale è stata trasferita la sede sociale e contribuiscono agli utili o alle perdite presi in considerazione per scopi fiscali.

2. Il paragrafo 1 si applica solo a condizione che la SE o la SCE calcoli i nuovi ammortamenti e le plusvalenze o le perdite inerenti agli elementi d'attivo e di passivo che rimangono effettivamente collegati con la stabile organizzazione in questione come se il trasferimento della sede sociale non fosse mai avvenuto, o come se la SE o la SCE non avesse quindi estinto la sua residenza fiscale.

3. Qualora le leggi dello Stato membro autorizzino la SE o la SCE a calcolare i nuovi ammortamenti e le plusvalenze o le perdite inerenti agli elementi d'attivo e di passivo che rimangono in detto Stato membro su una base diversa da quella di cui al paragrafo 2, il paragrafo 1 non si applica agli elementi d'attivo e di passivo per i quali si è scelto questo metodo.

(32) Peraltro è stato osservato - M.T. Solero Roch, *Tax Residence of the SE, European Taxation, cit.*, che la previsione che i beni della SE che si trasferisce confluiscono in una SO (condizione affinché l'operazione avvenga in regime di neutralità), di fatto lascia il dubbio che si tratti di una restrizione del principio di libertà di stabilimento ed in quanto tale contraria al Trattato. Così la Corte UE ben potrebbe dichiararne l'illegittimità.

Qualora non vi siano le condizioni per il riconoscimento di una SO, oppure i beni in oggetto non vi confluiscono o vengano dalla stessa distorti, lo Stato ha diritto di imposizione sulle plusvalenze latenti sulla base del valore normale.

Con riferimento al trattamento degli accantonamenti e delle riserve in sospensione d'imposta, in analogia con quanto disposto per le altre operazioni straordinarie, l'art. 10-*quater*, paragrafo 1, della Direttiva n. 90/434/CEE dispone che gli accantonamenti o le riserve, costituiti in franchigia d'imposta dalla SE prima del trasferimento, vengano mantenuti alle stesse condizioni dalla SO situata nel territorio dello Stato membro dal quale è stata trasferita la sede sociale.

Anche il trattamento delle perdite è sostanzialmente mutuato dalla disciplina prevista per le altre operazioni straordinarie transnazionali [ex art. 6], laddove si autorizza la stabile organizzazione della SE a mantenere le perdite, a condizione che tale facoltà di "riporto" sia riconosciuta alle operazioni effettuate nell'ambito dei confini nazionali [art. 10-*quater*, paragrafo 2 (33)].

Da quanto detto si osserva che la disciplina fiscale dettata per il trasferimento della SE è del tutto simile a quella da tempo individuata dal legislatore comunitario per le altre operazioni straordinarie transfrontaliere, nonché a quella adottata dal legislatore italiano per i trasferimenti all'estero della residenza (34) [art. 166 del Tuir, approvato con

Di contro, con riferimento alla normativa italiana ex art. 166 del Tuir, G. Marini, *Trasferimento di sede all'estero e rilevanza della stabile organizzazione ai fini della titolarità di reddito d'impresa*, in "Dialoghi di diritto tributario", a cura di R. Lupi e D. Stevanato, n. 1/2005, sostiene che la previsione non sia incompatibile con la libertà di stabilimento prevista dal Trattato CE in quanto trattasi di una norma sistematica necessaria al fine di garantire la "coerenza del regime fiscale". Per l'Autore, l'art. 166 del Tuir non è altro che un corollario della norma che prevede la tassazione delle plusvalenze latenti in caso di destinazione dei beni ad altre finalità estranee all'esercizio dell'impresa, la quale rappresenta una norma di chiusura del ciclo d'imposizione sui beni appartenenti all'impresa.

