



Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale in
Amministrazione, Finanza e
Controllo

Tesi di Laurea

La disciplina fiscale delle
fusioni transnazionali

Relatore

Ch. Prof. Maurizio Interdonato

Laureando

Silvia Maitan

Matricola 842824

Anno Accademico

2016 / 2017

INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. 6
-------------------	--------

CAPITOLO 1

La Fusione Transnazionale nel contesto Europeo: la X Direttiva

1.1. Il Mercato Unico Europeo.....	pag. 10
1.2. La X Direttiva	pag. 15
1.2.1. Ambito di applicazione.....	pag. 15
1.2.2. I passaggi per avviare il processo: il progetto di fusione, la pubblicità, la relazione degli amministratori e degli esperti indipendenti, approvazione e controllo di legittimità.....	pag. 20
1.2.3. L'efficacia e gli effetti della fusione.....	pag. 26

CAPITOLO 2

La fusione transnazionale secondo la Direttiva 90/434/Ce

2.1. Aspetti generali.....	pag.29
2.2. Ambito di applicazione soggettivo.....	pag.30
2.3. Il principio di neutralità.....	pag.32
2.4. La riserva in sospensione d'imposta.....	pag.37
2.5. Il riporto delle perdite e la sentenza Marks & Spencer.....	pag.38
2.6. Il trattamento del disavanzo.....	pag.45
2.7. Conferimento del patrimonio in una Stabile Organizzazione.....	pag.47
2.8. Cinque fattispecie di fusioni transnazionali.....	pag.49
2.9. Approfondimento sull'implementazione della Direttiva 90/434/Ce.....	pag.57

CAPITOLO 3

La Libertà di stabilimento

3.1.	Le libertà fondamentali.....	pag.60
3.2.	Il concetto di residenza.....	pag.63
3.2.1.	Il Criterio di Collegamento di natura Formale ed il Criterio di Collegamento di natura Sostanziale.....	pag.65
3.2.2.	La residenza europea.....	pag.67
3.2.3.	La residenza in Italia.....	pag.69
3.3.	La libertà di stabilimento.....	pag.71
3.4.	L'orientamento della Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento.....	pag.76
3.5.	La restrizione alla libertà di stabilimento.....	pag.80
3.6.	La sentenza Sevic.....	pag.84
3.6.1.	Il caso.....	pag.84
3.6.2.	Il giudizio della Corte di Giustizia.....	pag.85
3.6.3.	Le conseguenze pratiche della Sentenza.....	pag.87
3.6.4.	Le conclusioni.....	pag.88
3.7.	La Società Europea.....	pag.89
3.7.1.	La costituzione della Società Europea.....	pag.91
3.7.2.	Il trasferimento della sede della Società Europea.....	pag.93
3.7.3.	Analisi comparativa tra il trasferimento della sede sociale della Società Europea e la fusione transfrontaliera.....	pag.96

CAPITOLO 4

Le fusioni transfrontaliere nella disciplina interna

4.1.	Come l'Italia ha recepito la X Direttiva sulle fusioni transnazionali.....	pag.98
4.1.1.	Definizioni e ambito di applicazione. Gli Art 1, 2 e 3 del D.Lgs n. 108/2008.	pag.99
4.1.2.	La disciplina applicabile. L'Art 4 del D.Lgs n. 108/2008.....	pag.102
4.1.3.	Il Diritto di recesso. L'Art 5 del D.Lgs n. 108/2008.....	pag.102

4.1.4. Il progetto comune di fusione transfrontaliera, la Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e le due relazioni. Gli Art 6, 7, 8 e 9 del D.Lgs n. 108/2008.....	pag.104
4.1.5. La decisione sulla fusione transfrontaliera. L'Art. 10 del D.Lgs n. 108/2008.	pag.107
4.1.6. Il certificato preliminare e controllo di legittimità della fusione transfrontaliera. Gli Art. 11 e 13 del D.Lgs n. 108/2008.....	pag.108
4.1.7. Atto di fusione transfrontaliera e la sua pubblicità. Gli Art. 12 e 14 del D.Lgs n. 108/2008.	pag.110
4.1.8. L'efficacia, gli effetti e l'invalidità della fusione transfrontaliera. Gli Art 15, 16 e 17 del D.Lgs n. 108/2008.....	pag.111
4.2. Aspetti fiscali della fusione transfrontaliera in Italia.....	pag.112
4.2.1. Il principio della Neutralità fiscale	pag.113
4.2.2. Il principio del realizzo dei beni non confluiti nella Stabile Organizzazione.....	pag.115
4.2.3. Il principio del realizzo della Stabile Organizzazione dell'incorporata sita in un Paese terzo.	pag.115
4.2.4. Il valore di iscrizione dei beni dell'incorporata.....	pag.116
4.2.5. La limitazione all'utilizzo delle perdite.....	pag.117
4.2.6. La retrodatazione degli effetti fiscali della fusione transfrontaliera.	pag.118
4.2.7. Il principio di neutralità applicato alla tassazione dei soci.....	pag.119
4.3. Exit Taxation.....	pag.120
4.3.1. Il quadro generale dell'Exit Tax.....	pag.120
4.3.2.L'evoluzione della giurisprudenza europea in materia di Exit Tax.....	pag.121
4.3.3. La disciplina dell' Exit Taxation in Italia.....	pag.123
4.3.4. L'ambito di applicazione soggettivo dell'Exit Tax.....	pag.126
4.3.5. Il calcolo della plusvalenza latente.....	pag.127
4.3.6. L'utilizzo delle perdite nella disciplina dell'Exit Tax.....	pag.128
4.3.7. Due possibili alternative: il regime di sospensione e l'opzione di rateizzazione.....	pag.129
4.3.8. Questioni irrisolte in materia di exit tax.....	pag.131

4.4. La fusione transfrontaliera inversa: la ristrutturazione del gruppo Fiat Industrial S.p.a.....	pag.133
--	----------------

CAPITOLO 5

L'ELUSIONE FISCALE NELLA DISCIPLINA DELLE FUSIONI

TRANSFRONTALIERE

5.1. Il fenomeno dell'elusione fiscale nelle operazioni di riorganizzazione aziendale	pag.136
5.1.1. La pianificazione fiscale attraverso le operazioni straordinarie....	pag.138
5.2. L'elusione fiscale a livello comunitario.....	pag.140
5.2.1. L'Art. 11 della Direttiva 90/434/Ce.....	pag.140
5.2.2. Il caso Leur-Bloem.....	pag.142
5.2.3. Il caso Daily Mail.....	pag.144
5.3. L'elusione fiscale nella normativa italiana	pag.145
5.3.1. Le valide ragioni economiche.....	pag.146
5.3.2. L'assenza di sostanza economica.....	pag.148
5.3.3. L'indebito vantaggio fiscale.....	pag.149
5.3.4. Il caso della Biochem Immunosystems Italia s.p.a.....	pag.150
 CONCLUSIONI.....	 pag.152
 BIBLIOGRAFIA	 pag.157
 SENTENZE	 pag.166

INTRODUZIONE

L'ambiente economico in cui operano le imprese è dinamico ed in continuo mutamento. Le società per risultare all'avanguardia e competitive si devono adattare alle esigenze emergenti.

Le nuove forme di mercato impongono delle modifiche alle strutture aziendali, le quali devono ingrandirsi per potersi espandere nei vari mercati.

Il legislatore europeo ha percepito queste nuove esigenze e ha cercato di reagire al cambiamento attraverso la creazione di un Mercato Unico Europeo. Per riuscire a perseguire questo obiettivo egli ha promosso l'utilizzo di specifici strumenti a disposizione delle imprese appartenenti ai differenti Paesi membri.

Favorire la mobilità delle società all'interno dell'Unione Europea serve a rispondere al fenomeno della crescente globalizzazione, la quale azzerando le distanze tra le varie parti del Mondo ha facilitato la nascita delle multinazionali.

Le imprese di grandi dimensioni non appartenenti all'UE rischiano di invadere anche il Mercato Europeo e pertanto questo deve tutelarsi aiutando le imprese dei singoli Stati comunitari ad espandersi e contrapporsi a tale fenomeno.

In questa tesi si analizza la disciplina delle fusioni transfrontaliere, operazioni che consentono di coinvolgere due o più società di due o più Stati membri dell'Unione Europea. Il legislatore ha riconosciuto l'importanza strategica di tale strumento aziendale perché permette alle imprese di crescere velocemente e di risultare competitive a livello mondiale.

L'Europa è formata da tanti Stati con differenti legislazioni interne che difficilmente si conciliano, pertanto il compito del legislatore comunitario è quello di emanare delle Direttive, Regolamenti, Decisioni, Raccomandazioni o Pareri che permettano di armonizzare le singole leggi nazionali.

Nel processo di affermazione della fusione transfrontaliera si sono riscontrati numerosi ostacoli posti dai vari Stati membri.

Nel Capitolo 1 del presente elaborato si analizza la X Direttiva, ovvero la normativa comunitaria che ha permesso di allineare la disciplina delle fusioni transfrontaliere nei Paesi UE.

Fino al 2005, anno in cui è stata emanata la Direttiva, non tutti gli Stati autorizzavano e riconoscevano il compimento della fusione transnazionale, dato che non era

regolamentata dal punto di vista civilistico a livello comunitario. Pertanto i Paesi erano liberi di applicare la loro disciplina interna.

Questa Direttiva permette di apprezzare quanto descritto in precedenza in merito all'esigenza di stimolare l'utilizzo dello strumento della fusione intracomunitaria per creare delle realtà di dimensioni apprezzabili per essere competitive.

Nel secondo capitolo si fa riferimento alla Direttiva 90/434/Ce, la quale supporta e completa le disposizioni della X Direttiva perché disciplina gli aspetti fiscali della fusione transnazionale.

Le operazioni straordinarie intracomunitarie godono di regimi fiscali agevolati perché il legislatore UE vuole incentivare i soggetti ad utilizzarle per migliorare la propria realtà aziendale ed acquistare maggior valore sul mercato mondiale.

Si evidenzia, in particolare, il principio di neutralità, il quale è il principio cardine che governa l'operazione di fusione e ne contraddistingue la convenienza.

Le società non sono soggette a tassazione qualora pongano in atto una fusione.

Questo principio si caratterizza per mantenere la continuità dei valori fiscali e la continuità dei rapporti giuridici preesistenti all'operazione.

Tale presupposto deve risultare bilanciato con l'esigenza degli Stati membri di non perdere gettito imponibile, quindi vengono introdotte delle disposizioni volte a tutelare questo aspetto. Ad esempio nelle riserve in sospensione d'imposta sono contabilizzate le plusvalenze latenti che emergono al momento della fusione transfrontaliera, che non devono, però, costituire momento di realizzo della tassazione.

Inoltre si evidenziano alcune criticità nel recepimento della Direttiva 90/434/Ce da parte degli Stati membri che sottolineano come sia difficile armonizzare normative fiscali differenti.

Nel terzo capitolo si affronta il tema della libertà di stabilimento, una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Tale libertà risponde all'esigenza del legislatore comunitario di creare uno spazio economico europeo che permetta agli agenti economici di poter costituire e gestire delle imprese in altri Stati membri dell'Unione Europea, ai sensi degli Articoli 49 e 54 del TFUE.

Questo diritto da un lato è direttamente collegato alle fusioni transfrontaliere in quanto autorizza le società di diversi Paesi membri a fondersi e dall'altro è strettamente connesso al concetto di residenza. Quest'ultima consente agli Stati in cui

si trasferiscono le persone giuridiche di imporre il loro regime impositivo, secondo quanto previsto dal diritto di stabilimento.

La residenza fiscale in un Paese membro si ottiene soddisfacendo un criterio di collegamento che può avere natura formale o sostanziale. In particolare si fa riferimento alle modalità utilizzate dall'Italia per definire un soggetto residente nel territorio nazionale.

Si analizza nello specifico come gli interventi della Corte di Giustizia Europea siano stati determinanti nell'affermazione di tale libertà di stabilimento, infatti vengono considerate numerose sentenze che definiscono l'evoluzione della disciplina come nei casi Centros, Cartesio e Uberseering.

In tale Capitolo si affronta anche il caso Sevic, ovvero la sentenza più rappresentativa ed emblematica che permette di constatare come venga applicata la libertà di stabilimento alle fusioni transfrontaliere.

I principi emanati in questa sentenza sono stati un punto di riferimento per la disciplina delle fusioni transnazionali ed hanno affiancato quanto previsto dalla X Direttiva.

Il legislatore comunitario prima di emanare la Direttiva sulle fusioni transnazionali, che ha consentito di uniformare la disciplina, aveva compiuto altri tentativi di armonizzazione introducendo l'istituto della Società Europea, analizzata nel paragrafo 3.7.

Nel capitolo quattro si descrivono le modalità attraverso cui vengono disciplinate le fusioni transfrontaliere nella normativa nazionale, specificando come l'Italia abbia recepito la X Direttiva attraverso il D. Lgs. n. 108/2008.

Le disposizioni italiane sono figlie di quelle comunitarie pertanto nella stesura della tesi si è preferito analizzare prima gli aspetti generali e successivamente quelli più specifici ed analitici interni.

In particolare si esaminano gli ulteriori adempimenti richiesti dal legislatore nazionale per portare a termine correttamente una fusione transfrontaliera rispetto a quelli previsti per la fusione domestica e rispetto anche a quelli più generali stabiliti dalla Direttiva 2005/56/Ce.

Inoltre in questo studio ci si sofferma sugli aspetti fiscali della fusione transfrontaliera, considerando che in Italia le norme di riferimento sono gli Articoli 178-181 del Testo Unico.

Questi garantiscono la neutralità fiscale in linea con le disposizioni della Direttiva 90/434/Ce e distinguono le normative a seconda che la società risultante sia residente o non residente.

In tale ambito risulta rilevante l'analisi delle Exit Tax, ai sensi dell'Art. 166 del TUIR.

Lo Stato italiano ha introdotto questo meccanismo per tutelarsi dalla possibile perdita di gettito imponibile che si può verificare a seguito della fusione transnazionale.

Le imposte vengono applicate ad un reddito maturato, ma non ancora realizzato e nel capitolo si analizza nello specifico come la Corte di Giustizia ed i legislatori comunitario e nazionale siano intervenuti in materia. E' necessario bilanciare le esigenze degli Stati e quelle dei contribuenti, i quali non devono risultare penalizzati attraverso la tassazione all'uscita di un reddito che non è ancora stato monetizzato.

La sentenza National Grid Indus BV ha aiutato a sviluppare la disciplina delle Exit Tax. A seguito dell'analisi di tale caso la Corte ha disposto quattro principi che successivamente hanno assunto portata generale.

Nel quinto ed ultimo capitolo si illustra il fenomeno dell'elusione fiscale nelle operazioni di fusione transnazionale, infatti queste possono essere utilizzate solamente per conseguire vantaggi fiscali senza creare un valore aggiunto.

A livello comunitario tale aspetto è disciplinato dall'Art. 11 della Direttiva 90/434/Ce ed integrato da alcune sentenze della Corte di Giustizia Europea.

L'Art. 37-bis del DPR 600/1973 e successivamente l'Art. 10-bis l.212/00 presenti nella normativa italiana definiscono le caratteristiche di un'operazione straordinaria transfrontaliera elusiva, ponendo particolare attenzione ai termini utilizzati come "indebito vantaggio fiscale" e "valide ragioni economiche", le quali devono sussistere affinché un'operazione non si configuri come elusiva.

Nella presente tesi sulla disciplina delle fusioni transfrontaliere si descrivono tutti gli aspetti comunitari e nazionali, cercando di porre particolare attenzione alle implicazioni e conseguenze fiscali.

E' anche grazie alle agevolazioni fiscali che caratterizzano tali operazioni che i soggetti risultano inclini ad utilizzare questi strumenti e ad aprirsi ai nuovi mercati. Ciò consente al legislatore comunitario di raggiungere l'obiettivo primario di unificazione dello "spazio economico europeo".

CAPITOLO 1: LA FUSIONE TRANSNAZIONALE NEL CONTESTO EUROPEO: LA X DIRETTIVA

1.1. Il Mercato Unico Europeo

La X Direttiva sulle Fusioni Transnazionali è stata emanata per rispondere all'esigenza di rafforzare il Mercato Unico Europeo, nel quale le imprese dei Paesi membri possono integrarsi e fondersi dando vita a realtà aziendali più grandi e più competitive rispetto a quelle che si costituirebbero nei singoli mercati interni.

Lo scopo principale dell'Unione Europea è, infatti, creare un mercato nel quale si possa garantire alle aziende di aggregarsi e di raggiungere un livello di integrazione tale per cui queste possano competere sui mercati globali.

La Direttiva del 26 ottobre 2005 ha come obiettivo la modernizzazione del diritto societario europeo attraverso il raggiungimento di due risultati connessi tra loro.

Il primo si riferisce allo sviluppo dei mercati interni degli Stati membri dell'Unione Europea, mentre il secondo riguarda la cooperazione tra le imprese operanti nel sistema europeo e il rafforzamento della competitività di queste rispetto ai mercati extracomunitari¹.

Il Trattato CE si fonda sui principi di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, infatti esso nasce come un accordo commerciale alla cui base c'è la realizzazione di un'unione doganale che consenta alle merci di essere scambiate liberamente.² Questo si riscontra nella definizione fornita dall'ex Art. 14 del Trattato CE, oggi Art 26, che descrive il Mercato Unico Europeo: "il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato"³. Pertanto le imprese degli stati membri si trovano ad operare in uno spazio economico costituito dalla fusione dei singoli mercati nazionali i quali dovrebbero

¹ A.Carducci Artensio, Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, 3437.

² Sacchetto, La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete, Giappichelli, 2001, sezione I, pag. 137

³ Art. 26 Titolo I del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

funzionare come un mercato interno, con la particolarità che esso viene governato da una pluralità di fonti aventi pari valore⁴.

Questo obiettivo non è ancora stato raggiunto totalmente dato che i singoli Paesi membri hanno un proprio ordinamento e proprie regole ed è molto difficile allineare tutti i singoli Stati verso un'unica e comune esigenza. Il legislatore europeo sta emanando Direttive ed altri atti volti a favorire il conseguimento di questo risultato.