(33) Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE

Art. 10-*quater*
(paragrafo 2)

2. Se una società che trasferisce la sua sede sociale entro l'ambito del territorio di uno Stato membro ha facoltà di riportare in esercizi successivi o anteriori le perdite che non erano state esaurite per scopi fiscali, detto Stato membro autorizza la stabile organizzazione, situata nel suo territorio, della SE o della SCE che trasferisce la sede sociale a rilevare le perdite della SE o della SCE che non sono ammortizzate dal punto di vista fiscale, a condizione che sia ammesso in analoghe circostanze il riporto delle perdite in esercizi successivi o anteriori da parte di una società che abbia mantenuto la sua sede sociale o la propria residenza fiscale nello Stato membro in questione.

(34) È chiaro che per le società ed enti bisogna avere riguardo al trasferimento della residenza nella sua triplice manifestazione del trasferimento della sede legale, o della sede amministrativa o dell'oggetto principale dell'impresa (ex art. 73, com-

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (35)]. La normativa interna prevede infatti, la tassazione al valore normale (36) dei componenti dell'azienda (37) che al momento del trasferimento non restino collegati in una SO situata nel territorio italiano; è inoltre prevista la possibilità di ricostruzione in capo alla SO delle riserve in sospensione d'imposta (38).

Sui possibili effetti del trasferimento della sede della SE in capo ai soci, si osserva che l'operazione non fa emergere nessun utile o plusvalenza, in quanto l'art. 10-*quinquies* ne dispone la neutralità dell'operazione stabilendo il divieto di tassazione dei soci a seguito del cambiamento di residenza della SE. L'imposizione è rinviata così al momento dell'eventuale realizzo delle plusvalenze per effetto

ma 3, del Tuir). Sull'ambiguità dei criteri indicati nell'ambito dei rapporti internazionali si veda S. Covino-R. Lupi, "Sede dell'amministrazione", oggetto principale e residenza fiscale delle società, in corso di pubblicazione su "Dialoghi di diritto tributario".

(35) Si osserva che la disciplina interna del trasferimento della sede ex art. 166 del Tuir non è limitata all'Unione europea, bensì disciplina i trasferimenti di residenza in tutti i Paesi del mondo, in ciò superando anche il regime fiscale delle fusioni transfrontaliere da cui trae ispirazione e che ricordiamo non copre le fusioni cosiddetti transnazionali. G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Cedam, 1999, pag. 236.

(36) Le plusvalenze sono colpite al loro stato latente per la semplice fuoriuscita dei beni dal regime fiscale di impresa territorialmente circoscritto in ragione della potestà normativa tributaria di uno Stato, fuoriuscita che si accompagna, in termini di causa ed effetto, alla perdita di residenza fiscale. V. Ficari, *Trasferimenti di sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al Trattato CE dell'exit tax sulle plusvalenze latenti*, cit.

(37) Si rileva che diversamente dalla norma comunitaria, l'interna richiede che la SO riceva (solo) beni aziendali e non genericamente elementi dell'attivo, pertanto si dovrebbe escludere che possano confluire nella SO estera in Italia, beni non aziendali ma non anche quelli immateriali (tra cui anche l'avviamento) che dovrebbero così poter confluire nella SO. V. Ficari, *Trasferimenti di sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell'exit tax sulle plusvalenze latenti*, cit., pag. 2146. Rileva un "certamente più opportuno sarebbe stato il riferimento ai beni relativi all'impresa" (cioè soggetti al regime d'impresa) anziché un riferimento al "complesso aziendale", per non favorire interpretazioni restrittive del novero dei beni coinvolti nella disciplina dell'art. 166 del Tuir, G. Zizzo, *Il trasferimento della sede all'estero*, in AAVV, "Materiali di diritto tributario internazionale", coordinatori C. Sacchetto e L. Alemanno, Ipsoa, 2002, pag. 211.

Circa i beni immateriali, G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, cit., pag. 236, sottolinea che agli stessi deve essere riservata grande attenzione in quanto potrebbero "sfuggire" alla confluenza, ad esemplificazione indica i diritti a partecipare a gare d'appalto o ad importare beni contingentati. Ed ancora sull'argomento G. Melis, *Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società*, in "Dir. prat. trib. intern.", Cedam, I, 2004, pag. 38, G. Smussi, *Trasferimento all'estero della residenza*, in "Corr. Trib." n. 9/1999, pag. 629 e A. Dragonetti-V. Piacentini-A. Sfondini, *Manuale di fiscalità internazionale*, Ipsoa, 2004, pag. 323.

(38) Per la "causa" dell'emersione delle plusvalenze riconnesse alla fuoriuscita dei beni dal "mondo impresa" si rinvia a G. Porcaro, *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, 2001, pag. 733, in AAVV a cura di R. Lupi e D. Stevanato.

del successivo trasferimento dei titoli della SE. La modifica della residenza fiscale della società avrà eventualmente rilevanza al momento di percezione degli eventuali dividendi (39).

Dall'analisi sopra effettuata emerge dunque che il trasferimento della sede sociale all'estero in via indiretta può essere realizzato, evitando le problematiche civilistiche e limitandone l'impatto fiscale, attraverso la trasformazione delle società azionarie residenti nell'UE in SE, con il successivo trasferimento della sede ai sensi dell'art. 8 del regolamento (40).

Limiti alla praticabilità di questa operazione, possono essere individuati nella necessità di un capitale minimo di dotazione della SE (euro 120.000) (41), nonché nelle particolari condizioni imposte dal regolamento (affiliata da almeno due anni in altro Stato membro e soggezione al "procedimento" ex art. 8).

Maggiore duttilità pare avere la *fusione transfrontaliera* come altro possibile strumento indiretto per realizzare il trasferimento della sede, in quanto applicabile a tutti i tipi di società di capita-

(39) Ad esempio, il socio ITA (persona fisica o giuridica) che riceve dividendi dalla SE ITA subirà l'imposizione "domestica" (ex artt. 89, 59 e 47 del Tuir). A seguito del trasferimento della SE in altro Stato dell'UE, la percezione del dividendo da parte del socio ITA sarà quella di un dividendo non più domestico ma "estero" e pertanto, ove del caso, stante la sostanziale equiparazione dell'imposizione dei dividendi interni ed esteri, si dovrà tenere conto delle ritenute in "uscita". Per un rapido richiamo alla tassazione dei dividendi esteri si permette di rinviare a A. Righini, *Aspetti civilistici e fiscali del "ritorno a casa" delle hold- ing estere*, cit.

(40) L'ipotesi indicata (trasformazione in SE e seguente trasferimento) non può realizzarsi in un unico contesto in quanto l'art. 37, comma 3, del regolamento vieta esplicitamente che si dia luogo al trasferimento di sede della SE in occasione della trasformazione (forse per limitare i rischi di migrazione dalle varie leggi nazionali).

Come osservato dalla dottrina, A. Zanardo, *La trasformazione di S.p.a. in Se alla luce del Regolamento comunitario n. 2157/2001*, in "Contratto ed impresa/Europa", gennaio/giugno 2003, nulla impedisce però, che il trasferimento avvenga immediatamente dopo.

Pertanto l'introduzione del divieto è sembrata una soluzione di compromesso politico piuttosto che un efficace strumento per contrastare il fenomeno dello *shopping* legislativo. G. Cafari Panico, *La disciplina fiscale della società europea*, cit.

(41) Peraltro, evidenziamo che l'*Action Plan* della Commissione europea (è il "piano" per le future iniziative che la Commissione stessa intende intraprendere nell'ambito della modernizzazione del diritto societario nel corso dei prossimi anni - ed è allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A plane to Move Forward*, COM (2003) 284 del 21 maggio 2003) prendendo atto che il modello della SE è adatto più che altro a grandi imprese, propone l'approvazione nel medio periodo di un nuovo modello societario uniforme del tipo di società a responsabilità limitata (cosiddetta *European private Company*). Tale modello societario dovrebbe essere adatto allo sviluppo di piccole e medie imprese e pertanto fondato su una larga autonomia contrattuale dei soci. F. Ambrosini, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, cit., pag. 689.

li e che dovrebbe a breve trovare la sua disciplina civilistica con l'approvazione della X Direttiva (42). Attraverso le operazioni di fusione tra società residenti in Stati membri diversi, di fatto, si realizza un trasferimento di sede sociale della società incorporata o fusa nel Paese di residenza della società incorporante o risultante dalla fusione.