I vantaggi che si traggono dalla creazione del Mercato Unico Europeo sono molteplici sia dal punto di vista economico che fiscale: ci si riferisce alla possibilità di sfruttare le economie di scala derivanti dalla costituzione di imprese di grandi dimensioni e per le piccole imprese si apre la possibilità di esportare in mercati transnazionali, ai quali non avrebbero mai potuto accedere.

Il Mercato Unico permette anche un accesso facilitato ai finanziamenti, che vengono concessi dall'Unione Europea per permettere la realizzazione dell'interesse generale come ad esempio consente ai fondi di Venture Capital, stabiliti in uno Stato membro, di poter finanziare liberamente anche le aziende degli altri Paesi membri⁵.

L'Europa per favorire le imprese dei propri Stati membri e per rispondere alle esigenze della sempre crescente globalizzazione, ha dovuto adeguarsi emanando Direttive che perseguissero l'obiettivo di integrazione transnazionale.

La globalizzazione, infatti, è il fenomeno che ha reso possibile l'estensione dei confini economici e produttivi ad aree geografiche sempre più vaste grazie a: una maggiore mobilità delle persone fisiche e dei beni, una elevata interdipendenza tra imprese che operano in varie parti del Mondo e ad un crescente scambio di informazioni e competenze tra aziende dislocate in Paesi diversi⁶.

In questo contesto la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata in svariate occasioni tutelando la libertà di circolazione di merci, persone fisiche, servizi e capitali, condannando e vietando qualsiasi ostacolo a queste ultime.

All'interno del terzo capitolo si chiarisce, attraverso un'analisi più approfondita, il concetto di libertà di stabilimento delle società che rappresenta una delle libertà

⁴ Benedettelli, Diritto Internazionale privato delle società e ordinamento comunitario, Picone, Padova, 2004, pag. 217

⁵ S. Balsamo Tagnani, Mobilità transnazionale e stabilimento delle società nell'odierno mercato unico europeo, Contratto e Impresa, Europa, 2015, pag. 285-316

⁶ E. Condoleo, Internazionalizzazione e delocalizzazione. Strategie e processi per la migrazione delle aziende, Giuffrè, Varese, 2015

fondamentali riconosciute dall'Unione Europea e grazie alla quale le imprese sono legittimate ad effettuare fusioni transfrontaliere.

In questo contesto quando si utilizza il termine "transfrontaliero" o "transnazionale" ci si riferisce più propriamente a fusioni intracomunitarie, infatti si fondono due o più società appartenenti ad uno o più Stati Membri dell'Unione Europea.

Nelle operazioni di riorganizzazione intracomunitaria si richiede come requisito fondamentale, affinché venga rispettato il carattere di transnazionalità, la presenza di: "un'organizzazione originaria" residente in uno Stato membro ed una "organizzazione derivata" residente in uno Stato differente⁷.

Pertanto l'ambito di applicazione della X Direttiva comprende le operazioni che coinvolgono società appartenenti alla Comunità Europea ed ha come obiettivo principale quello di eliminare nelle legislazioni dei singoli Stati tutto ciò che possa costituire un ostacolo giuridico e amministrativo alla realizzazione delle fusioni transfrontaliere⁸.

L'adesione all'Unione Europea comporta l'inserimento in un contesto sovranazionale il quale implica l'obbligo di rispettare i principi dettati dai trattati e dagli atti emanati dal legislatore europeo, che sono: regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.

Questi atti sono le fonti del diritto Europeo e sono regolamentati dall'Art 288 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea o Trattato di Roma).

Nello specifico i regolamenti sono degli atti di portata generale e sono direttamente applicabili dagli Stati membri, infatti è precluso agli Stati che recepiscono il regolamento emanare delle leggi che ripropongano la stessa materia del regolamento stesso.

Le direttive si differenziano dai regolamenti, in quanto, gli Stati membri, a cui sono rivolte, hanno il dovere di recepire la direttiva emanata. Il legislatore comunitario, però, lascia una certa autonomia circa le modalità con le quali vengono recepite, infatti gli Stati sono lasciati liberi di scegliere gli strumenti di diritto interno per la loro attuazione.

Non hanno portata generale, ma producono effetti obbligatori e vincolanti per i Paesi membri. La caratteristica principale delle direttive è che il loro recepimento implica il

⁷ C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005

⁸ A. Najjari-Peron, le fusioni transfrontaliere di società di capitali, Contr. Imp., Europa, 2005, fascicolo 2, pag. 709 e ss.

raggiungimento dello stesso risultato finale da parte degli Stati membri coinvolti, ai quali viene lasciato un certo margine di discrezionalità⁹.

Le decisioni sono atti obbligatori, di portata individuale e sono indirizzate verso un destinatario specifico ed hanno efficacia diretta.

Le raccomandazioni ed i pareri, infine, non sono atti vincolanti, ma i giudici dei singoli Stati devono considerarli per interpretare correttamente le norme nazionali o altri atti europei¹⁰.

Le fusioni transfrontaliere, in analisi, hanno come fonte del diritto europeo una Direttiva emanata il 26 ottobre 2005, ovvero X Direttiva¹¹, che è il risultato di un processo di elaborazione durato circa quarant'anni, questo è un indice dell'importanza di questo tema per il legislatore comunitario.

I primi interventi risalgono al 1965, con l'art. 293 del Trattato Ce, il quale prevedeva la costituzione di una commissione di esperti che aveva il compito di stipulare una convenzione che agevolasse le fusioni tra le società dei Paesi membri dell'Unione Europea.

Otto anni dopo gli esperti elaborarono un progetto che non venne mai attuato a causa di molte lacune, si prevedevano, infatti, numerosi rinvii alle legislazioni nazionali dei singoli Stati e pertanto si riscontava poca coerenza ed armonizzazione per regolare in modo adeguato il processo di fusione transnazionale.

A seguito di questo primo tentativo il legislatore comunitario ha compreso la direzione nella quale rivolgere gli interventi successivi, infatti lo scopo era quello di modificare le legislazioni nazionali dei singoli Paesi membri verso una disciplina comune. Nel 1978 viene emanata la III Direttiva, Dir. 78/855/CE, che ha permesso di avvicinare le norme dei singoli Stati, ma non ha raggiunto pienamente lo scopo prefissato.

Pertanto nel 1984 è stato presentato il progetto della X Direttiva in materia di fusioni transfrontaliere, il quale venne attuato definitivamente solo nel 2005. Questa proposta di Direttiva presentava due problemi che ne hanno ritardato la sua emanazione.

⁹ Le Direttive *Self executing* sono delle direttive che hanno la particolarità di essere chiare, incondizionate e sufficientemente precise e quindi possono essere direttamente applicabili nelle legislazioni nazionali. Sono direttive che enunciano obblighi attraverso l'utilizzo di termini non equivoci.

¹⁰ R. Baggio e L. Tosi, Lineamenti di diritto tributario internazionale, Cedam, Vicenza, 2016.

¹¹ Direttiva 2005/56/CE

Il primo si riferiva alle numerose differenze del regime fiscale adottato dai singoli Stati membri in materia di fusioni, il quale venne risolto nel 1990 con l'approvazione della Direttiva 90/434/CE¹².

Il secondo ostacolo riguardava l'assenza di una tutela adeguata ai lavoratori delle società coinvolte nell'operazione, e questo ha comportato il ritiro della proposta della Direttiva del 1984 con conseguente sostituzione con un altro progetto approvato successivamente nel 2005. Quest'ultimo è in vigore ancora oggi ed è stato recepito dagli Stati membri, ed è l'oggetto di analisi dei paragrafi successivi.

E' bene sottolineare come la X Direttiva sia il completamento della Direttiva 90/434/CE, quest'ultima ha risolto ed armonizzato il regime fiscale delle operazioni straordinarie transfrontaliere tra i vari Stati membri, ma non disciplina il profilo civilistico. Pertanto alcuni Paesi, come ad esempio la Germania, fino al 2005 non avevano attuato la direttiva per disciplinare le fusioni e scissioni transfrontaliere a causa di questo vuoto normativo dal punto di vista civilistico¹³.

La X Direttiva risolve questo problema e fornisce un quadro più completo di tutti gli aspetti relativi alla fusione transnazionale, specificandone: l'ambito di applicazione, le condizioni, il progetto comune di fusione, la pubblicità, le varie relazioni degli amministratori e degli esperti, il controllo di legittimità e l'efficacia della fusione.

¹² *Direttiva 90/434/CEE del Consiglio*, del 23 Luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi.

¹³ A. Pantano, *Fusioni transfrontaliere di società: ostacoli e prospettive europee/Aspetti comparatistici*, *Le Società*, 1995, fascicolo 9, pag. 1259 e ss.

1.2. La X Direttiva

1.2.1. Ambito di applicazione

I primi quattro Articoli della Direttiva 2005/56/CE riguardano l'ambito di applicazione, i destinatari e le condizioni attraverso cui si possono verificare le Fusioni transfrontaliere.

In particolare l'Art 1 stabilisce che: "La presente direttiva si applica alle fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nella Comunità a condizione che almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi (in seguito denominate "fusioni transfrontaliere")"¹⁴.

Pertanto l'articolo fa riferimento alla fusione di società di capitali situate all'interno della Comunità Europea.

Andando ad analizzare in maniera più dettagliata i singoli aspetti è bene soffermarsi sulla definizione di fusione che è un'operazione mediante la quale due o più società trasferiscono il loro patrimonio attivo e passivo ad un'altra società, che può essere preesistente o di nuova costituzione.

Ai sensi dell'Art 2, paragrafo 2, lett. a), b) e c) della X Direttiva esistono tre tipologie diverse di fusione: la fusione per incorporazione, la fusione per unione e la fusione per incorporazione della controllata detenuta al 100% da parte della controllante.

In particolare per fusione per incorporazione si intende un'operazione che prevede l'estinzione di una delle due società, la quale traspone tutto il suo patrimonio in un'altra società preesistente, chiamata incorporante. Ai soci della società incorporata vengono attribuiti titoli della società incorporante o eventualmente è previsto un conguaglio in denaro non superiore al 10% del valore nominale di tali titoli o, in mancanza del valore nominale, della loro parità contabile¹⁵.

Per quanto riguarda la fusione per unione, invece, due o più società si fondono trasferendo il loro patrimonio ad una società di nuova costituzione. La NewCo è una società costituita appositamente per permettere il completamento della fusione mentre le società preesistenti cessano di esistere.

¹⁴ Art. 1 Dir. 2005/56/CE

¹⁵ Il conguaglio deve essere autorizzato dalla normativa di almeno una delle due legislazioni degli Stati membri a cui appartengono le società coinvolte nella fusione.

Anche in questo caso ai soci delle società fuse spettano titoli o quote della NewCo o eventuale conguaglio in denaro non superiore al 10% del loro valore nominale o, in mancanza di quest'ultimo, della loro parità contabile¹⁶.

Infine alla lettera c) il legislatore considera anche il caso particolare che riguarda le fusioni transnazionali per incorporazione, nell'ipotesi in cui l'incorporante detenga il 100% delle partecipazioni dell'incorporata, quindi la società incorporata è già controllata al 100% dalla sua incorporante.

Un altro aspetto da sottolineare è che il legislatore comunitario, quando definisce le diverse tipologie di fusione, specifica che si tratta di un atto di "scioglimento senza liquidazione". La dottrina ha discusso molto su tale aspetto cercando di qualificare e dare una corretta interpretazione a questa affermazione, ed è pervenuta a classificarla come una vicenda modificativa-evolutiva delle realtà preesistenti e separate¹⁷.

Pertanto non è una vera e propria estinzione ed interruzione della società incorporata, ma si deve parlare più propriamente di unificazione delle società partecipanti che danno vita ad un soggetto nuovo che è il risultato dell'evoluzione delle due o più realtà aggregate.

La nuova società risultante dalla fusione, sia essa per unione o per incorporazione, assume tutti i diritti e gli obblighi delle società che partecipano alla fusione e prosegue in tutti i loro rapporti preesistenti.

Per quanto riguarda i soggetti che possono effettuare la fusione transnazionale, l'Art 1, come esposto in precedenza, afferma che le fusioni possono avvenire tra società di capitali, e nell'Art. 2 paragrafo 1 il legislatore ne dà una definizione.

Alla lettera a) si rinvia alle società individuate dall'Art. 1 della Direttiva 68/151/CE¹⁸, in quest'ultima si elencano in maniera specifica e dettagliata per ogni Paese membro le tipologie di società a cui si rivolge l'atto, quindi per l'Italia rientrano: la società per azioni, la società in accomandita per azioni e la società a responsabilità limitata.

Alla lettera b) del paragrafo 1, si definiscono in modo generico le società come enti dotati di: personalità giuridica, patrimonio distinto in grado di rispondere

¹⁶ Vedi nota 10

¹⁷ Santagata, Le fusioni in Trattato delle società per azioni, Utet, Torino, 2004, pag.59 e ss.

¹⁸ Prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare le garanzie richieste alle società degli Stati membri del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi.

autonomamente dei debiti contratti dalla società e di garanzie richieste dalla Direttiva 68/151/CEE poste a tutela degli interessi dei soci e dei terzi.

In questo modo rimane aperta la possibilità, per il legislatore nazionale, di poter decidere se includere o meno tra i soggetti autorizzati ad effettuare la fusione transnazionale, anche le società cooperative¹⁹.

Per questa categoria di società non è prevista una specifica ed esplicita esclusione, e quindi gli Stati sono liberi di scegliere. Ad esempio L'Italia ha riconosciuto la facoltà di compiere fusioni intracomunitarie anche a tale categoria di società.

Questa possibilità è ribadita anche dall'Art 4 della X Direttiva che sostiene che: "Le fusioni transfrontaliere sono possibili solo tra tipi di società a cui la legislazione nazionale degli Stati membri interessati consente di fondersi". Pertanto sono i Paesi che decidono quali società sono autorizzate a fondersi in base a ciò che prevede la loro legge interna.

In Italia ad esempio, ai sensi dell'Art. 2445 cc, le società cooperative possono fondersi tra di loro e ai sensi dell'Art. 2545 cc possono trasformarsi in società lucrative, se non hanno la caratteristica di mutualità prevalente o viceversa società di capitali possono trasformarsi in società cooperative ai sensi dell'Art 2500 cc. La disciplina del codice civile permette di includere anche tale categoria ai fini della fusione transnazionale, ma questo non avviene in tutti i Paesi membri.

La legislazione nazionale ha un ruolo molto importante nello stabilire quali soggetti possono essere coinvolti nelle fusioni transfrontaliere, infatti nell'Art 4 della Direttiva 2005/56/CE alla lettera b), si afferma che laddove una fusione a livello nazionale sia impossibile perché lesiva degli interessi di ordine pubblico, allora risulta tale anche a livello transnazionale.

Per meglio comprendere tale enunciazione, si possono considerare le specifiche disposizioni del legislatore italiano in materia di vigilanza, infatti la Consob interviene nel verificare la legittimità di alcune tipologie di operazioni.

Ad esempio la Consob può richiedere una maggiore trasparenza alle società controllate, controllanti e collegate a società che hanno la sede legale in Stati che non garantiscono la trasparenza societaria.

¹⁹ Le società cooperative sono delle società che hanno come scopo principale quello di soddisfare i bisogni della persona (socio della cooperativa), lo scopo mutualistico, e non lo scopo di lucro, è la caratteristica di questo tipo di società.

In tali società si cerca di fornire ai propri soci dei beni, servizi o lavoro a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle del mercato.

Un altro intervento della Consob riguarda le verifiche in materia di fusioni tra società quotate e non quotate e la richiesta di specifici adempimenti.

Pertanto se l'organo di vigilanza non permette la fusione di alcune società a livello nazionale, questa decisione è valida anche a livello europeo, e gli altri stati coinvolti nella fusione transfrontaliera devono adeguarsi a tale imposizione²⁰.

Emerge quindi una certa "debolezza" della Direttiva rispetto alle legislazioni dei singoli Stati ed infatti si può constatare come il legislatore comunitario non sia riuscito ad imporsi e non abbia ottenuto una corsia preferenziale rispetto alle operazioni domestiche.²¹

Per completare l'analisi dei soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione della X Direttiva si deve considerare il comma 3 dell'Art. 3 il quale pone loro dei limiti ben precisi.

Il legislatore comunitario esclude la possibilità di applicare la normativa alle fusioni transfrontaliere se queste comprendono nel progetto anche società che hanno per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico. Questo tipo di società in Italia sono rappresentate dalle SGR e SICAV²².

L'Art. 4 della Dir. 2005/56/Ce da' indicazioni generali in merito alle condizioni da rispettare per poter porre in atto una fusione transnazionale e conclude la fase introduttiva che definisce la parte preliminare all'atto di fusione. Gli articoli successivi sono molto più specifici e disciplinano i passaggi da compiere per portare a termine in maniera efficace il processo di fusione.

Come sottolineato precedentemente, la condizione principale è il rispetto sia di quanto espresso dalla X Direttiva che il rispetto delle legislazioni nazionali, le quali devono consentire alle società di potersi fondere.

²⁰ A.Carducci Artensio, Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, 3437.

²¹ C. Dominici, La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13.

²² SGR è l'acronimo di Società di Gestione del Risparmio e SICAV è l'acronimo di Società di Investimento a Capitale Variabile, "società avente per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico, che opera secondo il principio della ripartizione del rischio e le cui quote, a richiesta dei possessori, sono riscattate o rimborsate, direttamente o indirettamente, attingendo alle attività di detta società".

G. Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera, Rivista di Diritto Societario, 2007, fascicolo 1, pag. 50.

Inoltre è previsto che si possa compiere una fusione transnazionale a condizione che vengano tutelati gli interessi di soggetti collegati alle varie società partecipanti alla fusione, i cui diritti potrebbero risultare lesi da questo processo. I soggetti considerati sono: i creditori, gli obbligazionisti, i lavoratori ed i soci di minoranza.

Per questi ultimi soci dissenzienti, che non hanno potuto impedire il processo di fusione, ma non ne condividevano la sua attuazione, il legislatore comunitario ha cercato di assicurare loro una protezione adeguata.