Il trasferimento della sede sociale con le fusioni transfrontaliere

La X Direttiva europea sulle fusioni transfrontaliere si applicherà a tutti i tipi di società con sede nell'Unione europea aventi personalità giuridica e patrimonio sociale distinto. L'ambito soggettivo di applicazione comprende tutte le tipologie di società di capitali europee, diversamente che per le società SE, previste solo come società a base azionaria (43).

L'estensione dell'ambito soggettivo renderà possibile agevolare in particolare, le fusioni di piccole e medie imprese che non hanno interesse ad adottare lo statuto della SE, più adeguato ad imprese di grandi dimensioni, con dotazioni patrimoniali più rilevanti e con diramazioni societarie in più Paesi europei.

Il principio su cui si fonda la legislazione comunitaria in corso di adozione (44) è che le fusioni transfrontaliere saranno regolate dalla legislazione di ciascuno Stato (ex art. 2), tranne che per gli aspetti specifici particolari derivanti dalla natura intracomunitaria dell'operazione, per la cui disciplina si farà riferimento ai principi peculiari della normativa riguardante le SE. Ciascuna società resta così soggetta alla legge nazionale in materia di fusioni interne e, di conseguenza, il controllo degli adempimenti preliminari alla fusione sarà affidato alle autorità competenti nazionali di ogni

(42) La X Direttiva si applica, come afferma l'art. 1, paragrafo 1, della proposta approvata ed emendata dal Parlamento nella seduta dello scorso 10 maggio - Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (COM(2003)0703)-C5-0561/2003-2003/0277(COD)) - e nel seguito semplicemente X Direttiva: "alle fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e avente la sede sociale, l'amministrazione centrale o la principale sede o attività nella Comunità, a condizione che almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi". Pertanto non sono ricomprese nella disciplina le cosiddette fusioni "internazionali" nelle quali almeno una delle società coinvolte ha sede in un Paese extracomunitario.

(43) Non rientrano nell'ambito soggettivo d'applicazione gli organismi d'investimento collettivo in valori immobiliari, già disciplinati da apposite direttive europee. Circa le società cooperative, i singoli Stati possono decidere se escluderle o meno in relazione agli specifici regimi giuridici.

(44) Per una rapida disamina dei principi della nuova direttiva C. Colombo-G. Bortone, *Le fusioni transfrontaliere*, in "Tax planning" n. 28/2005 e G. D'Alfonso, *All'esordio la Direttiva europea sulle fusioni transfrontaliere*, in "Amministrazione & finanza" n. 4/2005.

Stato membro. Le legislazioni interne saranno competenti, inoltre, per la tutela dei soggetti terzi, i cui interessi potrebbero essere pregiudicati dalla fusione intracomunitaria, come, ad esempio, i creditori, gli obbligazionisti, i soci di minoranza, i possessori di titoli diversi dalle azioni ed i lavoratori. Un significativo spazio, da parte della direttiva viene dedicato ai diritti di partecipazione dei lavoratori della società derivante dalla fusione transfrontaliera.

La società risultante dalla fusione sarà assoggettata unicamente alla legislazione nazionale dello Stato membro in cui la società ha stabilito la propria sede legale.

La direttiva indica tre modalità di realizzazione dell'operazione:

- 1) fusione transfrontaliera per incorporazione (45);
- 2) fusione transfrontaliera mediante costituzione di nuova società (46);
- 3) fusione transfrontaliera mediante incorporazione della controllata posseduta al 100 per cento (47).

Dal punto di vista procedurale le disposizioni ricalcheranno quelle previste dalla direttiva sulle fusioni nazionali (Direttiva n. 78/855/CEE del Consiglio del 9 ottobre 1978), e prevedono l'obbligo di redigere un progetto comune di fusione, di dare adeguata pubblicità agli atti e di nominare gli esperti per la redazione di una relazione destinata ai soci. L'assemblea generale di ciascuna delle società approva il progetto comune di fusione ed ogni Stato membro è chiamato a designare le autorità competenti per il controllo della legitti-

(45) Si ha una fusione transfrontaliera per incorporazione ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, lettera a), della X Direttiva, quando: "una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente (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".