Analizzando in maniera più approfondita il testo dell'Art. 4 comma 2, si evidenzia l'espressione "soci di minoranza che si sono opposti". In questo caso il legislatore non risulta sufficientemente chiaro nell'esposizione e quindi possono nascere dei dubbi in merito a quale sia l'interpretazione corretta.

Da una prima analisi, infatti, si potrebbe pensare che ogni Stato membro debba introdurre un diritto di opposizione per i soci di minoranza al pari di quello garantito ai creditori e obbligazionisti in caso di fusione interna. In quest'ultimo caso è un diritto che fornisce garanzie patrimoniali, in quanto i creditori e gli obbligazionisti hanno il diritto di opporsi nel caso in cui non venga conservato adeguatamente il patrimonio necessario al soddisfacimento dei loro crediti²³.

E' difficile ipotizzare di introdurre un diritto simile anche per i soci di minoranza oppositori, poiché i loro interessi risultano diversi rispetto a quelli di creditori ed obbligazionisti, dato che loro partecipano alla compagine societaria e la lesione dei loro diritti non corrisponde ad un diritto ben definito e delineato.

Dal momento che questa interpretazione potrebbe risultare poco corretta, si può considerare una seconda via a tutela i soci oppositori garantendo loro il diritto di recesso dalla società. Tale tutela può prevedere, ad esempio, che i soci favorevoli all'operazione di fusione transfrontaliera siano obbligati ad acquistare le quote dei soci dissenzienti, in modo che sia garantita loro una condizione favorevole²⁴.

Così facendo i soci di minoranza, anche se non hanno potuto impedire alla società di fondersi, non risultano penalizzati dal punto di vista economico.

²³ Santagata, *Le fusioni in Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, pag. 518 e ss.

²⁴ A. Carducci Artensio, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere*, *Giur. comm.*, 2008, 3437.

1.2.2. I passaggi per avviare il processo: il progetto di fusione, la pubblicità, la relazione degli amministratori e degli esperti indipendenti, approvazione e controllo di legittimità.

Per attuare il processo di fusione il legislatore comunitario impone il rispetto di alcuni adempimenti. I vari step che le società devono attuare per poter effettuare la fusione transnazionale in modo corretto ed efficace vengono elencati dall'Art. 5 all'Art. 11 della Direttiva 2005/56/CE.

Inizialmente ogni società coinvolta deve predisporre il progetto comune di fusione transfrontaliera ad opera dell'organo amministrativo o direttivo.

All'interno dell'Art. 5 della Direttiva si elencano tutti gli elementi che devono essere presenti affinché il progetto sia corretto. In sintesi si fa riferimento: alle caratteristiche di forma, denominazione e sede statutaria delle società preesistenti e della nuova società che deriva dalla fusione intracomunitaria, al rapporto di cambio e alle modalità utilizzate per assegnare i vari titoli o quote della società risultante, alla data dalla quale si iniziano a produrre gli effetti della fusione in materia di diritto agli utili e operazioni contabili, ai benefici e alle ripercussioni dell'atto di fusione sulle società che vi partecipano, all'atto costitutivo e allo statuto della società risultante e alle informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che vengono conferiti²⁵.

In merito a questi ultimi è molto importante stabilirne il valore in base all'utilizzo dei criteri ben precisi indicati nella Direttiva n. 434 del 1990, la quale fornisce indicazioni in merito al trattamento fiscale.

La fusione transfrontaliera, infatti, è neutra dal punto di vista fiscale, però possono emergere plusvalenze che vanno individuate ed eventualmente tassate. In seguito si analizzano in maniera più specifica gli aspetti fiscali legati alla tassazione ed al controllo della liceità di tali operazioni. In tale modo i redditi prodotti non sfuggono alla tassazione e che non vengono poste in atto operazioni di carattere elusivo.

Il progetto comune di fusione comprensivo di tutti gli elementi precedentemente elencati, deve essere pubblicizzato almeno un mese prima dalla data in cui

²⁵ C. Dominici, La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13.

l'assemblea generale delibera l'approvazione della fusione²⁶ e il legislatore all'Art. 6 ne descrive le modalità.

La pubblicità è necessaria per consentire ai soggetti che hanno intrapreso dei rapporti con tali società di essere informati ed eventualmente di potersi tutelare nel caso in cui questo atto possa recare loro dei danni.

Si prevede una duplice pubblicità: la prima riguarda la pubblicazione del progetto di fusione in tutti i registri delle imprese dei Paesi membri a cui appartengono le società partecipanti alla fusione. In questo primo comma il legislatore comunitario rinvia alle norme nazionali dei singoli Stati la definizione delle modalità da rispettare.

Il secondo tipo di pubblicità riguarda la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dello Stato membro. Anche in questo caso il legislatore ha come scopo quello di tutelare i soggetti "deboli" ed in modo particolare i creditori e i soci di minoranza, infatti al comma 2 alla lettera b) si richiede di indicare il registro delle imprese nel quale è stata data pubblicità di tutte le indicazioni e di tutti gli atti previsti dettagliatamente dall'Art. 2 della Direttiva 68/151/CE²⁷.

Questo aspetto può essere considerato, come scrive A. Carducci Artenisio nel suo articolo "Dall'Armonizzazione minimale alla decentralizzazione: la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere", una "pubblicità della pubblicità"²⁸ perché vengono rese note le stesse informazioni in una duplice modalità. Pertanto il legislatore si assicura che tutti i soggetti interessati possano venire a conoscenza di tale progetto e che possano verificarne la convenienza o le eventuali conseguenze negative.

Una volta che le società hanno predisposto e dato pubblicità del progetto comune di fusione, devono redigere la relazione prevista dall'art. 7 della X Direttiva ovvero "la relazione dell'organo di amministrazione o di direzione".

Questa relazione deve essere redatta da ciascuna società che partecipa alla fusione intracomunitaria e deve contenere informazioni inerenti all'ambito giuridico ed economico, andando ad individuare le conseguenze dell'atto per i soci, creditori e

²⁶ C. Dominici, *La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo*, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13.

²⁷ La X Direttiva al comma 2 lettera b) fa specifico riferimento all'Art. 3 comma 2 della Direttiva 68/151/CE, ma questo comma rinvia a sua volta all'elenco di indicazioni da fornire ai sensi dell'Art. 2 della Direttiva 68/151/CE i quali devono essere inseriti in un fascicolo che va depositato al registro delle imprese per darne pubblicità.

²⁸ A. Carducci Artenisio, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere*, Giur. comm., 2008, 3437.

lavoratori. Tale relazione, pertanto, risulta diversa per ogni società a differenza del progetto di fusione che deve essere il medesimo per tutti²⁹.

Il legislatore comunitario non specifica se si debba darne apposita pubblicità, come nel caso del progetto di fusione, però è necessario che questa relazione sia resa disponibile ai soggetti interessati almeno un mese prima dell'attuazione della fusione. Anche in questo caso, si dimostra l'importanza di informare i soci, creditori e lavoratori al fine di tutelare i loro interessi.

All'Art. 8 della Direttiva 2005/56/Ce si prevede la redazione di una relazione di "esperti indipendenti", indirizzata ai soci, almeno un mese prima della data dell'assemblea generale per l'approvazione del processo di fusione.

La materia principale di questa relazione riguarda il rapporto di cambio e le modalità con le quali è stato stabilito, inoltre gli esperti devono valutare la congruità dei metodi utilizzati per determinarlo³⁰.

L'art. 8 della Direttiva prevede che tali esperti indipendenti possano essere sia persone fisiche che giuridiche³¹ e rinvia alle società coinvolte e alla legislazione nazionale dei singoli Stati la loro designazione.

E' prevista la possibilità che più Stati membri nominino uno o più esperti per la redazione di un'unica relazione, quindi si tratta di una designazione congiunta.

In questo caso è fondamentale che la nomina avvenga attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria, o amministrativa, di uno dei Paesi membri a cui appartiene la società che utilizza la relazione congiunta e che tale nomina avvenga secondo le regolamentazioni di quello Stato³².

Questi sono gli aspetti generali della relazione degli esperti indipendenti, però ci sono alcuni casi nei quali è possibile non redigerla perché non viene espressamente richiesta. Non è necessaria la relazione degli esperti nel caso in cui l'incorporante detenga tutti i titoli e tutte le quote che garantiscono il diritto di voto in assemblea generale e nel caso in cui l'incorporante detenga il 90% delle quote della società

²⁹ Santagata, *Le fusioni in Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, pag. 449 e ss.

³⁰ Gli elementi che devono essere oggetto della relazione degli esperti indipendenti, e dei quali ne è stata fornita una sintesi, si riferiscono a quelli indicati nell'Art. 10, paragrafo 2, della Direttiva 78/855/Ce del Consiglio del 9 ottobre 1978, relativa alle fusioni di società per azioni.

³¹ In Italia gli esperti indipendenti si individuano, ai sensi dell'Art. 2501-sexies cc, tra i revisori contabili e tra le società di revisione i quali sono i soggetti designati al controllo contabile.

³² In alcuni casi è possibile che la designazione degli esperti indipendenti venga richiesta dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro secondo la legislazione di tale Paese a favore di una singola società, e poi la stessa autorità giudiziaria può decidere di abilitare anche le altre società coinvolte ad usufruire di tale procedura. Art. 8, paragrafo 2, 2^a pt., direttiva 2005/56/Ce.

incorporata. Questo si può evitare solo se previsto anche dalla legislazione nazionale dei Paesi delle società partecipanti.

Ad esempio se fosse coinvolta una società italiana, la normativa nazionale ne consentirebbe l'omissione ai sensi dell'Art. 2505-bis c.c. con la condizione che si debba comunque garantire ai soci dell'incorporata il diritto di poter vendere le proprie quote ai soci dell'incorporante o alla società stessa, configurandosi come una forma di diritto di recesso³³.

Un'altra occasione nella quale si può evitare di avvalersi della relazione degli esperti, ed anche del progetto comune di fusione, è prevista espressamente dall'Art. 8 della X Direttiva e fa riferimento al caso in cui tutti i soci di tutte le società siano d'accordo in merito alla realizzazione della fusione transnazionale. Pertanto i soci non hanno necessità di avere ulteriori informazioni e tutele particolari e rinunciano loro stessi alla relazione degli esperti indipendenti e ciò comporta anche un discreto risparmio dei costi legati al compimento dell'operazione³⁴.

Una volta redatte e rese note le due relazioni, l'assemblea generale di ciascuna società partecipante deve approvare il progetto comune di fusione ai sensi dell'Art. 9 della Direttiva in esame.

Sono previsti dei casi in cui è possibile omettere l'approvazione assembleare da parte della società incorporante richiamando quanto esplicitato dall'Art. 8 della III Direttiva³⁵, ovvero quando, in una fusione transnazionale per incorporazione, l'incorporante ha assolto gli obblighi pubblicitari entro i termini prestabiliti, i soci dell'incorporante hanno potuto consultare tutti i documenti pubblicizzati almeno un mese prima della data della delibera della fusione e quando uno o più soci della società incorporante possiede una quota di azioni³⁶ tale per cui possa ottenere la convocazione dell'assemblea generale di delibera della fusione.

E' da sottolineare che nella disciplina nazionale il legislatore italiano non si avvale nel 1978 della facoltà di semplificazione della fusione transnazionale per

³³ Perrino, La riforma della disciplina delle fusioni di società, Riv. Soc., 2003, pag. 527 e ss.

³⁴ A. Carducci Artensio, Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, 3437.

³⁵ La III Direttiva è la direttiva 78/855/Ce

³⁶ Tale soglia di quote di partecipazioni non può essere fissata oltre il 5% delle azioni totali. In alcuni Stati è possibile che nel calcolo della percentuale si escludano le azioni prive di diritto di voto.

incorporazione proposta dalla III Direttiva, poiché considerava come elemento essenziale la deliberazione dell'assemblea generale della società incorporante³⁷.

L'altro caso nel quale è possibile omettere l'approvazione dell'assemblea riguarda la fusione semplificata interna quando l'incorporata è detenuta al 100% dall'incorporante³⁸. Questo tipo di fusione transnazionale prende la forma di riorganizzazione aziendale che può essere approvata e deliberata dal consiglio di vigilanza³⁹.

Se l'approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera avviene attraverso le modalità tradizionali, e non semplificate, previste dalla Direttiva 2005/56/Ce, la delibera è soggetta a due tipologie di controlli di legittimità indicati all'Art. 11.

Il primo controllo spetta all'autorità nazionale, al notaio o ad un'altra autorità competente di ogni Stato, che è chiamata a controllare la legittimità dell'operazione e a rilasciare un certificato alle società partecipanti alla fusione nel quale viene attestato che esse hanno svolto il processo di approvazione in modo corretto seguendo le formalità previste.

In Italia questa attestazione viene generalmente rilasciata dal notaio verbalizzante⁴⁰.

Il secondo tipo di controllo è di competenza dell'autorità del Paese membro nel quale ha sede la società coinvolta nella fusione e riguarda la compatibilità del processo con le singole norme nazionali e la corrispondenza con i progetti approvati dalle singole società dei singoli Stati membri⁴¹.

E' molto importante che tutte le società approvino il progetto comune di fusione rispettando gli stessi termini⁴².

Può accadere che la legislazione di uno degli Stati membri disponga una tutela dei soci di minoranza prevedendo la possibilità di modificare il rapporto di concambio tra le società coinvolte nella fusione. Tale intervento non impedisce la realizzazione e il

³⁷ Ferri, La fusione delle società commerciali, Foro Italiano, Roma 1986, pag 59 e ss

³⁸ Il legislatore comunitario non predispose nulla sull'omissione dell'approvazione assembleare dell'incorporante nel caso in cui l'incorporata sia largamente partecipata (ad esempio in Italia 90%), pertanto si presume che in queste circostanze si debba seguire la normale disciplina prevista dalla X Direttiva.

³⁹ Santagata, Le fusioni in Trattato delle società per azioni, Utet, Torino, 2004, pag. 518 e ss.

⁴⁰ Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione, riflessioni sulla direttiva 2005/56/Ce in materia di fusione transfrontaliera, R.d.s., 2007, fascicolo I, pag. 55

⁴¹ A. Carducci Artensio, Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, 3437.

⁴² C. Dominici, La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13

compimento del processo di fusione transfrontaliera nel caso in cui le altre società accettino espressamente questa proposta. In tal modo i soci di minoranza della società possono ottenere delle compensazioni modificando i rapporti di concambio senza che questo vada ad alterare la fusione intracomunitaria⁴³.

Una volta completati tutti questi passaggi ed adempiuto ai vari obblighi stabiliti dal legislatore comunitario, la fusione transnazionale inizia a produrre i propri effetti.

La data a partire dalla quale si produce l'efficacia, è successiva alla conclusione dei controlli di legittimità.

Il legislatore comunitario non considera come riferimento l'atto di fusione per determinarne la sua efficacia. Infatti nella Direttiva in esame non si fa riferimento esplicito a tale atto, ma è previsto solo un rinvio alle singole legislazioni nazionali le quali devono coprire questo vuoto normativo ed applicare quanto previsto dalle norme interne.

Ad esempio l'atto di fusione è codificato nell'ordinamento italiano ed è sempre necessario ogni volta che una società italiana sia compresa nel processo di fusione, sia che essa sia la società incorporata che incorporante (Art. 2504 c.c.).

Nella legislazione spagnola invece, non è mai prevista la stipulazione di un atto di fusione⁴⁴.

⁴³ C. Dominici, *La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo*, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13

⁴⁴ J. M. Embid Irujo, *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, Campobasso, Giuffrè, Milano, 2003.

1.2.3. L'efficacia e gli effetti della fusione

Dopo aver svolto i precedenti adempimenti descritti nei paragrafi 1.2.1. e 1.2.2., che sono necessari affinché la fusione transfrontaliera sia compiuta in modo corretto, essa acquista efficacia a partire da una data stabilita da ciascun Stato membro a condizione che sia successiva al controllo di legittimità⁴⁵.

E' particolarmente importante svolgere un controllo molto preciso perché la fusione non può più essere dichiarata invalida successivamente alla data di efficacia⁴⁶. Anche il legislatore italiano è totalmente allineato a questa disposizione della Direttiva, infatti nell'Art. 2504-quater c.c. adotta la stessa soluzione di non invalidare la fusione dopo che ne è stata dichiarata l'efficacia e prevede un eventuale risarcimento in denaro per i soggetti che vengono lesi.

Il legislatore vuole garantire una certa stabilità sociale pertanto ha introdotto una tutela di tipo risarcitorio e non di tipo reale e in questo modo la società può esercitare la sua attività senza che incomba il pericolo che qualche soggetto possa richiedere l'invalidità della fusione transnazionale⁴⁷.

La III Direttiva all'Art. 22 interviene mitigando questo aspetto e cerca di introdurre dei casi in cui è possibile dichiarare l'invalidità della fusione transfrontaliera anche se tale procedura risulta già efficace.

Nel caso in cui manchi il controllo preventivo di legittimità, giudiziario o amministrativo⁴⁸ o nel caso in cui la delibera dell'assemblea generale sia nulla o annullabile secondo i principi nazionali è possibile dichiarare l'invalidità dell'atto⁴⁹.

La data di efficacia della fusione è la data che segna anche il momento in cui si deve immediatamente notificare al registro delle imprese degli Stati membri a cui appartengono le società coinvolte che la fusione transnazionale è efficace in modo tale che questi possano procedere alla cancellazione delle società "estinte". Si

⁴⁵ Art. 12 Dir. 2005/56/Ce

⁴⁶ Art. 17 Dir. 2005/56/Ce

⁴⁷ Perrino, I rimedi societari, Europa diritto privato, 2002, fascicolo 1, pag. 92 e ss

⁴⁸ Con tale intervento ci si avvicina alla disciplina dell'istituto della dissoluzione riferito alla Società Europea. Quando essa è costituita mediante una fusione e mancano i controlli di legittimità si può dichiarare lo scioglimento della società ai sensi dell'art. 30 del regolamento in tema di società europea. Nel caso di fusioni transnazionali di società di Paesi membri si può dichiarare l'invalidità dell'atto qualora non si verificano le condizioni descritte nel testo.

⁴⁹ Santagata, Le fusioni in Trattato delle società per azioni, Utet, Torino, 2004, pag. 617 e ss.

presume che questo adempimento avvenga in momenti diversi dato che il legislatore comunitario ha rimandato a quello nazionale il compito di stabilire la data.

E' importante fare una considerazione in merito alla formulazione dell'Art. 13 della X Direttiva che porta ad evidenziare un vuoto normativo, infatti non si prevede una preventiva pubblicità dell'atto di fusione nel registro della società risultante dalla fusione.

Ad esempio se la società risultante appartiene ad uno Stato membro diverso da quello degli Stati delle società partecipanti, nel registro di questo Paese terzo non si verifica la preventiva iscrizione, che avviene solo successivamente⁵⁰.

Questa lacuna può essere colmata con il richiamo all'Art.2 della Direttiva 68/151/Ce che impone l'obbligo di pubblicità, per la società risultante, dello statuto e dell'atto costitutivo⁵¹.

Una volta stabilita la data dalla quale la fusione transnazionale è efficace, essa inizia anche a produrre i propri effetti. Questi due aspetti sono strettamente collegati ed uno è la conseguenza dell'altro.

Nella società risultante dalla fusione transnazionale confluiscono tutti i patrimoni attivi o passivi delle società incorporate. Vengono trasferiti anche tutti i diritti e gli obblighi dei contratti precedenti alla fusione ed inoltre i soci delle società partecipanti alla fusione diventano soci della nuova società.

Contestualmente alla data in cui la fusione acquisisce efficacia, si producono due effetti: il trasferimento del patrimonio dell'incorporata o delle società partecipanti e l'estinzione di queste ultime⁵².

Il legislatore comunitario prevede che tale trasferimento di beni, diritti e obbligazioni debba essere oggetto di pubblicità per la società risultante affinché sia opponibile ai terzi, ma in realtà non dovrebbe essere fondamentale tale forma di pubblicità se si valutasse la fusione in un'ottica evolutiva-modificativa della precedente situazione.

Nella fusione del diritto interno italiano, infatti, "è sufficiente la pubblicità della fusione per rendere opponibile ai terzi la loro intestazione alla società incorporante o

⁵⁰ Marasà-Ibba, *Il registro delle imprese*, Utet, Torino, 1997, pag. 120

⁵¹ In merito a ciò il legislatore italiano, aveva già colmato questa lacuna, attraverso l'Art. 2504 c.c. questo prevede il deposito dell'atto di fusione presso il registro delle imprese sia per l'incorporata che per la società incorporante.

⁵² G. Arnò e G. Fischetti, *Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Egea, Milano, 2009.

risultante dalla fusione”⁵³ e pertanto il legislatore non prevede tale forma di pubblicità per la risultante.

Al comma 3 dell’Art. 14 della X Direttiva il legislatore comunitario ha sottolineato il caso particolare in cui uno Stato membro può richiedere formalità particolari per quanto riguarda l’opponibilità a terzi di determinati trasferimenti di beni, questi adempimenti devono essere svolti anche dalla società derivante dalla fusione⁵⁴.

Infine si deve precisare un ulteriore aspetto riguardante gli effetti della fusione transfrontaliera che si verificano in una fase successiva alla data in cui acquisisce efficacia e fa riferimento ai contratti di lavoro instaurati dalle società partecipanti alla fusione. I diritti e gli obblighi che intercorrono nei confronti dei lavoratori delle società fuse si trasferiscono automaticamente alla società risultante, a condizione che essi siano esistenti alla data di efficacia⁵⁵.

⁵³ Santagata, *Le fusioni in Trattato delle società per azioni*, Utet, Torino, 2004, pag. 617 e ss.

⁵⁴ G. Di Marco, *La proposta di direttiva sulla fusione transfrontaliera: un nuovo strumento di integrazione tra le imprese comunitarie*, *Le Società*, 2004, fascicolo 8, pag. 1047-1049

⁵⁵ G. Arnò e G. Fischetti, *Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Egea, Milano, 2009.

CAPITOLO 2: La fusione transnazionale secondo la Direttiva 90/434/Ce

2.1. Aspetti generali

In questo paragrafo si analizzano gli aspetti fiscali della fusione transnazionale attraverso l'esame della Direttiva 90/434/Ce del 23 luglio 1990.

Seguendo l'ordine temporale questa Direttiva è stata emanata prima della X Direttiva. In questa tesi si è voluto analizzare per prima la Direttiva che disciplina gli aspetti civilisti della fusione, la quale ha permesso un'armonizzazione tra fusioni di società di Paesi diversi.

E' stato solo dopo l'introduzione della X Direttiva che si è completato il processo di armonizzazione delle legislazioni, infatti la Direttiva 90/434/Ce non era riuscita da sola a raggiungere questo obiettivo.

Paesi come il Lussemburgo, la Germania e i Paesi Bassi, come già anticipato precedentemente, avevano discipline nazionali che impedivano le fusioni con società di altri Stati membri, nonostante fosse già stata emanata la Direttiva che disciplinava gli aspetti fiscali.

In Francia era possibile la fusione solo se la società beneficiaria era residente nello Stato francese, nel Regno Unito, invece, era fornita una definizione di fusione differente da quella risultante dalla Direttiva.

Fino al 2005 la mancanza della X Direttiva comportava un forte disallineamento tra le legislazioni dei singoli Stati membri in materia di fusioni intracomunitarie, che erano possibili solo se lo prevedevano le leggi interne dei Paesi membri.

Si verifica quindi un paradosso, il legislatore comunitario sosteneva lo sviluppo del Mercato Unico Europeo attraverso la promozione di fusioni transnazionali, le quali erano anche disciplinate ed agevolate dal punto di vista fiscale. Mancava, però, una regolamentazione che armonizzasse questo tipo di operazioni dato che non in tutti gli Stati era possibile⁵⁶.

La Direttiva in analisi si pone come obiettivo quello di garantire la parità e l'omogeneità di trattamento fiscale nell'ambito di operazione intracomunitarie, in merito agli elementi fiscalmente rilevanti come le plusvalenze e il riporto delle

⁵⁶ F. Ambrosiani, Società europea e fusione transnazionale, *Le Società*, 2012, fascicolo 11, pag.1351

perdite pregresse. Questi argomenti vengono trattati in modo più analitico nei prossimi paragrafi.

La Direttiva 90/434/Ce è suddivisa in cinque Titoli.

Nel primo si descrivono gli aspetti generali relativi alle definizioni e all'ambito di applicazione, i quali differiscono in parte da quelli della X Direttiva.

Nel Titolo secondo si trovano le regole fiscali generali applicabili alle società dei Paesi membri con particolare riferimento all'emanazione di alcuni principi fondamentali come: il Principio di neutralità, la Continuità delle riserve in sospensione d'imposta, il riporto delle perdite pregresse e l'irrilevanza fiscale di avanzi e disavanzi.

Il Titolo terzo si riferisce solo ed esclusivamente ai conferimenti, nel Titolo quarto la Direttiva tratta i conferimenti di una Stabile Organizzazione ed infine il Titolo Quinto dispone delle clausole finalizzate a punire l'abuso fiscale⁵⁷.

Essa è stata modificata alcuni anni dopo dalla Direttiva 2005/19/Ce.

2.2. Ambito di applicazione soggettivo

La Direttiva 90/434/Ce si applica alle fusioni, scissioni, conferimenti o scambio di azioni di due o più società appartenenti "a due o più Stati Membri".

Pertanto le società che partecipano all'operazione di ristrutturazione aziendale devono avere come requisito sostanziale la residenza in due Stati membri diversi.

I requisiti indicati per essere considerate residenti di uno Stato Membro sono: la forma societaria, il domicilio fiscale in un Paese UE e la domiciliazione nello Stato dove sono assoggettate ad una delle imposte dell'Art. 3 lett c) Dir. 90/434/Ce.

Un'operazione di fusione che comprende più di due società è considerata transfrontaliera se almeno due di esse hanno la residenza in due Stati diversi, pertanto non è necessario che tutte appartengano a Paesi UE diversi, ma solo che incorporante e incorporata o fusa abbiano residenza in Stati differenti per soddisfare il requisito di "dualità" richiesto dalla Direttiva.

E' considerata transnazionale anche la fusione in cui l'incorporante e una incorporata abbiano la residenza nello stesso Paese, a condizione che esista anche una terza società partecipante alla fusione che appartiene ad un altro Stato. Se tutte avessero la stessa residenza si tratterebbe di una fusione "domestica".

⁵⁷ C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005.

In quest'ultimo caso c'è una particolarità nell'ambito di applicazione della disciplina infatti si applica la normativa interna per regolamentare la fusione tra le società residenti nello stesso Paese, mentre la parte delle società residenti in Stati diversi segue la Direttiva.

Quindi ad esempio se ci sono due società residenti in Italia, l'incorporante e una delle incorporate, ed una società residente in Germania incorporata, la parte dell'operazione tra le due italiane è disciplinata dall'Art. 172 TUIR, mentre la parte tra l'incorporante italiana e incorporata tedesca è ritenuta transnazionale.

Esiste un terzo caso di fusione chiamata "fusione propria" nel quale due società residenti nello stesso Paese membro si fondono, ma la società risultante dalla fusione è residente in un altro Stato membro.

Questa tipologia di fusione è considerata, ai fini dell'applicazione della Direttiva, come fusione transfrontaliera, infatti il legislatore comunitario la classifica come fusione per incorporazione indipendentemente dal fatto che la società risultante esista solo dopo il completamento dell'operazione. Quindi prima della fusione non è considerata come società di uno Stato membro, ma diventa tale solo a compimento di essa. Apparentemente potrebbe considerarsi una fusione "domestica", ma in realtà è transnazionale.

La residenza dei soci è irrilevante ai fini dei requisiti necessari per essere classificata fusione transnazionale, essi infatti possono risiedere in Paesi anche extra-UE.

Per un'analisi maggiormente esaustiva dell'ambito soggettivo è importante considerare che negli anni la presente Direttiva è stata modificata dalla Direttiva 2005/19/Ce, la quale ne amplia l'applicazione.

La successiva disciplina comprende nuove tipologie di società come la Società Europea e la Società Cooperativa Europea che si costituiscono in un'unica entità ed altri soggetti giuridici come società senza capitale in azioni, cooperative, casse di risparmio, società mutualistiche, fondi e associazioni che esercitano attività commerciali.

2.3. Il principio di neutralità

La direttiva 90/434/Ce nel Titolo I fornisce delle definizioni di carattere generale, mentre dal Titolo II esprime i principi fiscali che si devono rispettare ed in particolare l'Art. 4 enuncia il principio di neutralità.

“La fusione o la scissione non comporta alcuna imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi d'attivo e di passivo ed il loro valore fiscale”⁵⁸. Il legislatore comunitario ha preferito garantire la neutralità fiscale della fusione transnazionale, come avviene per i regimi nazionali, in modo tale da favorire questa operazione ai fini dello sviluppo del mercato unico.

Prima di analizzare nello specifico i vari aspetti di questo principio, è bene chiarire che cosa intende il legislatore per “valore fiscale “ e “elementi dell'attivo e del passivo” (Art. 4. Paragrafo 1).

Il primo indica il valore che sarebbe stato ottenuto dalla valutazione degli utili e delle perdite per il calcolo della base imponibile, nel caso si fossero voluti vendere singolarmente gli elementi dell'attivo e del passivo conferiti al momento della fusione. La seconda espressione indica, invece, tutti gli elementi che confluiscono nella Stabile Organizzazione e che concorrono alla formazione della base imponibile.

La neutralità fiscale che il legislatore comunitario sostiene e promuove è molto diversa dal criterio dell'esenzione, infatti quest'ultimo si configura come una mancanza totale di imposizione, un vuoto d'imposta.

Attraverso il regime della neutralità fiscale si ha una sospensione della tassazione, infatti, i beni trasferiti non vengono tassati nel momento stesso della fusione, ma verranno tassati successivamente al momento della realizzazione del reddito.

Il principio di neutralità si configura come una sorta di agevolazione dei soggetti che sostengono operazioni transnazionali garantendo loro un vantaggio fiscale derivante dalla posticipazione del pagamento delle imposte⁵⁹.

Il concetto di neutralità fiscale nell'accezione comunitaria si differenzia da quello nazionale, il primo considera una tassazione non immediata coerente con la disciplina

⁵⁸ Art. 4 paragrafo 1 direttiva 90/434/Ce

⁵⁹ N. Sartori, Le riorganizzazioni transnazionali nelle imposte sul reddito, Torino, 2012, pag. 103.

interna dei singoli stati, di contro in Italia si ha un'operazione neutrale se si ha continuità dei valori fiscali⁶⁰.

La neutralità nelle operazioni transnazionali non risolve i problemi di doppia imposizione che possono sorgere al momento della tassazione.

La doppia imposizione è un fenomeno che prevede che due o più Stati tassino lo stesso reddito in base alle loro norme nazionali. Essa può comportare forti limiti ed ostacoli alle operazioni intracomunitarie ed extracomunitarie, pertanto gli Stati stessi devono stipulare delle convenzioni che permettano di eliminare tale problema. Molti Paesi europei basano le loro convenzioni seguendo il modello OCSE, che fornisce una base di partenza per poter articolare la convenzione.

Questi problemi possono sorgere quando si concludono delle operazioni transnazionali ed il principio di neutralità fiscale interviene solo rinviando il momento nelle quali queste si possono verificare.

Nella sentenza della Corte di Giustizia Europea, causa C-207/11/2012, si cita la proposta di modifica della Direttiva in esame in merito al valore di iscrizione dei beni all'interno dell'incorporata e dell'incorporante in modo da far emergere solo le plusvalenze realizzate successivamente alla fusione. Ciò non avrebbe causato aggravii fiscali, ma solo una diversa ripartizione della tassazione, ma non è mai stata attuata. Questo indica come il legislatore comunitario abbia voluto preservare il potere degli Stati membri nella definizione dei metodi impositivi da utilizzare.

Quindi il principio di neutralità nell'accezione comunitaria, secondo quanto previsto dalla Corte nella sentenza precedentemente citata, deve essere interpretato come strumento per tutelare la capacità impositiva degli Stati membri.

R. Lupi nel suo articolo "Primi appunti in tema di fusioni, scissioni e conferimenti transnazionali" evidenzia una tendenziale prevalenza, per le decisioni in ambito fiscale, verso il Paese della società beneficiaria dell'operazione rispetto a quello dell'incorporata. Egli sottolinea come questo Stato prevalga nel decidere la formazione del reddito⁶¹.

Lo scopo del legislatore comunitario appare molto chiaro ed è quello di incentivare lo sviluppo di operazioni intracomunitarie tra gli Stati membri attraverso l'enunciazione

⁶⁰ P. Santin, La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione intracomunitaria tra diritto nazionale ed europeo, Rassegna Tributaria n.4, 2013, pag. 930.

⁶¹ R. Lupi, Primi appunti in tema di fusioni, scissioni e conferimenti transnazionali, Boll. Trib., 1992, pag. 1299-1303.

del principio di neutralità fiscale. Non vuole, infatti, che si verifichi l'imposizione nello Stato della società incorporata (o trasferente) a fronte del sorgere di un maggior costo fiscale nei confronti del beneficiario situato in un altro Stato membro⁶².

La neutralità fiscale proposta dal legislatore non risulta "pura", infatti non è un principio assoluto, ma deve essere sottoposta al rispetto di particolari condizioni.

Il legislatore comunitario deve tutelarsi dalla possibile perdita di patrimonio imponibile causata dall'uscita dei beni della società incorporata verso la società incorporante⁶³.

Il problema fiscale principale dell'operazione di fusione transfrontaliera riguarda la tassazione dei plusvalori latenti che emergono dalle situazioni patrimoniali delle società coinvolte. Quindi ci si trova davanti ad una duplice esigenza che deve essere bilanciata.

La neutralità ai fini fiscali è garantita solo se si verificano due condizioni: la prima riguarda l'ambito dei valori nel quale non devono sussistere salti d'imposta, la cosiddetta "continuità dei valori", mentre la seconda si riferisce all'ambito dei rapporti giuridici, quindi alla "continuità della categoria del socio".

Nel primo caso per evitare la perdita di imposizione fiscale di alcuni elementi patrimoniali trasferiti attraverso la fusione, il legislatore impone che essi debbano essere connessi alla Stabile Organizzazione che la società beneficiaria ha nel Paese membro alla quale appartiene l'incorporante.

Questa condizione pone un vero e proprio vincolo, mantenendo la fonte di reddito nel paese d'origine. Ad esempio se una società italiana viene incorporata da una società situata in un altro Stato membro, per garantire il principio di neutralità e continuità dei valori fiscali, il patrimonio di suddetta società deve confluire in una Stabile Organizzazione in Italia.

Inoltre per conservare gli stessi valori, all'Art 4 paragrafo 2 si impone che "la società beneficiaria calcoli i nuovi ammortamenti e le plusvalenze o minusvalenze inerenti agli elementi d'attivo e di passivo trasferiti alle stesse condizioni in cui sarebbero state calcolate dalle società conferenti, se la fusione o la scissione non avesse avuto luogo". Questa condizione permette di garantire una continuità fiscale della

⁶² M. Manera, Sulla "Neutralità" del concambio di partecipazioni, *Diritto e Pratica Tributaria*, 2011, I Parte, pag 575-595.

⁶³ D. Stevanato, *Le Riorganizzazioni internazionali di imprese*, Cedam, 1999, pag 370 e ss.

valutazione dei beni oggetto di trasferimento e solo seguendo tali modalità di contabilizzazione si considera l'operazione neutrale fiscalmente.

Quindi la beneficiaria deve iscrivere in bilancio i valori fiscali come se fossero stati calcolati dalle società incorporate⁶⁴.

Se ad esempio l'incorporante decidesse di iscrivere il valore di alcuni cespiti trasferiti rivalutandolo rispetto al costo di iscrizione, non può avvalersi del principio di neutralità fiscale perché non ha rispettato la condizione posta dall'Art. 4 comma 2 Dir. 90/434/Ce e pertanto tali cespiti verranno tassati secondo le norme interne degli Stati⁶⁵.