(46) Si ha una fusione transfrontaliera mediante costituzione di una nuova società ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, lettera b), della X Direttiva, quando "due o più società trasferiscono, all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad una società da loro costituita - la nuova società - mediante l'assegnazione ai propri soci di quote o titoli rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10% del valore nominale di tali titoli o quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile".

(47) Infine si ha una fusione transfrontaliera mediante incorporazione della controllata al 100 per cento nella controllante ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, lettera c), della X Direttiva quando: "una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio attivo e passivo alla società che detiene la totalità delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale".

mità della fusione per la parte della procedura relativa a ciascuna delle società che vi partecipano. Le autorità competenti di ogni Stato membro rilasciano a ciascuna delle società che partecipano alla fusione un certificato attestante l'adempimento regolare degli atti e delle formalità preliminari alla fusione.

Dal punto di vista fiscale la fusione transfrontaliera ha già una sua disciplina nella Direttiva n. 90/434/CEE, fondata sul principio di neutralità fiscale quale conseguenza del criterio di "continuità dei valori". Il riconoscimento della neutralità fiscale dell'operazione è subordinato all'attribuzione dei beni della società fusa o incorporata ad una SO residente nello Stato del soggetto incorporante o risultante dalla fusione (48). Valgono sul punto, ed in particolare sulla *ratio* della disposizione (tutela dei singoli Stati a non perdere la potestà impositiva), le considerazioni già svolte nell'ambito del paragrafo precedente cui pertanto si rinvia.

Senza addentrarci approfonditamente nella disciplina fiscale delle fusioni transfrontaliere, tema già ampiamente analizzato in dottrina (49), ricordiamo in questa sede che il principio di neutralità delle fusioni transfrontaliere, trova applicazione anche relativamente ai fondi in sospensione di imposta, per i quali è prevista la ricostruzione nelle scritture contabili della SO (50) e nell'irrilevanza fiscale degli avanzi o disavanzi di fusione (sia da concambio che da annullamento) (51). Per il riporto delle perdite fiscali l'art. 6 della Direttiva

(48) La disposizione è trasfusa nella normativa interna italiana nell'art. 179, comma 6, del Tuir.

(49) Tra i tanti G. Cremona-P. Monarca-N. Tarantino, *Il manuale delle operazioni straordinarie*, Ipsoa, 2004, pag. 104; S. Carmini-A. Mainardi, *Elementi di diritto tributario comunitario*, Cedam, 1996, pagg. 252 e seguenti; A. Silvestri, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in "Riv. dir. fin. e scien. Fin. LV, 3, I; E. Fusa-G. D'Alfonso, *Pianificazione fiscale internazionale*, Eti - De Agostini, 2004, pag. 304; G. Zizzo, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996.

(50) Per quel che riguarda la normativa italiana, l'art. 180 del Tuir stabilisce che detti fondi concorrono a formare il reddito imponibile della SO nel territorio dello Stato per il soggetto incorporante "nella misura in cui non siano stati ricostruiti nelle scritture contabili della stabile organizzazione". In merito si rileva che la dottrina ha evidenziato come la normativa comunitaria, rispetto a quella nazionale, non distingue tra i fondi in sospensione quelli tassabili solo in caso di distribuzione, ne consegue quindi che per sfuggire a tassazione anche tali fondi devono essere ricostruiti nelle scritture contabili della SO. G. Cremona-P. Monarca-N. Tarantino, *Il manuale delle operazioni straordinarie, cit.*, Ipsoa, 2004, pag. 108 nota 101.

(51) Ciò vuol dire che laddove si proceda alla rivalutazione dei cespiti patrimoniali dell'incorporata per il tramite dell'eventuale disavanzo generatosi con l'operazione, tale maggior valore non sarà riconosciuto ai fini fiscali, dovendosi mantenere a tali fini il valore fiscale storico del periodo *ante* fusione.

n. 90/434/CEE (52) sancisce un principio di parità di trattamento tra le fusioni nazionali e quelle transfrontaliere. Con riferimento al nostro Paese, la norma dell'art. 181 del Tuir prevede che le perdite sono deducibili alle condizioni e nei limiti proposti per fusioni nazionali, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla SO sita nel territorio dello Stato (53).