La logica con la quale si mantiene la continuità dei valori iscrivendoli al costo storico si riferisce al fatto che proprio nel momento nel quale il bene verrà venduto si realizzerà la plusvalenza e quindi la tassazione deve fare riferimento a quel momento futuro e non deve essere viziata da rivalutazioni.

Il secondo aspetto affinché si possa verificare il principio di neutralità riguarda la condizione dei soci. Essi infatti devono continuare ad essere coinvolti nella struttura societaria, trasferendo le loro partecipazioni dalla società incorporata alla beneficiaria.

Questo passaggio si verifica attraverso il rapporto di concambio che prevede una comparazione tra le due società e permette di sostituire le partecipazioni della società incorporata con quelle della incorporante o NewCo. Al massimo è previsto un conguaglio in denaro fino al 10% del valore nominale della partecipazione, ma è quasi ininfluente⁶⁶.

Ciò che risulta rilevante ai fini fiscali è il valore al quale le nuove partecipazioni vengono iscritte dopo la fusione transnazionale, infatti in sede fiscale esse mantengono il loro costo fiscale originario, mentre in sede civilistica si iscrive il nuovo valore delle partecipazioni attribuite ai soci in base al rapporto di concambio. Seguendo tale metodo di iscrizione si rispetta il principio di neutralità.

Se i soci della società incorporata, i quali ricevono le nuove partecipazioni, le iscrivono, in sede fiscale, ad un valore superiore a quello originario, la differenza che

⁶⁴ M. Manera, Sulla "Neutralità" del concambio di partecipazioni, Diritto e Pratica Tributaria, 2011, I Parte, pag 575-595.

⁶⁵ C. Garbarino, regime fiscale comunitario in materia societaria, Il Commento, Il Corriere Giuridico, 1991, fascicolo 3, pag. 333 e ss.

⁶⁶ M. Manera, Sulla "Neutralità" del concambio di partecipazioni, Diritto e Pratica Tributaria, 2011, I Parte, pag 575-595.

si determina tra costo originario ed il nuovo costo iscritto genera valore, il quale va tassato in capo ai soci.

Per quanto riguarda lo scambio di partecipazioni tra i soci si realizza una “neutralità piena”⁶⁷, infatti qualunque sia il valore attribuito dai soci in sede civilistica alle nuove partecipazioni, esse ai fini fiscali non risultano imponibili. Tale definizione di principio di neutralità pieno si applica anche alla valutazione fiscale dei cespiti da parte delle società, le quali possono utilizzare qualsiasi valore in sede civilistica, ma devono adottare il costo storico ai fini fiscali.

Concludendo il principio di neutralità si basa sul mantenimento della situazione patrimoniale precedente alla fusione. Il risultato è quello di rimanere ancorati ai dati storici, dato che questa operazione è considerata in chiave di riorganizzazione aziendale e genera solamente delle plusvalenze latenti.

⁶⁷ M. Manera nella sua opera, citata nella nota 63, propone due definizioni di neutralità: piena e parziale. La prima è stata trattata nel testo, mentre la seconda si definisce come “la non imposizione a condizione che in bilancio vengano scritti dei valori uguali a quelli fiscali”.

2.4. La riserva in sospensione d'imposta

Il legislatore comunitario attraverso quanto previsto dall'Art. 5 della Direttiva 90/434/Ce si avvale dello strumento della riserva in sospensione d'imposta per garantire il rispetto del principio di neutralità e permettere al sistema di funzionare in maniera coerente ad esso. Tale regime, infatti, può essere considerato come un corollario del più generale principio di neutralità fiscale.

Nella riserva in sospensione d'imposta vengono rilevate le plusvalenze latenti che si verificano al momento della fusione e per la quale si dispone la non imposizione.

Gli accantonamenti e le riserve presenti prima della fusione e risultanti dall'ultimo bilancio della società incorporata, si possono contabilizzare in fondi in sospensione d'imposta e quindi non essere tassati direttamente.

In particolare il legislatore nazionale ha predisposto all'Art. 179 TUIR, in materia di fusioni transfrontaliere, che si debba rispettare un criterio di priorità ai fini della ricostruzione contabile di tali riserve differenziando i "fondi in sospensione piena" e i "fondi in sospensione limitata".

Per i fondi in sospensione piena si prevede che le riserve siano ricostruite nel bilancio dell'incorporante utilizzando come primo elemento l'eventuale avanzo di fusione al fine di evitare la tassazione.

Si ha un avanzo da fusione quando il valore effettivo dell'incorporata è superiore al suo valore contabile e ciò presuppone che ci siano dei fondi in sospensione originari.

Per i fondi in sospensione limitata invece si prevede un rinvio della tassazione fino al momento della distribuzione dell'avanzo o del capitale sociale ai soci, nel limite in cui sia di importo superiore al capitale risultante dalle società fuse.

Esistono quindi sia la disciplina comunitaria che quella nazionale le quali dovrebbero essere armonizzate, ma non sempre è così. In questo caso, infatti, si riscontra un contrasto tra la norma italiana e quanto previsto dalla Direttiva in esame in riferimento ai fondi in sospensione d'imposta.

Al comma 1 dell'Art. 181 del TUIR il legislatore nazionale prevede che i fondi in sospensione d'imposta che sono contabilizzati nell'ultimo bilancio dell'incorporata italiana confluiscono all'interno del reddito della Stabile Organizzazione che l'incorporante di un altro Paese membro possiede nel territorio nazionale.

Il legislatore italiano sottolinea che tale disciplina si applichi solo all'incorporata residente e non all'incorporata non residente, mentre la Direttiva prevede che lo

Stato in cui è situata la Stabile Organizzazione possieda gli stessi obblighi di quando l'incorporata esercita l'impresa.

Inoltre la Direttiva indica che i fondi in sospensione d'imposta iscritti nell'ultimo bilancio della società incorporata, se non sono ricostruiti nel bilancio della Stabile Organizzazione, non concorrono a formare reddito della Stabile Organizzazione che l'incorporante ha in un altro Paese membro⁶⁸.

2.5. Il riporto delle perdite e la sentenza Marks & Spencer

All'Art 6 della Direttiva 90/434/Ce si considera la possibilità di dedurre le perdite fiscali dell'incorporata da parte dell'incorporante o beneficiaria. In questo caso il legislatore comunitario rinvia alla legge dei singoli Stati membri l'autorizzazione a poter riportare le perdite, infatti bisogna verificare se la loro legislazione nazionale lo consente.

La Direttiva permette di poter trasferire alla società incorporante "delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale" ed inoltre, sempre che lo Stato membro lo consenta, "estendere il beneficio di tale disposizione alla presa a carico da parte di Stabili Organizzazioni della società beneficiaria sul loro territorio delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale".

Nello specifico in Italia ai sensi dell'Art. 181 TUIR è consentita la deduzione delle perdite fiscali da parte della società incorporante estera nel limite della differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla Stabile Organizzazione situata nel territorio dello Stato dell'incorporante e nel limite della proporzionalità a tale differenza. In Italia però è impossibile riportare le perdite maturate da soggetti esteri a meno che non si sia coinvolti nel consolidato mondiale, metodo scarsamente utilizzato. Pertanto il legislatore italiano concede il riporto delle perdite solo da parte della Stabile Organizzazione incorporante estera⁶⁹.

⁶⁸ G. Zizzo, Le riserve non in sospensione d'imposta nella fusione di società, *Tributimpresa*, 2004, fascicolo 4, pag. 63.

⁶⁹ L. Lauricella, In attesa di un'apertura legislativa sul trattamento delle perdite nelle fusioni transfrontaliere, *GT Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2013, fascicolo 8-9, pag. 653-656.

Tale disciplina si pone in contrasto con quanto previsto dalla Direttiva, come analizzato precedentemente, per quanto riguarda i fondi in sospensione d'imposta.

Il tema della legittimità del riporto delle perdite all'interno delle operazioni di ristrutturazione aziendale è molto importante perché se non viene regolamentato correttamente può dare adito a fenomeni di elusione fiscale.

Quest'ultimo fenomeno e le sue problematiche verranno trattate nei capitoli seguenti, in questo paragrafo si sottolineano invece i contrasti tra le legislazioni interne e quella della Direttiva.

Non solo in Italia si è posto il problema della possibilità di usufruire delle perdite durante la fusione transnazionale, infatti la Corte di Giustizia ha dovuto pronunciarsi numerose volte per cercare di fare chiarezza ed arricchire la disciplina in materia.

La sua funzione è quella di avvicinare le legislazioni dei singoli stati ed indirizzarli verso una direzione comune svolgendo un'azione di "integrazione positiva " in materia di fiscalità diretta⁷⁰.

La Corte ha emanato una delle sentenze più significative in merito all'utilizzo delle perdite nelle operazioni di fusioni transfrontaliere, ovvero la sentenza Marks & Spencer.

Il caso in esame coinvolge il governo britannico il quale prevedeva nella sua legislazione, prima dell'intervento della Corte, un meccanismo di sgravio di gruppo, chiamato "group relief", per l'utilizzo delle perdite delle proprie controllate.

Il limite che poneva il legislatore britannico consisteva nel fatto che lo sgravio poteva essere sfruttato solo da soggetti passivi britannici, ovvero società residenti nel Regno Unito o soggetti non residenti che svolgono la loro attività nel territorio dello Stato attraverso Stabili Organizzazioni⁷¹.

A fronte di quanto previsto dal governo britannico nel caso Marks & Spencer, quindi, la Capogruppo residente nel Regno Unito non poteva dedurre dal proprio reddito imponibile le perdite maturate dalle controllate fuse non residenti, francesi tedesche e belghe, per il periodo d'imposta 1999-2001.

⁷⁰ F. Tesauro, Il ruolo della Corte di Giustizia in materia di imposte dirette. Effetti sul mercato interno e sulla sovranità degli Stati membri, relazione alla Conferenza sulla tassazione societaria nella UE organizzata dalla Presidenza Italiana del Consiglio in collaborazione con la Commissione europea, tenutasi ad Ostia 5-6 Dicembre 2003.

⁷¹ A. Del Sole, Il trasferimento delle perdite transfrontaliere: il caso Marks & Spencer, *Fiscalità Internazionale*, 2006, pag. 48 e ss.

Pertanto si chiedeva l'intervento della Corte di Giustizia che si pronuncia in merito a tre questioni riguardanti: la natura discriminatoria della legislazione britannica e limitazione della libertà di stabilimento, i motivi imperativi di interesse generale ed infine il criterio di proporzionalità⁷².

Per quanto riguarda la prima valutazione sulla libertà di stabilimento la Corte conclude che il regime britannico impedisce alle società di beneficiare di questo diritto sancito dall'Unione Europea negli Artt. 49 e 54 del TFUE. La limitazione del riporto delle perdite esclusivamente alle società residenti ed alle Stabili Organizzazioni comporta un diverso trattamento fiscale ed una discriminazione, scoraggiando quindi l'incorporazione e la fusione con *subsidiaries* estere.

In particolare la Corte evidenzia una discriminazione di tipo "verticale"⁷³ ottenuta dal confronto tra il trattamento delle controllate britanniche e quello delle incorporate estere, concludendo che un differente comportamento in base alla residenza non sia giustificabile.

La seconda questione riguarda il perseguimento da parte del Regno Unito dei motivi imperativi di interesse generale, la Corte in tale caso accetta ed appoggia gli Stati qualora vogliano evitare e prevenire il fenomeno dell'evasione fiscale e vogliano mantenere una corretta ripartizione del potere impositivo dei singoli Stati.

La Corte di Giustizia Europea si ritiene concorde nel perseguire tali finalità ed accetta queste motivazioni come giustificazioni, ma non le ritiene sufficienti per poter limitare la libertà di stabilimento e per porre in essere trattamenti fiscali discriminatori.

La terza questione sulla quale la Corte si pronuncia riguarda la proporzionalità tra il perseguimento dei motivi di interesse generale e la possibilità di riportare le perdite conseguite da società non residenti.

Essa introduce un meccanismo più temperato del riporto delle perdite detto "meccanismo di *recapture*". Si prevede che si possa beneficiare dello sgravio di gruppo qualora le perdite della società non residente ed incorporata non siano state pienamente utilizzate e quindi si possa caricare il reddito della controllante

⁷² C. Francioso, Commento alle Sentenze della Corte di Giustizia: L'utilizzo transfrontaliero delle perdite infragruppo l'evoluzione dell'ordinamento della Corte di Giustizia dalla sentenza Marks & Spencer al chiarimento del concetto final losses, Diritto e Pratica Internazionale, 2016, fascicolo 4, pag. 1498-1531.

⁷³ M. Lang, Has the case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?, European Taxation, 2014, fascicolo 12, pag. 538 e ss.

comprendendo le perdite della controllata estera nei limiti delle perdite da essa non utilizzate.

La sentenza Marks & Spencer lascia due questioni irrisolte.

La prima è in relazione al fatto che nella sentenza non si prevede esplicitamente in quali casi sia impossibile riportare le perdite qualora non venga rispettato il principio di proporzionalità. Inoltre viene introdotto il concetto di *final losses*, ma non se ne specifica la definizione. Successivamente molti autori hanno cercato di definire le circostanze nelle quali non è consentito il riporto delle perdite per lo Stato di residenza della controllante.

Alcuni autori⁷⁴ sostengono che questa impossibilità derivi da ostacoli legali ovvero *legal reasons*, come ad esempio il superamento delle tempistiche fornite dallo Stato estero per il riporto delle perdite. Altri autori invece individuano *de facto reasons* quindi circostanze in cui ci sia un reale fattore che possa condurre ad un duplice utilizzo delle perdite.

La seconda questione si riferisce al fatto che non viene posto alcun termine temporale di decadenza alla presentazione della domanda di sgravio.

La Corte sostiene che si violano i principi dettati dagli Artt. 49 e 54 del TFUE se si esclude la possibilità per la controllante residente di utilizzare le perdite in esercizi fiscali successivi alla presentazione della domanda di sgravio qualora la controllata estera abbia solamente esaurito la possibilità di dedurre le perdite nell'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio e in quelli precedenti.

Infatti solo nel caso in cui emergono, a seguito dell'accertamento compiuto al momento della presentazione della domanda di sgravio, delle impossibilità oggettive di riporto delle perdite in esercizi futuri è possibile impedire l'utilizzo delle perdite future alla controllata ed impedire la compensazione transfrontaliera delle perdite, mentre negli altri casi non si può operare in questo senso.⁷⁵

E' importante sottolineare come la legislazione britannica abbia recepito tale disposizione in modo eccessivamente restrittivo ponendosi in contrasto con tale indicazione della Corte. Infatti prevedeva che dal momento in cui si verificava la perdita si dovesse immediatamente stabilire se fosse possibile o meno utilizzarla in

⁷⁴ E. Dalla Valle, L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer, Rassegna Tributaria, 2006, fascicolo 3, pag. 995 e ss.

⁷⁵ Conclusione dell'Avv. Gen. Kokott sul caso C-172/13, commissione v. United Kingdom (c.d. caso Marks & Spencer II), presentate il 23 ottobre 2014, paragrafo 15.

futuro. Questo accertamento immediato è possibile solo nel caso in cui si verifichino *legal reasons*, mentre in altri casi non è possibile operarlo nel momento esatto in cui si manifesta la perdita.

In conclusione la sentenza Marks & Spencer permette di definire meglio la disciplina del riporto delle perdite, anche se è considerata un caso particolare rispetto a quelli che si sono verificati negli anni successivi, i quali hanno ulteriormente arricchito la disciplina.

La regola di base è che i giudici di ogni Paese membro devono stabilire caso per caso se la capogruppo ha effettivamente dimostrato che le perdite della controllata sono definitive e che tali perdite possono essere utilizzate dalla controllante residente in un altro Paese.

In questa sentenza la legge del governo britannico impone una restrizione che ne contraddistingue il carattere eccezionale, infatti, oltre alla prima condizione sopra citata, si impone la contemporanea e contestuale dimostrazione che la controllata estera abbia cessato tutte le sue attività commerciali all'interno di quel Paese.

Così facendo il rischio che si potrebbe riscontrare è quello di favorire la cessazione delle attività commerciali per poter beneficiare dello sgravio fiscale, creando distorsioni al Mercato Unico Europeo.

Un'altra sentenza che è importante citare perché arricchisce la disciplina del riporto delle perdite nel contesto di fusioni transfrontaliere e perché permette di ampliare l'ambito di applicazione della precedente Marks & Spencer, è la sentenza Lidl Belgium⁷⁶ che consente il riporto delle perdite conseguite dalle Stabili Organizzazioni situate in Paesi membri diversi.

Il caso in analisi riguarda la società in accomandita Lidl Belgium con sede sociale in Germania, la quale vuole dedurre la perdita della Stabile Organizzazione che possiede in Lussemburgo.

Tale richiesta viene respinta dal governo tedesco perché è stata stipulata una convenzione Germania-Lussemburgo che impedisce alla società tedesca di tassare il reddito prodotto nella Stabile Organizzazione.

In questa sentenza si delinea l'intenzione della Corte di consentire il riporto delle perdite conseguite dalla Stabile Organizzazione e di estenderne quindi l'ambito di applicazione.

⁷⁶ Corte di Giustizia 15 maggio 2008, C-414/06, Lidl Belgium GmbH & Co. KG v Finanzamt Heilbronnparagrafi.

Nel caso specifico però la Stabile Organizzazione aveva già sfruttato la possibilità di riportare le perdite del 1999 diminuendo il reddito imponibile del 2003, quindi nonostante l'autorizzazione da parte della Corte, che eliminava dei vincoli posti dalla sentenza Marks & Spencer, non poteva utilizzare ulteriormente le perdite conseguite nel 1999.

La Corte di Giustizia Europea ha dovuto pronunciarsi numerose altre volte in merito al riporto delle perdite in linea con la sentenza Marks & Spencer ed ampliandola.

La questione trattata nel caso del 21 febbraio 2013, causa C-123/11, riguardava una società finlandese fusa con una svedese⁷⁷.