Il principio della neutralità si applica anche nei confronti dei soci che, a seguito di un'operazione di fusione transfrontaliera, mantengono inalterato il costo storico della partecipazione detenuta nella società fusa o incorporata.

L'art. 10, comma 1, della direttiva stabilisce che, qualora una società che partecipa alla fusione detenga una SO situata in un altro Stato membro, e a seguito della fusione la società perda la residenza fiscale, tale Stato deve rinunciare ad ogni imposizione sulla SO. In presenza di regimi di tassazione su base mondiale (cosiddetta *world-wide income taxation*), tale Stato ha comunque il diritto di tassare le plusvalenze latenti esistenti nella SO, ma a condizione che ammetta la deduzione dell'imposta "figurativa" che, in assenza della direttiva in esame, sarebbe stata applicata nello Stato dove è situata la SO, indipendentemente dal fatto che dette imposte non siano state effettivamente pagate nello Stato della SO (54).

(52) Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE.

Art. 6

Se gli Stati membri applicano, per le operazioni di cui all'articolo 1, lettera a), effettuate tra società dello Stato della società conferente, disposizioni che consentono la presa a carico, da parte della società beneficiaria, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale, essi estendono il beneficio di tali disposizioni alla presa a carico, da parte delle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate sul loro territorio, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale.

(53) Per la normativa interna quindi il diritto all'utilizzo delle perdite fiscali pregresse della società incorporata è determinato in proporzione al rapporto tra il patrimonio netto della società incorporata nel periodo *ante* fusione e l'ammontare di tale patrimonio che risulta confluito nella SO del soggetto non residente nel territorio dello Stato; l'importo così determinato non potrà comunque eccedere il patrimonio netto della stessa SO.

(54) Esemplicando: se una società di diritto italiano ITA, che possiede una SO in Germania (D), è incorporata da una società francese (FRA), le plusvalenze relative alla SO in D non saranno imponibili in D ma lo saranno (al valore normale) in ITA (l'art. 179, comma 3 del Tuir, prevede che il beneficiario non residente subentri al conferente residente per tutti i diritti e gli obblighi tributari).

Tuttavia a fronte delle imposte dovute da FRA, ai fini Ires italiani, su tali plusvalenze in ITA è riconosciuto un credito d'imposta pari alle imposte che D avrebbe prelevato se non esistesse la direttiva.

Quindi se in assenza di direttiva FRA avrebbe dovuto pagare imposte in D per 100, questo 100, che per disposizione della direttiva non è versato in D, è riconosciuto come credito d'im-

L'attribuzione di tale credito d'imposta figurativo (55) è finalizzata ad evitare una doppia imposizione, ed anticipa la detrazione delle imposte che saranno pagate nello Stato in cui ha sede la SO nel momento di realizzazione delle plusvalenze o degli utili (56). Tale meccanismo di fatto concede allo Stato della società che detiene la SO un'imposizione limitata alla differenza fra le aliquote e la base imponibile applicate nei due Stati.

Analisi comparativa delle due operazioni: il credito d'imposta "virtuale" e le perdite pregresse

Dopo aver delineato le principali caratteristiche della fusione transfrontaliera e del trasferimento della sede della SE, occorre osservare che esistono nelle due normative delle differenti implicazioni fiscali, le quali possono influenzare la scelta di una delle due operazioni nel procedere al trasferimento della sede all'estero.

In particolare, la previsione del riconoscimento del credito d'imposta "virtuale" nel caso in cui la società fusa detenga una SO all'estero, previsto dall'art. 10 della direttiva, opera solo per le fusioni e non anche nel caso di trasferimento di sede della SE, in quanto analoga disposizione non è richiamata nel Titolo IV della direttiva.

Pertanto, ove non si sostenga l'applicazione analogica dell'art. 10 alla fattispecie del trasferimento della sede della SE, invocando il parallelismo esistente nell'intera disciplina delle operazioni straordinarie, pare preferibile in presenza di SO all'estero, procedere al trasferimento della sede con una fusione transfrontaliera.