La società finlandese richiedeva di poter utilizzare delle perdite maturate da una società svedese da essa controllata e successivamente incorporata attraverso una fusione intracomunitaria.

La risposta dell'Amministrazione finanziaria finlandese è stata negativa, infatti non era possibile, secondo la legislazione interna, riportare delle perdite maturate e valutate in base alle norme contabili di un Paese estero.

Il diritto interno finlandese ammetteva la possibilità, in caso di fusione, da parte della controllante di poter dedurre le perdite relative alla società controllata, purché questa fosse residente nello Stato finlandese e negava tale facoltà nel caso in cui ci fossero controllate situate in altri Paesi membri.

Questo trattamento differente che consentiva la contabilizzazione delle perdite solamente nel caso in cui entrambe le società fossero residenti in Finlandia, poteva comportare una limitazione della libertà di stabilimento sancita dagli art. 49 e 54 TFUE.

La società incorporante avrebbe avuto un vantaggio nel compiere una fusione con una società residente nel suo stesso Stato poiché avrebbe potuto dedurre le perdite, cosa che non sarebbe potuta avvenire con una società non residente.

E' intervenuto però il legislatore comunitario imponendo che tale legge dello Stato finlandese potesse essere applicata qualora rispettasse le norme degli artt. 49 e 54 del TFUE.

La sentenza in analisi al punto 33 sancisce che un differente trattamento è ammissibile se: "essa riguardi situazioni che non sono oggettivamente comparabili o che sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale".

⁷⁷ Corte di giustizia UE, Sez. IV, Sent. 21 febbraio 2013, causa C-123/11- Pres. L.Bay Larsen-Rel. J.- C. Bonichot.

Il caso in esame tratta due situazioni che sono oggettivamente comparabili, pertanto la disciplina finlandese risulta in contrasto con quanto disposto dalla Direttiva e dagli Artt. 49 e 54 del TFUE.

Lo Stato finlandese ed gli altri Stati partecipanti al procedimento hanno portato le loro motivazioni per sostenere il differente trattamento che è finalizzato al mantenimento della potestà impositiva.

In primo luogo è fondamentale che ogni Paese mantenga la potestà impositiva sui redditi prodotti nel territorio del proprio Stato e questa si configura come la prima giustificazione della differenza di trattamento tra residenti e non residenti.

In secondo luogo gli Stati membri si devono tutelare dal rischio che la società incorporante benefici di un duplice vantaggio riportando due volte le perdite.

In terzo luogo le società, applicando un differente trattamento tra residenti e non residenti, vogliono tutelarsi dal rischio di evasione fiscale. Può capitare che le società fuse contabilizzino le perdite nel Paese membro con aliquote maggiori e in tal caso l'importo della perdita ai fini di deduzione fiscale risulta superiore.

La Corte è intervenuta stabilendo che le restrizioni poste in essere dallo Stato finlandese siano eccessive e non giustificabili per il perseguimento di tali obiettivi. Al punto 54 della sentenza in esame si dispone che il giudice finlandese deve "stabilire se la società nazionale ha effettivamente fornito la prova che la società svedese ha esaurito tutte le possibilità di prendere in considerazione le perdite esistenti in Svezia".

Qualora questa prova sia valida e sia stata fornita dalla società incorporante, essa ha il diritto di riportare le perdite dell'incorporata. Pertanto la legge dello Stato finlandese che impedisce tale deduzione risulta in contrasto con gli Artt. 49 e 54 TFUE.

La legislazione finlandese non può impedire l'utilizzazione e la contabilizzazione delle perdite dell'incorporata estera quando si esaurisce in maniera definitiva la possibilità di utilizzare le perdite maturate in Finlandia.

Dall'analisi della sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. IV, Sent. 21 febbraio 2013, causa C-123/11 emerge una seconda questione che riguarda la contabilizzazione delle perdite riportate.

Il problema che si pone è in relazione alla legge cui fare riferimento per il calcolo delle perdite, ovvero se utilizzare quella del Paese di residenza o quella estera.

La conclusione a cui è pervenuta la Corte è che non esiste una regola generale da applicare a qualsiasi situazione, ma si deve analizzare caso per caso.

L'importante è rispettare sempre il principio di non discriminazione, non creando differenze di trattamento tra la disciplina applicata a fusioni tra società residenti e quella applicata alle fusioni transnazionali.

2.6. Il trattamento del disavanzo

In generale quando si compie un'operazione di fusione sia essa transnazionale che nazionale emergono molto spesso delle differenze di diversa natura.

Quando l'incorporante è già in possesso di una partecipazione rappresentante l'intero capitale della società incorporata, al momento della fusione avviene un processo di eliminazione della voce "partecipazioni" con il contestuale inserimento dell'attivo e del passivo del capitale sociale della incorporata.

Questa sostituzione di valori può dar vita a delle differenze dette "avanzo o disavanzo da annullamento o da partecipazione", infatti il confronto tra il patrimonio netto dell'incorporata e il valore della partecipazione iscritta in bilancio dell'incorporante spesso non coincidono e per far bilanciare il tutto si fanno emergere i disavanzi o gli avanzi a seconda che vengano rispettivamente iscritti nell'attivo e nel passivo⁷⁸.

Generalmente la differenza è positiva infatti il valore della partecipazione è superiore a quello del patrimonio netto dell'incorporata. Questo maggior valore si giustifica con il fatto che quando è stata acquistata la partecipazione il prezzo è stato stabilito in base ai valori correnti degli elementi in bilancio ed inoltre esso incorporava anche l'avviamento. Pertanto il disavanzo per essere imputato nell'attivo del bilancio deve essere analizzato in maniera molto accurata per comprendere quale sia effettivamente la sua natura economica, dato che non sempre risulta chiara ed evidente.

Il caso meno frequente è quello nel quale si registra un avanzo da annullamento quindi il valore della partecipazione è minore del patrimonio netto dell'incorporata. Questo avanzo può essere giustificato dal fatto che rispecchi un *badwill*, quindi un avviamento negativo, il quale andrebbe contabilizzato in un "fondo per rischi e

⁷⁸ L. Potito, Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese - Quarta Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

perdite future”⁷⁹ oppure dalla non corretta rivalutazione del valore della partecipazione a seguito del conseguimento dei risultati positivi dell’incorporata.

Quando l’incorporante non possiede nessuna partecipazione nel capitale sociale della società incorporata, al momento della fusione deve aumentare il capitale sociale per poter emettere nuove azioni da destinare ai soci dell’incorporata.

Il confronto in questo caso avviene tra l’aumento di capitale eseguito dall’incorporante e il patrimonio netto dell’incorporata, e ciò fa emergere delle differenze chiamate: “avanzo o disavanzo da concambio” .

Qualora l’incorporante possieda una percentuale del capitale sociale dell’incorporata senza averne la totalità, emergono entrambe le differenze da fusione. Infatti si deve aumentare il capitale sociale per assegnare ai soci dell’incorporata le quote della nuova società ed inoltre si deve eliminare la voce “partecipazione” compensandola con i corrispondenti elementi dell’attivo e del passivo che entrano a far parte della NewCo.

Dal punto di vista fiscale per quanto riguarda le fusioni transnazionali la Direttiva 90/434/Ce all’Art. 8 è in linea con quanto espresso nell’Art. 4 che sancisce il principio di neutralità, infatti qualsiasi avanzo o disavanzo non sono rilevanti dal punto di vista fiscale⁸⁰.

Al comma 1: “ l’assegnazione [...] di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria o acquirente ad un socio della società conferente o acquistata [...] non deve di per se stessa comportare alcuna imposizione sul reddito”.

Il legislatore comunitario, che in questo caso concorda pienamente con quanto previsto da quello italiano (Art. 172 del TUIR), dal punto di vista del trattamento fiscale eventuali rivalutazioni di alcune componenti attive dell’incorporata, pur legittime dal punto di vista contabile, non sono fiscalmente rilevanti, infatti le imposte vengono calcolate in base ai valori pre-fusione.

Ad esempio i maggiori ammortamenti, che dopo la fusione vengono calcolati su valori superiori, non possono essere dedotti fiscalmente.

⁷⁹ T. Onesti, Alcune considerazioni sul trattamento contabile delle differenze di annullamento nella fusione per incorporazione, Rivista dei Dottori Commercialisti, 2003, fascicolo 6, pag. 1283 e ss.

⁸⁰ O. Lobefaro, La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria. Trasformazioni, fusioni e scissioni nelle imposte sul reddito, CEDAM, 2014.

Tali differenze tra i valori fiscali e quelli contabili risultanti dopo l'operazione di fusione transfrontaliera vengono inserite nel "prospetto di riconciliazione"⁸¹.

Tali disposizioni valgono anche nel caso in cui l'incorporata costituisca una Stabile Organizzazione. Infatti l'incorporante può imputare il disavanzo da annullamento agli elementi della Stabile Organizzazione, però ciò non è rilevante dal punto di vista fiscale.

Il patrimonio imponibile della Stabile Organizzazione è quello che risulta dalla situazione preesistente alla fusione ed eventuali differenze emergono anche in questo caso dal prospetto di riconciliazione allegato al bilancio della Stabile Organizzazione, come descritto in maniera più approfondita nel paragrafo 2.8.

2.7. Conferimento del patrimonio in una Stabile Organizzazione

Nell'Art. 10 della Direttiva 90/434/Ce si considera il caso in cui i beni conferiti all'atto di fusione transnazionale confluiscono in una Stabile Organizzazione situata in un Paese membro diverso da quello della incorporante.

Questo articolo ha come duplice scopo quello di garantire la neutralità fiscale dell'operazione di fusione ed allo stesso tempo quello di tutelare gli interessi erariali al fine di evitare vuoti impositivi.

Lo strumento della Stabile Organizzazione consente di conciliare al meglio questi obiettivi e pertanto permette di garantire una continuità dei valori fiscalmente riconosciuti e di tassare le plusvalenze che si possono formare dalla riorganizzazione aziendale.

La Stabile Organizzazione si definisce, infatti, come una "sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa non residente, esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato"⁸². Essa comprende anche tutti i beni e gli spazi utilizzati per lo svolgimento dell'attività che sono situati nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza della società.

La Stabile Organizzazione per essere considerata tale deve presentare il requisito di "Stabilità" sia temporale che spaziale, quindi per soddisfare la stabilità temporale le

⁸¹ L. Potito, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese - Quarta Edizione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013

⁸² L. Tosi e R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale - Quinta Edizione*, Cedam, L.E.G.O. S.p.a., Vicenza, 2016.

attività dell'impresa devono essere svolte con una certa regolarità e questo implica che ci possano essere anche delle interruzioni (es. attività stagionali).

Per quanto riguarda la stabilità di tipo spaziale, il legislatore comunitario si riferisce alle attività svolte in una sede fissa di affari, quindi una sede nella quale si compiono mansioni del core business aziendale e non attività accessorie o sussidiarie⁸³.

Tale strumento è molto importante ai fini fiscali perché permette di creare un criterio di collegamento tra lo Stato in cui risiede la società e quello estero in cui è stata instaurata la Stabile Organizzazione. In questo modo si legittima ed autorizza lo Stato della fonte a tassare il reddito prodotto nello Stato estero della Stabile Organizzazione.

Lo Stato in cui è presente la Stabile Organizzazione, pertanto, rinuncia ad ogni diritto di imposizione sui beni appartenenti ad essa. Il comma 1 dell'Art. 10 vieta allo Stato di residenza dell'incorporata di esercitare il potere impositivo sulla Stabile Organizzazione dell'incorporante durante un'operazione di ristrutturazione aziendale.

Affinché si consenta di applicare al meglio questo principio il legislatore comunitario richiede che gli elementi dell'attivo e del passivo confluiti nella Stabile Organizzazione, debbano essere "effettivamente connessi" ad essa, evitando delle fuoriuscite ingiustificate di beni dal circuito fiscale.

Allo Stato membro in cui è situata la Stabile Organizzazione, al comma 2, si riconosce, però, la possibilità di esercitare la potestà impositiva sugli utili e sulle plusvalenze realizzate a seguito dell'operazione di fusione intracomunitaria, qualora vengano adottati nella legge di tale Stato membro il *Worldwide Taxation Principle* e il *Notional Tax Credit*.

Tale ultimo strumento costituisce il credito d'imposta figurativo che lo Stato della incorporante concede allo Stato dell'incorporata, dove è situata la Stabile Organizzazione, per un importo corrispondente al valore normale degli utili e delle plusvalenze realizzate. Quindi un ammontare di imposta pari alla loro realizzazione come se non venisse applicato il regime della Direttiva sulle fusioni transnazionali.

La determinazione del reddito deve avvenire come se si stesse trattando di un'impresa distinta e separata che svolge le stesse identiche attività in condizioni analoghe. Tale metodo è una "finzione giuridica" che permette di separare la Stabile

⁸³ Definizione di Stabile Organizzazione materiale Art. 5 Modello OCSE.

Organizzazione dall'impresa madre e quindi consente di considerare tutti i valori a valori normali.

Tale meccanismo serve a conseguire tre obiettivi: evitare la doppia imposizione qualora i due Stati membri coinvolti nel processo di fusione vogliano entrambi esercitare il loro potere impositivo sui redditi generati, mantenere la neutralità fiscale nelle operazioni di riorganizzazione aziendale e tutelare gli interessi fiscali della società⁸⁴.

2.8. Cinque fattispecie di fusioni transnazionali

Per comprendere la disciplina di applicazione della Direttiva ed in particolare del principio di neutralità fiscale si possono considerare cinque fattispecie differenti di cui le prime due si riferiscono alle fusioni in "uscita" ovvero la società fusa o l'incorporata è italiana, la terza e la quarta riguardano fusioni in "entrata", quindi l'incorporante o la risultante dalla fusione è una società italiana ed infine la quinta fattispecie è "estero su estero" ovvero le due società dei Paesi membri si fondono mantenendo una Stabile Organizzazione in Italia⁸⁵.

Il primo caso si riferisce ad una fusione transfrontaliera tra una società italiana incorporata ed una società straniera di uno Stato membro incorporante che prima della fusione non esercitava nessuna attività in Italia.

Il risultato di tale fusione è il trasferimento del patrimonio della società italiana alla società estera incorporante e la costituzione di una Stabile Organizzazione in Italia.

Tale operazione deve rispettare il principio di neutralità fiscale quindi non si creano plusvalenze o minusvalenze sui beni appartenenti alla società italiana⁸⁶. Inoltre deve essere soddisfatta la duplice condizione che riguarda la realizzazione della Stabile Organizzazione in Italia della società fusa dalla quale non si devono distrarre i beni. Qualora venissero distolti dei beni la plusvalenza deve essere tassata perché in tale modo non si rispetterebbe il principio di continuità dei valori in capo alla Stabile Organizzazione post-fusione.

I valori dei beni che confluiscono nella Stabile Organizzazione devono mantenere una continuità nel loro valore fiscale, infatti se la società incorporante estera imputa alla

⁸⁴ C. Sallustio, Il c.d. Notional tax credit previsto dall'art. 179, comma 3 del T.u.i.r. Profili di diritto tributario italiano e comunitario, Rassegna Tributaria, 2011, pag. 967 e ss.

⁸⁵ C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005.

⁸⁶ Tale principio è espresso dall'art. 4 della Dir. 90/434/Ce e ribadito dall'Art. 173 del TUIR.

Stabile Organizzazione italiana delle attività o passività queste vanno valutate fiscalmente in base all'ultimo valore fiscale riconosciuto alla società fusa.

Qualora i valori civilistici e i valori fiscali non coincidano e producano delle differenze, queste devono essere iscritte all'interno del prospetto di riconciliazione.

Il legislatore in questo modo permette di evitare l'immediata tassazione delle plusvalenze in capo allo Stato italiano, Stato della Fonte, generando una sospensione di imposizione di tali plusvalori.

La società incorporante estera, inoltre, ha la possibilità di imputare il disavanzo da concambio o da annullamento che emerge dai beni dell'incorporata italiana, alla Stabile Organizzazione in Italia senza che questo generi i presupposti per la tassazione.

E' importante sottolineare che il disavanzo deve essere contabilizzato in maniera corretta affinché risulti esente da tassazione e pertanto deve essere imputato agli elementi della società fusa⁸⁷.

Se tale disavanzo venisse assorbito all'interno di una rivalutazione dei beni della incorporante, quindi non fosse imputato alla Stabile Organizzazione risulterebbe imponibile⁸⁸.

Per quanto riguarda il riporto delle perdite fiscali, esse sono deducibili dalla società incorporante fino al limite della differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo appartenenti alla Stabile Organizzazione italiana, ai sensi dell'Art. 172 comma 7 TUIR. L'Art. 181 del TUIR predispone un ulteriore limite alla deduzione delle perdite fiscali, ovvero nei limiti del patrimonio netto della Stabile Organizzazione italiana.

Il riporto delle perdite è così circoscritto ad un rapporto proporzionale tra il patrimonio netto della Stabile Organizzazione post-fusione e il patrimonio netto della società italiana incorporata pre-fusione.

Lo scopo del legislatore comunitario è quello di identificare esattamente quali elementi sono strettamente connessi alla Stabile Organizzazione italiana. Infatti se la società incorporata prima della fusione possedeva delle attività all'estero connesse ad una Stabile Organizzazione della società incorporata stessa, che produceva delle

⁸⁷ Il disavanzo esente dalla tassazione è solo quello riferito ai cespiti della società italiana incorporata, mentre non si riferisce alla partecipazione che l'incorporante possiede della società incorporata prima della fusione, la quale ha rilievo fiscale nello Stato dell'incorporante.

⁸⁸ Gabelli e Rossetti, Riconoscimento gratuito del disavanzo di fusione: note minime sui capital gain realizzati da non-residenti, *Fiscalità Internazionale*, 2004, pag. 32 e ss.

perdite, tali perdite non possono essere portate in detrazione a seguito della fusione transnazionale.

In questo modo la società italiana viene incorporata da una società estera e in Italia permane solamente la Stabile Organizzazione strettamente collegata al territorio italiano e non è possibile che questa abbia altre attività in Paesi terzi.

Un ultimo aspetto da analizzare riguarda le riserve in sospensione d'imposta, le quali non sono soggette a tassazione qualora vengano contabilizzate all'interno del bilancio della Stabile Organizzazione.

Tali fondi in sospensione d'imposta, affinché non concorrano a formare il reddito della società incorporante, devono essere ricostruiti esattamente all'interno delle scritture contabili della Stabile Organizzazione e l'importo di tali scritture deriva dall'ultimo bilancio della società incorporata prima della fusione intracomunitaria.

L'Art. 172 comma 5 del TUIR disciplina esattamente quali fondi devono essere ricostruiti ed è rilevante ai fini della contabilizzazione il collegamento con particolari eventi che possono modificarne la condizione di sospensione d'imposta⁸⁹.

La seconda fattispecie si riferisce sempre ad una fusione UE "in uscita" dall'Italia. Questo è il caso in cui la società incorporata è residente in Italia ed esercita la sua attività attraverso una Stabile Organizzazione all'estero, la quale viene incorporata da una società incorporante e residente in un altro Paese membro diverso dai due precedenti.

La situazione che risulta post-fusione intracomunitaria presenta: l'estinzione della società italiana, la quale conferisce tutto il suo patrimonio all'incorporante e il mantenimento della Stabile Organizzazione nello Stato estero, la quale fa riferimento alla società incorporante estera. In tale caso nello Stato italiano decadono i criteri di collegamento con la Stabile Organizzazione estera.

L'Italia mantiene però la potestà impositiva sulla plusvalenza realizzata nel trasferimento della Stabile Organizzazione dalla società incorporata alla società incorporante. Infatti l'Italia ha diritto a mantenere la potestà impositiva su tale plusvalenza perché se così non fosse rinuncierebbe e perderebbe del reddito tassabile.

⁸⁹ Qualora non ci fossero eventi modificativi dello status di sospensione d'imposta, si contabilizzano le riserve in modo tradizionale, quindi in proporzione alle quote del patrimonio netto contabile. Ad esempio le riserve di rivalutazione monetaria non sono collegate ad eventi.

La plusvalenza in questo caso non può rispettare il principio di neutralità fiscale perché subentra una penalizzazione dello Stato italiano rispetto a quello dell'incorporante.

Pertanto la plusvalenza della Stabile Organizzazione trasferita in seguito all'operazione di fusione transnazionale, è tassabile in Italia, ai sensi della Direttiva 90/434/Ce, a titolo di realizzo al valore normale⁹⁰ potendo dedurre l'imposta fino al suo totale assorbimento come se non fosse stata attuata una fusione transfrontaliera.

Per comprendere meglio quanto previsto si deve innanzitutto considerare che la plusvalenza va calcolata come differenza tra valore normale e valore fiscalmente riconosciuto da parte dello Stato italiano per l'applicazione delle imposte sui redditi.

La norma prevede inoltre che si possa dedurre dall'imposta una somma pari a quanto lo Stato terzo, nel quale è situata la Stabile Organizzazione, potrebbe prelevare se non fosse stata applicata la Direttiva in esame. Tale meccanismo è chiamato "Notional Tax Credit" e serve a garantire che lo stesso reddito non venga tassato due volte, in tale modo si crea una sorta di credito d'imposta "virtuale".

Lo stato nel quale risiede la Stabile Organizzazione qualora applichi la Direttiva 90/434/Ce deve rispettare il principio di neutralità di tassazione, ma dal momento in cui questa non fosse applicabile tale trasferimento originerebbe una tassazione. Attraverso l'attuazione di questo meccanismo il Paese di residenza, nel nostro caso l'Italia, si tutela dalla tassazione per importi che potrebbe prelevare in futuro se non fosse applicata la Direttiva.

Il credito d'imposta "virtuale" che viene concesso ha un limite ben stabilito, infatti non può superare l'importo dell'imposta italiana e le eventuali eccedenze non potrebbero essere considerate ai fini della deduzione.

Tali diritti e obblighi tributari che sorgono in capo al trasferimento della Stabile Organizzazione devono essere assolti dalla società incorporante che subentra alla società incorporata nel rispetto di tali previsioni.

Il terzo caso riguarda una fusione UE "in entrata" quindi la società incorporante è una società residente in Italia, mentre la società incorporata ha la residenza in un altro Paese membro. L'incorporata estera, però, ha una Stabile Organizzazione in Italia, quindi in seguito alla fusione intracomunitaria, l'incorporante italiana risulta costituita da più aziende situate nel territorio nazionale.

⁹⁰ Il valore normale al quale vengono tassate le plusvalenze del trasferimento è inteso come il valore economico comprensivo di avviamento.

In tale caso non vi è l'obbligo di neutralità in capo allo Stato italiano perché è un principio che deve essere rispettato dallo Stato della residenza, ovvero dell'incorporata.

La particolarità di questa fattispecie riguarda principalmente la possibile formazione di avanzi o disavanzi da fusione⁹¹. Queste differenze che si verificano tra valori fiscali e valori contabili non sono rilevanti ai fini della tassazione secondo quanto previsto dalla Direttiva.

Pertanto gli elementi sia dell'attivo che del passivo mantengono i loro valori fiscali, indipendentemente da eventuali iscrizioni di disavanzi o avanzi da fusione. Infatti gli avanzi non sono tassabili e i disavanzi non sono deducibili all'interno di una fusione transnazionale.

In particolare per quanto riguarda i disavanzi da fusione si prevede che essi vengano imputati agli elementi patrimoniali dell'incorporata quindi si prevede l'iscrizione in bilancio di maggiori valori che non sono imponibili. E' necessario predisporre un prospetto di riconciliazione⁹² che permetta di evidenziare i valori fiscalmente riconosciuti. L'incorporante valuta ai fini fiscali i componenti patrimoniali sulla base dell'ultimo valore riconosciuto ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi.

Riguardo a questo aspetto l'Art. 172 comma 2 del TUIR prevede per le fusioni intracomunitarie, in linea con quanto previsto dalla Direttiva, che non vengano

⁹¹ Gli avanzi o disavanzi da fusione sono nello specifico:

- *Il disavanzo da annullamento*: si genera quando l'incorporante possiede delle partecipazioni nella società incorporata ed equivale ad una plusvalenza sui beni dell'incorporata. E' una differenza positiva tra il patrimonio netto contabile rispetto al valore della partecipazione dell'incorporante nell'incorporata.
- *L'avanzo da annullamento*: si genera quando l'incorporante possiede delle partecipazioni nella società incorporata ed equivale all'aumento delle poste passive o riduzione di quelle attive. E' una differenza negativa tra il patrimonio netto contabile rispetto al valore della partecipazione dell'incorporante nell'incorporata.
- *Il disavanzo da concambio*: si verifica quando si deve aumentare il capitale sociale della incorporante per assegnare ai soci dell'incorporata una corretta partecipazione ad esso. Si ha il disavanzo quando l'aumento del capitale sociale dell'incorporante è maggiore del patrimonio netto dell'incorporata. E' una sorta di costo di acquisizione pagato per l'incorporata.
- *L'avanzo da concambio*: si verifica quando si deve aumentare il capitale sociale della incorporante per assegnare ai soci dell'incorporata una corretta partecipazione ad esso. Si ha l'avanzo quando l'aumento del capitale sociale dell'incorporante è minore del patrimonio netto dell'incorporata.

⁹² Il *prospetto di riconciliazione* è un documento che va allegato alla dichiarazione dei redditi della società incorporante o risultante, la sua funzione è quella di evidenziare il disallineamento tra i valori fiscali dei beni iscritti in bilancio i quali mantengono il valore pre-fusione ed i valori rivalutati in seguito all'imputazione del disavanzo.

tassate le rivalutazioni derivanti dall'imputazione del disavanzo e che le stesse rivalutazioni non siano rilevanti ai fini fiscali.

Anche in tale fattispecie, come esplicitato nei casi precedenti, è possibile imputare il disavanzo da fusione ai beni della società incorporata solo se risultano effettivamente connessi ad una Stabile Organizzazione nel territorio estero in conformità con quanto previsto dall'Art. 2 del D.Lgs. 544/1992. Tutto ciò senza dare luogo alla formazione di plusvalenze rilevanti ai fini fiscali.

Può sorgere un dubbio per quanto riguarda il valore fiscale dei beni dell'incorporata, infatti ci si interroga se il valore fiscale pre-fusione sia riconosciuto per tutti i beni della società incorporata e quindi anche per quelli riferiti ad una Stabile Organizzazione in Italia.

La dottrina ha risposto a questo quesito considerando che tutti i beni mantengono il valore fiscale precedente alla fusione e che il disavanzo non assume nessuna rilevanza fiscale. In particolare gli elementi patrimoniali appartenenti alla Stabile Organizzazione situata in Italia precedentemente alla fusione avevano già un valore fiscalmente riconosciuto a livello nazionale e pertanto la fusione di questa parte di società può essere considerata come una fusione domestica.

La quarta fattispecie che si analizza è una fusione UE "in entrata" considerata come incorporante una società italiana e come incorporata una società residente in un Paese membro dell'Unione Europea e che opera attraverso una Stabile Organizzazione in uno Stato terzo.

Il risultato della fusione transnazionale è una società residente in Italia che possiede una Stabile Organizzazione nello Stato di residenza della società estinta ed un'altra Stabile Organizzazione in un Paese terzo⁹³.

Anche in tale caso non si prevede l'obbligo di rispettare il principio di neutralità da parte dell'incorporante italiana perché tale dovere spetta all'incorporata.

Per quanto riguarda l'imputazione dei disavanzi da fusione si riprende esattamente quanto espresso per il caso numero tre, quindi la rivalutazione non assume rilevanza ai fini fiscali dato che i beni mantengono il valore fiscale pre-fusione e questo disallineamento deve risultare espresso nel prospetto di riconciliazione.

⁹³ D'Alfonso, *Fiscalità Internazionale e riorganizzazioni societarie*, Amministrazione e finanza, 2001, pag. 27.

Il problema che emerge riguarda i beni della Stabile Organizzazione che l'incorporata aveva nello Stato terzo, infatti il dubbio che sorge è in relazione al mantenimento o meno del loro valore fiscale pre-fusione.

La questione riguarda la valorizzazione fiscale dei beni che l'incorporata possedeva all'estero (Stato terzo) sotto-forma di azienda o di Stabile Organizzazione, questi non hanno un valore fiscalmente riconosciuto in Italia e pertanto non si può valutare il loro valore in base al costo attribuito ai fini dell'applicazione delle imposte estere.

Il valore che si riconosce ai fini fiscali è il valore normale o corrente, quindi in tale caso il disavanzo sia da annullamento che da concambio assume rilevanza.

In presenza di disavanzo da annullamento ai beni esteri viene trasferito il valore fiscale della partecipazione che li rappresenta ed in questo modo risultano fiscalmente riconosciuti in Italia.

Dato che il valore dell'eventuale disavanzo da concambio è certificato da numerose perizie ed approvato dai soci, esso si configura come un buon metodo di valutazione degli elementi patrimoniali esteri.

Queste valutazioni secondo i disavanzi non devono comunque superare il valore di mercato dei beni esteri.

Risultano quindi due valori fiscali il primo riferito al valore fiscale riconosciuto nello Stato estero ai fini dell'applicazione delle imposte in tale Paese, ovvero il valore "storico", ed il secondo è il valore "corrente" attribuito dallo Stato italiano.

Qualora il bene estero rientrante nella Stabile Organizzazione dello Stato straniero venga alienato, spetta al Paese stesso, ovvero lo Stato della Fonte, tassare l'eventuale plusvalenza realizzata dalla cessione del bene.

L'Italia che è lo Stato della residenza, potrebbe però vantare un diritto di tassazione determinando una situazione di doppia imposizione, quindi la plusvalenza generatasi prima della fusione transnazionale verrebbe tassata ingiustamente in Italia.

La quinta ed ultima fattispecie descrive il caso di una fusione "estero su estero", quindi sia la società incorporante che la società incorporata sono residenti in un Paese membro diverso dall'Italia e l'incorporata estera possiede una Stabile Organizzazione in Italia⁹⁴.

Il risultato della fusione transnazionale è il trasferimento del patrimonio dell'incorporata all'incorporante estera la quale crea una Stabile Organizzazione

⁹⁴ Manera, Il regime fiscale delle operazioni di riorganizzazione aziendale in ambito UE, Giur. Imp., 2000, fascolo 5, pag. 1403 e ss.

italiana. Questa era la Stabile Organizzazione preesistente che apparteneva alla società incorporata ed ora fa capo alla società risultante dalla fusione. In questo modo l'incorporata ha perso ogni criterio di collegamento con l'Italia a seguito della fusione transnazionale.

In tale situazione si possono riscontrare numerose analogie con il primo caso, infatti si prevede l'applicazione del principio di neutralità espresso dall'Art. 4 della Direttiva 90/434/Ce ed il conseguente meccanismo di continuità dei valori fiscali, evitando la tassazione di eventuali plusvalenze che emergono dai beni dell'incorporata.

Lo Stato che generalmente dovrebbe tassare tali differenze positive, si deve astenere dalla tassazione⁹⁵.

La condizione perché si verifichi la continuità fiscale è relativa alla presenza di una Stabile Organizzazione nello Stato di residenza dell'incorporata e che ad essa non siano distolti i beni conferiti durante l'atto di fusione. Qualora fossero distratti si considerano realizzati al loro valore normale e si deve tassare la plusvalenza.

Si ritengono realizzati a valore normale anche i beni della società incorporata che non confluiscono all'interno della Stabile Organizzazione italiana.

Nella fusione con conferimento di Stabile Organizzazione lo Stato di residenza dell'incorporata rinuncia al diritto di tassazione di quest'ultima ai sensi dell'Art. 10 della Direttiva "Riorganizzazioni", perdendo ogni criterio di collegamento con tale Stabile Organizzazione la quale risulta in capo alla società incorporante.

Anche in questo caso vige il principio di irrilevanza fiscale dell'imputazione, da parte dell'incorporante, del disavanzo da fusione ai beni appartenenti alla Stabile Organizzazione. Possibili differenze tra valori fiscali e valori rivalutati vanno iscritte all'interno del prospetto di riconciliazione. Anche se vengono contabilizzati maggiori valori, non si attribuisce ad essi rilevanza fiscale.

Un altro aspetto da sottolineare riguarda la eventuale partecipazione dell'incorporata posseduta dall'incorporante prima della fusione, che non assume nessuna rilevanza fiscale né nello Stato di residenza dell'incorporata né in Italia, infatti è considerata solo nel Paese dell'incorporante.

In conclusione in Italia si imputa il disavanzo solamente ai cespiti effettivamente connessi con la Stabile Organizzazione che l'incorporata possedeva prima della

⁹⁵ Anecchino, Il regime fiscale delle fusioni transfrontaliere, Foro Italiano, 1992, fascicolo 5, pag. 303 e ss.

fusione e che risultano anche post fusione transnazionale. Tale disavanzo è irrilevante fiscalmente.

Per quanto riguarda il riporto delle perdite fiscali conseguite dalla Stabile Organizzazione, è consentito sia dallo Stato italiano che dalla Direttiva, anche se non vi è una totale concordanza.

Secondo l'Art. 181 comma 1 del TUIR è possibile utilizzare le perdite nel limite della differenza tra l'attivo e il passivo degli elementi effettivamente connessi alla Stabile Organizzazione. Il Testo Unico prevede, però, che si possano riportare le perdite solo nel caso in cui si ha una società conferente la Stabile Organizzazione residente.

Il reddito della Stabile Organizzazione si forma attraverso i fondi in sospensione d'imposta che appartengono alla società conferente, e nel caso in analisi la società conferente è una società residente in un Paese estero diverso dall'Italia.

Secondo quanto previsto dalla Direttiva 90/434/Ce, invece, si consente il riporto delle perdite secondo l'Art. 6. Per quanto riguarda il reddito della Stabile Organizzazione esso è formato dai fondi in sospensione d'imposta risultanti dall'ultimo bilancio della conferente estera che sono stati ricostruiti nelle scritture contabili della Stabile Organizzazione italiana.

2.9. Approfondimento sull'implementazione della Direttiva 90/434/Ce

La società di consulenza fiscale "Ernest&Young" Europa ha condotto uno studio⁹⁶ in merito all'implementazione della Direttiva analizzata in questo capitolo ed ha cercato di individuare quali fossero i punti di maggiore criticità derivanti dal recepimento della Direttiva negli Stati membri.

Questo studio è stato condotto seguendo un approccio molto pratico, infatti si basa sulla compilazione di questionari elaborati ad hoc dagli esperti fiscali della società. Il questionario permetteva di analizzare come ogni articolo della Direttiva sia stato recepito e quali fossero i punti di contrasto per ogni Paese membro, rilevando 37 casi di incompatibilità.

⁹⁶ Sintesi dello studio si può consultare:

http://ec.europa.eu//taxation_customs/resources//documents/taxation/company_tax/mergers_directive/study_impl_direct.pdf

I dati sono stati in seguito analizzati in maniera molto accurata ed hanno portato a sintetizzare le seguenti conclusioni.

Sono stati evidenziati quattro punti critici sull'implementazione della Direttiva, ovvero:

- Incertezza nell'utilizzo di alcuni termini della direttiva

Nel testo della Direttiva in esame, scritto in lingua inglese, sono stati adottati i seguenti termini: "real value", "value for tax purpose", "provision and reserves", "head office" e "comparable circumstances".

Dallo studio risulta che la traduzione di tali vocaboli all'interno delle legislazioni nazionali non sia corretta. Per gli Stati è stato molto difficile dare un'interpretazione comune ed ognuno ha adattato i termini alle proprie esigenze.

Ciò non garantisce omogeneità nell'applicazione della disciplina, infatti gli Stati potrebbero discostarsi dallo scopo che vuole perseguire la Direttiva.

Pertanto risulterebbe opportuno che il legislatore comunitario fornisca una descrizione più dettagliata di tali termini in modo tale evitare tali problemi interpretativi.

- Perdita della potestà impositiva

Lo studio evidenzia la presenza di otto casi reali nei quali si è verificata la perdita di potestà impositiva da parte di uno Stato membro a fronte dell'applicazione delle norme imposte dalla Direttiva.