In presenza di SO all'estero, il trasferimento della sede realizzato con la fusione, potrà beneficiare della previsione dell'art. 10, che consente di evitare la doppia imposizione con il meccanismo del recupero virtuale dell'imposta estera connessa alla perdita della SO.

Nel silenzio della direttiva sul riconoscimento del credito d'imposta virtuale nel trasferimento di sede della SE, si dovranno applicare le disposizioni interne previste dai singoli Stati membri che

posta in ITA, dove la direttiva consente invece l'assoggettamento a tassazione.

Se supponiamo che in ITA anche la tassazione è di 100, l'operazione risulta neutra (100 imposte ITA - 100 imposte figurative D = zero).

(55) Riconosciuto nel sistema impositivo italiano *ex art.* 179, comma 3, del Tuir.

(56) Sul tema: A. Silvestri, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, cit., pag. 486; G. Cremona-P. Monarca-N. Tarantino, *Il manuale delle operazioni straordinarie*, cit., Ipsoa, 2004, pag. 108; G. Porcaro, *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, cit., pag. 733; E. Fusa-G. D'Alfonso, *Pianificazione fiscale internazionale*, op. cit., pag. 304; S. Carmini-A. Mainardi, *Elementi di diritto tributario comunitario*, cit., Cedam, 1996, pag. 125.

potrebbero assoggettare ad imposizione le plusvalenze della SO all'estero in sede di trasferimento della "casa madre" (57). Tale previsione è anche presente nell'ordinamento tributario italiano il quale, in base al disposto dell'art. 166 del Tuir, prevede che il trasferimento di residenza di una società all'estero comporta il realizzo al valore normale delle plusvalenze relative alle SO all'estero (58).

Tale aspetto può costituire un elemento penalizzante nella scelta di trasferire la sede all'estero tramite la costituzione di una SE. Esiste comunque la possibilità di evitare l'applicazione dell'art. 166 del Tuir, operando preventivamente il conferimento delle SO estere in una società residente nello stesso Paese in cui la stessa è situata (59). Procedendo con tale operazione, si realizza una trasformazione della SO all'estero in controllata in regime di neutralità fiscale (60), evitando così l'emersione di

(57) Il citato studio comparatistico condotto dall'IBFD - *Survey on the Societas Europea*, Amsterdam, 2003, pag. 21 - rileva che Francia, Spagna, Lussemburgo e Paesi Bassi non prevedono, per diverse ragioni, alcuna imposizione sulle plusvalenze ricollegabili alle SO all'estero. In altri Stati membri (ad esempio, Austria, Danimarca, Germania) il medesimo risultato si produce in presenza di talune Convenzioni bilaterali, che attribuiscono potestà impositiva esclusiva allo Stato in cui la SO è situata.

(58) Problemi di eventuale emersione della plusvalenza, sia in caso di trasferimento della sede all'estero che in caso di fusione transfrontaliera, si pongono anche con riferimento ai singoli beni detenuti all'estero dalla società residente. In particolare, la dottrina ha affrontato la problematica, se "singoli beni all'estero", non collegati ad una SO estera, possano o meno confluire nella SO che residua nel territorio dello Stato e beneficiare del regime di neutralità previsto sia dagli artt. 166 e 182 del Tuir. Se è escluso che beni facenti parte della SO estera possono confluire nella SO in Italia (A. Silvestri, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, cit., e G. Melis, *Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società*, cit.), dubbia pare la possibilità di fare confluire nella SO il "singolo bene all'estero" al fine di evitare la tassazione delle plusvalenze (A. Silvestri, cit., G. Melis, cit., G. Smussi, cit., pag. 629); mentre ritiene ammissibile tale ultima ipotesi G. Zizzo, cit.

(59) Così, ad esempio, la SE italiana con SO in Francia che deve trasferirsi in Germania, prima di procedere al trasferimento della sede dall'Italia alla Germania (che comporterebbe la tassazione in Italia della sua SO in Francia ex art. 166 del Tuir) conferirà la sua SO in Francia in una società di diritto francese (SA-SARL). Così all'atto del trasferimento la SE italiana non avrà più una SO estera (francese) ma avrà delle partecipazioni in una società francese (SA-SARL) e pertanto non troverà applicazione l'art. 166 del Tuir.

(60) Ricordiamo che la possibilità di conferire le SO in società beneficiarie dello stesso Paese in cui è locata la SO è stata recentemente chiarita dal legislatore comunitario proprio nella Direttiva n. 2005/19/CE dove al quattordicesimo considerando si afferma: "Sussiste qualche dubbio circa l'applicazione della direttiva 90/343/CEE alla trasformazione di filiali in consociate. In queste circostanze, l'attivo collegato a una stabile organizzazione e che costituisce un 'ramo di attività' ai sensi dell'articolo 2, lettera i), della direttiva 90/434/CEE, viene trasferito a una società appena costituita, che diventa una consociata della società conferente. Occorrerebbe quindi precisare che la direttiva copre il conferimento d'attivo da una società di uno Stato membro, sotto forma di una stabile organizzazione

plusvalenze al momento del trasferimento. Per usare un'espressione del legislatore comunitario "trasformando" le filiali in consociate, si organizza la SE in holding e, al momento del trasferimento, sarà possibile probabilmente beneficiare sulle partecipazioni detenute del regime della PEX (*participation exemption*), che si sta progressivamente imponendo nei Paesi europei (61).

Così improntata l'operazione genera il dubbio di un'eventuale rilevanza elusiva dell'operazione, dubbio che non viene dipanato dalla constatazione che l'analogo caso "domestico" (conferimento d'azienda in regime di continuità di valori fiscali e successiva cessione della partecipazione ricevuta in regime di esenzione), è previsto dall'art. 176, comma 3, del Tuir (62) non rilevante ai fini dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

La scelta di trasformare le SO in partecipazioni prima di procedere al trasferimento di sede, comporta però la perdita dell'applicazione dell'unico trattato contro le doppie imposizioni applicabile per la società holding che possiede SO all'estero anche per le operazioni effettuate direttamente dalle sue SO residenti in altri Paesi (63).

situata in un altro Stato membro, a una società di quest'ultimo." E così nell'art. 10 a conclusione del paragrafo 1 è aggiunto: "Le presenti disposizioni si applicano anche qualora la SO si trovi nello Stato membro in cui è residente la società beneficiaria".

(61) Sui trasferimenti di sede delle holding in regime di Pex si permette di rinviare ad A. Righini, *Aspetti civilistici e fiscali del "ritorno a casa" delle holding estere*, cit.

(62) D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni ed integrazioni

Art. 176

Regimi fiscali del soggetto conferente
e del soggetto conferitario
(comma 3)

3. Non rileva ai fini dell'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, il conferimento dell'azienda secondo il regime di continuità dei valori fiscali riconosciuti di cui al presente articolo e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire dell'esenzione totale di cui all'articolo 87, o di quella parziale di cui agli articoli 58 e 67, comma 1, lettera c).

(63) Infatti operare attraverso una società organizzata con diramazioni in altri Stati costituite da SO determina l'applicabilità a tutte le SO dei soli Trattati contro le doppie imposizioni conclusi dallo Stato in cui è residente la casa madre. Sul punto D. Stevanato, *Il Diritto tributario nei rapporti internazionali*, Collana diretta da Raffaello Lupi, "Il Sole-24 Ore", 2003, pag. 216. La SO di un soggetto non residente, pur essendo considerata quale fonte autonoma di produzione del reddito nel territorio dello Stato, cui si ricollega il diritto di tassazione del reddito d'impresa ivi prodotto, non assume mai autonomia soggettiva giuridica rispetto alla casa madre cui occorre fare esclusivo riferimento per i concetti di "persona" e "residenza" previsti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni. In tale senso si è espresso anche il Ministero con nota n. 12/510 del 29 gennaio 1979 (in "il fisco" n. 5/1979, pag. 471), il quale ha affermato che la SO non può essere considerata soggetto giuridico distinto dalla casa madre stessa, e che le SO all'estero