Garantire la potestà impositiva è un obiettivo perseguito sia dalle norme primarie comunitarie che dalla Direttiva in esame, pertanto si riscontra poca coerenza dato il fatto che alcuni Stati possono perdere questa facoltà.

E' compito del legislatore comunitario intervenire ad integrare la presente disciplina per evitare che questo fenomeno si possa verificare, considerando altre possibili situazioni oltre a quelle già analizzate. Il compito è quello di trovare tutte le possibili soluzioni per garantire allo Stato di origine della fusione un differimento impositivo.

- Ulteriori esigenze degli Stati membri

In alcune circostanze gli Stati membri hanno delle esigenze più stringenti rispetto a quando previsto dalla Direttiva e di conseguenza si possono porre in contrasto con essa.

I Paesi membri hanno la necessità di tutelare la propria potestà impositiva ed evitare che alcuni elementi patrimoniali possano sfuggire alla tassazione. Pertanto predispongono norme più restrittive per autotutelarsi.

Un esempio, precedentemente illustrato, riguarda la norma nazionale italiana in merito al riporto delle perdite che si pone in contrasto con l'Art 6 della Direttiva. Nello studio di "Ernest&Young" Europa si sono evidenziati gli ambiti nei quali si riscontano esigenze diverse tra Stati membri e legislatore comunitario in relazione a: scambio di azioni, riporto del valore contabile, accantonamenti, riserve e trasferimenti di attivo in esenzione da imposte.

- Considerazioni della Corte di Giustizia europea in merito all'evasione fiscale

All'Art. 11 della Direttiva il legislatore comunitario permette di non applicare i principi derivanti dalla Direttiva stessa qualora si possano verificare dei casi di elusione e evasione fiscale.

Il problema rilevato nello studio evidenzia come non sempre ci sia coerenza tra la definizione di elusione fiscale fornita dalle pronunce della Corte UE e quanto considerato dai legislatori degli Stati membri. Pertanto si crea un contrasto tra Direttiva e norme interne⁹⁷.

⁹⁷ F. Roccatagliata e M.G. Valente, *Fiscalità Comunitaria, Parte III: La Commissione Europea, Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2012, pag. 367-369.

CAPITOLO 3: LA LIBERTA' DI STABILIMENTO

3.1. Le libertà fondamentali

Le libertà fondamentali sancite dall'Unione europea riguardano la libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali ed anche il diritto di stabilimento.

Negli anni si è dimostrato, anche attraverso numerose pronunce della Corte di Giustizia Europea, come esse delimitino il potere impositivo degli Stati membri i quali devono definire le loro norme interne in materia fiscale nei limiti di tali libertà di circolazione⁹⁸.

Questa concezione più ampia si è formata a seguito di varie pronunce specifiche riguardanti singoli casi, che seguendo una linea comune, hanno consentito di sancire dei principi generali.

Si professa, infatti, la conciliazione tra la funzione legislativa nazionale in materia tributaria ed il rispetto dei fondamenti della costituzione europea, al fine di ottenere un corretto rapporto tra le parti.

La portata delle libertà fondamentali si è allargata sempre di più negli anni perché le libertà stesse sono importanti al fine della creazione ed espansione del Mercato Unico Europeo, l'intenzione del legislatore, come descritto nel Capitolo 1. , è quella di abbattere le frontiere per permettere alle merci, persone e capitali di spostarsi liberamente.

Inizialmente, per il legislatore, dava rilievo solamente alla circolazione delle merci e dei capitali considerati fattori economicamente produttivi, successivamente, però, ha constatato l'importanza cruciale dello spostamento anche delle persone fisiche, soggetti più difficilmente valutabili dal punto di vista economico, ma comunque fattori chiave nello sviluppo del Mercato Unico⁹⁹.

Nella sentenza Zambrano dell'8 marzo 2011 C-34/09, la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito all'ulteriore ampliamento della portata delle libertà fondamentali, riconoscendo la loro validità anche senza il presupposto dell'attraversamento fisico transfrontaliero¹⁰⁰.

⁹⁸ S. Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Cedam, Lavis (TN), 2012.

⁹⁹ Adinolfi, *Le libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione in Diritto dell'Unione Europea*, Strozzi, Torino, 2010, pag. 63 e ss.

¹⁰⁰ Hailbronner, Thym, *Common Market Law Review*, 2011, pag. 1253 e ss.

Una volta espressi i principi generali, il rapporto che intercorre tra le quattro libertà fondamentali e le singole discipline nazionali, ai fini della tesi è bene soffermarsi sull'importanza della diritto di stabilimento nel contesto europeo.

Esso viene introdotto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed è definito come il diritto che garantisce ai cittadini dell'Unione europea il libero accesso alle attività autonome e all'esercizio e costituzione di società, quindi permette di svolgere sia attività di lavoro autonomo che attività d'impresa nei Paesi membri.

Precedentemente all'entrata in vigore del TFUE che definisce in modo esplicito l'introduzione della libertà di stabilimento, il legislatore comunitario prevedeva comunque delle forme alternative di tutela di tale diritto.

Nel Trattato di Roma si sancivano due modalità anticipatrici di questo diritto ovvero la "clausola di *standstill*", ex Art. 53 del TCE, e l'Art. 293 del TCE, entrambi successivamente abrogati.

La prima modalità era una norma che prevedeva un divieto per gli Stati membri di inserire delle restrizioni alla libertà di stabilimento, nello specifico la clausola "*standstill*" imponeva di non introdurre dei dazi doganali o tasse di effetto equivalente, per quanto riguarda l'importazione e l'esportazione delle merci all'interno della Comunità Europea. L'astensione dall'imposizione alla frontiera permetteva di tutelare la libertà di stabilimento.

L'Art. 293 del TCE, invece, autorizzava gli Stati membri a concludere degli accordi internazionali che prevedessero l'eliminazione della doppia imposizione, per poter permettere alle società dei loro Paesi membri di circolare.

Questi patti, infatti, prevedevano il riconoscimento della società all'estero, il mantenimento della personalità giuridica e la facoltà di attuare delle fusioni transfrontaliere.

Questo articolo è stato successivamente abrogato e sostituito dalle direttive che hanno permesso di armonizzare al meglio il processo di formazione del Mercato Unico Europeo e di tutelare il diritto di stabilimento in maniera più omogenea. La disciplina dettata dall'Art. 293 del Trattato CE risultava, infatti, molto ambigua e difficile da interpretare dato che lo scopo originario non veniva palesato, quindi la

Corte di Giustizia nelle sue pronunce ha fatto scarso riferimento a questo Articolo¹⁰¹, nonostante riconoscesse l'importanza della tutela del diritto di stabilimento.

L'esercizio della libertà di stabilimento difficilmente può essere sottoposto e disciplinato dalle convenzioni tra Stati. L'art. 293 del Trattato CE non imponeva nessun obbligo e nessun vincolo volto alla conclusione di tali accordi contro la doppia imposizione¹⁰², quindi sono state introdotte nuove norme finalizzate a sancirne la disciplina in maniera più autorevole.

Il legislatore comunitario in questo modo ha dimostrato un'intenzione chiara in merito alla promozione di operazioni come le fusioni transfrontaliere ed il trasferimento della sede sociale all'estero, infatti la normativa in materia di tutela della libertà di stabilimento ha permesso l'incremento di tali iniziative.

In questo contesto nasce anche la Società Europea, che è una tipologia di società sovranazionale, la quale può trasferirsi liberamente all'interno dello spazio economico europeo, la normativa europea di questo strumento verrà trattata in maniera più approfondita nel paragrafo 3.7. del presente capitolo.

Prima di concludere questa parte introduttiva ed analizzare nello specifico: la residenza, la Società Europea, gli Artt. 49, 52 e 54 del TFUE e tutte le sentenze ad essi collegate, è bene soffermarsi sul perché il diritto di stabilimento, e non le altre libertà fondamentali, sia l'oggetto di indagine di questa tesi.

Le ragioni sono sostanzialmente due: la prima è che la normativa fa esplicito rinvio alla circolazione delle società all'interno dell'Unione Europea, quindi qualora si faccia riferimento al trasferimento delle società ed al concetto di residenza fiscale, si ricollegano direttamente alla libertà di stabilimento, in quanto essa è l'unica che ne tratti l'argomento in modo diretto.

La seconda ragione si riferisce al fatto che negli anni la Corte di Giustizia europea, nelle pronunce, ha fatto esplicito richiamo alla libertà di stabilimento quando si trattava il tema del controllo di una società da parte di un'altra residente in uno Stato membro diverso .

Detenere una partecipazione di controllo in una società è una situazione differente rispetto a detenere una partecipazione inferiore che non garantisca il controllo, infatti

¹⁰¹ Reimer, *The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hoffmann's Analysis in Double taxation within the European Union*, Rust, Amsterdam, 2011, pag. 87.

¹⁰² L.S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, pag. 44

quest'ultima è assimilata ad un mero investimento economico che quindi viene tutelato dalle regole dettate sulla libertà di circolazione dei capitali¹⁰³.

La differenza tra libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali si riscontra nella pronuncia della Corte nella sentenza del 14 settembre 2006, causa C-386/04. Qualora un soggetto acquisti un immobile in uno Stato membro, compiendo un investimento economico, se tale investimento è funzionale ad esercitare l'attività d'impresa allora si tratta di libertà di stabilimento, mentre se l'investimento è funzionale all'ottenimento di un mero rendimento allora si parla di libertà di circolazione dei capitali¹⁰⁴.

Può capitare anche che un soggetto possa sovrapporre queste due libertà, come nel caso di una costituzione di una società la quale risponde sia all'esigenza di investire del denaro, sia all'esigenza di esercitare l'attività economica.

In conclusione la libertà di stabilimento consente alle società di potersi trasferire e spostare all'interno dello spazio economico europeo al fine di svolgere attività d'impresa. Comunque è bene sottolineare che il legislatore comunitario pone anche delle restrizioni attraverso l'emanazione dell'Art. 52 del TFUE, che viene analizzato nei paragrafi successivi¹⁰⁵.

3.2. Il concetto di residenza

Il concetto di residenza risulta fondamentale perché distingue e delimita il potere impositivo dei singoli Stati membri, quindi è molto importante darne una definizione e specificarne le peculiarità.

Esso è strettamente collegato al concetto di libertà di stabilimento, in quanto, quest'ultima autorizza i soggetti a muoversi all'interno dello spazio europeo mentre la residenza permette agli Stati, nei quali si trasferiscono le persone giuridiche, di

¹⁰³ Favi, Diritto di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali nell'ambito delle imposte dirette, Rivista di diritto tributario, 2011, fascicolo 3, pag. 42 e ss.

¹⁰⁴ Sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04.

¹⁰⁵ Condinanzi, la libertà di stabilimento, Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale, Torino, 2010, pag. 185 e ss.

imporre il proprio regime di tassazione qualora queste società vengano ritenute residenti nel territorio dello Stato¹⁰⁶.

In una prima analisi è bene distinguere tra cittadinanza, per le persone fisiche, o nazionalità, per le persone giuridiche, e la residenza.

Soltanto quest'ultima è rilevante ai fini fiscali perché rappresenta un collegamento con il territorio dello Stato nel quale la società usufruisce dei servizi da esso forniti e pertanto deve partecipare alle spese pubbliche attraverso l'obbligo di contribuzione¹⁰⁷.

La cittadinanza o la nazionalità non assumono importanza ai fini fiscali perché non assicurano la creazione di criteri di collegamento con il territorio, infatti un soggetto potrebbe mantenere la cittadinanza o nazionalità in uno Stato, ma insediarsi in modo stabile in un altro.

La tassazione per i residenti in uno Stato membro avviene generalmente sui redditi ovunque prodotti nel Mondo, secondo il cosiddetto criterio "World-Wide Taxation", mentre per i non residenti si verifica solo per la parte di reddito prodotto all'interno dello Stato della fonte, nel quale vengono soddisfatti i criteri di collegamento con esso¹⁰⁸.

I criteri di collegamento, come indica la parola stessa, collegano la società al territorio di uno Stato e quindi permettono di ritenere tale soggetto fiscalmente residente in quel Paese.

Solo se vengono soddisfatti tali criteri di collegamento, cioè dei legami qualificati con l'ordinamento nazionale, lo Stato può estendere la sua potestà impositiva nel rispetto del principio della capacità contributiva¹⁰⁹.

¹⁰⁶ S. Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Cedam, Lavis (TN), 2012.

¹⁰⁷ Cordeiro Guerra, *i limiti territoriali alla definizione dei presupposti imponibili*: a) sul piano del diritto internazionale in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, pag. 89 e ss.

¹⁰⁸ Vogel, *World-wide or source taxation of income*, *Rassegna Tributaria*, 1988, pag. 259 e ss.

¹⁰⁹ Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, pag. 213

3.2.1. Il Criterio di Collegamento di natura Formale ed il Criterio di Collegamento di natura Sostanziale

Negli anni si sono verificate due tendenze diverse degli Stati membri per classificare la residenza fiscale, promuovendo due tipologie differenti di criteri di collegamento: i criteri di natura formale e i criteri di natura sostanziale¹¹⁰.

Il primo è detto anche “criterio per incorporazione” ed attribuisce la potestà impositiva allo Stato nel quale la società possiede la sede legale.

In questo caso si privilegia, ai fini dell’attribuzione della residenza fiscale, la formalità dell’atto di costituzione che consente di identificare con modalità univoche lo Stato, senza dare spazio ad incertezze.

La sede legale deriva da dati certi, infatti, viene indicata nell’atto costitutivo o nello statuto e ne viene data apposita pubblicità. Infatti come sostiene Marino¹¹¹ ne “La residenza nel diritto tributario”: “la sede legale di per sé assorbe il luogo di costituzione”.

Gli Stati che adottano tale criterio di collegamento per stabilire la residenza consentono alle società di valutare a priori quale sarà il regime di tassazione al quale saranno soggette perché è strettamente legato al luogo in cui verrà stabilita la sede legale.

La legge dell’incorporazione favorisce anche le società che trasferiscono la loro sede sociale all’estero perché garantisce la continuità dell’applicazione delle norme interne di tassazione. La società continua ad essere connessa allo stato di costituzione anche a seguito dello spostamento della sede.

Il criterio di natura formale presenta i vantaggi appena elencati i quali sono stati evidenziati anche dalla Corte nella pronuncia del caso “Uberseering”¹¹², tanto che anche il legislatore tedesco ha introdotto nel suo ordinamento una normativa favorevole all’utilizzo di tale criterio di collegamento¹¹³.

Il secondo criterio, di natura sostanziale, si utilizza per rispondere alle nuove esigenze che si sono manifestate negli ultimi anni, infatti, attraverso lo spostamento delle

¹¹⁰ Mastellone e Sacchetto, *La residenza, Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli, Torino, 2011, pag. 117.

¹¹¹ G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, CEDAM, Padova, 1999, pag. 212.

¹¹² Sentenza del 5 novembre 2001, causa C-208/00.

¹¹³ P. Kindler, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, 2009, pag. 549 e ss.

società o la creazione di altre sedi in altri Paesi membri, lo Stato di destinazione, che è lo Stato nel quale si svolge l'attività produttiva e si opera in maniera concreta, si ritrova a rivendicare la potestà impositiva considerando quelle società come residenti nel proprio territorio.

Quest'ultimo individua la sede dell'amministrazione e l'oggetto sociale come elementi che autorizzano lo Stato di destinazione ad esercitare la tassazione secondo quanto previsto dalle norme interne.

Tali organi si contrappongono alla sede legale, derivante dall'atto formale, andando a valorizzare la sede effettiva nel quale viene svolta realmente l'attività.

In particolare la sede amministrativa non ha una definizione ben circoscritta, ma si identifica a seconda dei casi con il luogo nel quale si riuniscono gli amministratori o il luogo nel quale vengono adottate le decisioni e si forma la volontà. Cordeiro Guerra ha provato a completare la definizione aggiungendo che essa si configura anche: "come il luogo nel quale è ordinariamente condotta l'attività dell'impresa e dove, dunque, giorno per giorno, la stessa è gestita in modo continuativo".¹¹⁴

Questo criterio si adatta meglio a contrastare i fenomeni di evasione fiscale, infatti un soggetto potrebbe risultare dai dati formali residente in uno Stato membro con regime di tassazione favorevole, ma in realtà operare in un altro Stato con livello di imposizione superiore.

Il criterio sostanziale consente di tassare in base al territorio in cui effettivamente viene svolta l'attività senza considerare eventuali finzioni attuate per pagare imposte inferiori.

Il criterio di collegamento sostanziale presenta comunque alcune criticità e dei problemi di applicazione.

Il primo riguarda il trasferimento della sede reale dallo Stato originario ad un altro che comporta lo scioglimento e la ricostruzione *ex novo* secondo le norme del nuovo Stato in cui si trasferisce e in questo modo, quindi, la società non può mantenere la sua esistenza giuridica.

Pertanto questo criterio, posto a paragone con quello di natura formale, non garantisce la continuità giuridica perché la società, che trasferisce la sua sede, viene sottoposta alla normativa dello Stato di destinazione. In tal modo perde il collegamento con lo Stato di costituzione originario e secondo le norme previste dal

¹¹⁴ Cordeiro Guerra, La cosiddetta esterovestizione al vaglio dei giudici di merito, Giustizia Tributaria, 2008, pag. 570.

criterio sostanziale, è soggetta all'applicazione della normativa del Paese in cui stabilisce la sua sede effettiva.

Una seconda criticità è relativa all'individuazione della sede reale che spesso non risulta agevole, infatti essa dovrebbe essere unica e risultante da un'analisi comparativa ben precisa.

Generalmente gli Stati svolgono delle indagini superficiali individuando solamente gli elementi collegati al loro territorio, senza soffermarsi a lungo sull'aspetto comparativo, infatti, potrebbero essere collocati anche altrove. Tali aspetti di incertezza fanno sconfinare l'individuazione della sede reale nell'arbitrio¹¹⁵.

Questi due criteri di individuazione della residenza fiscale risultano impiegati sia come uno alternativo all'altro sia come combinazione. Gli Stati li utilizzano per cercare di massimizzare il gettito che possono ricavare dall'imposizione, determinando, come conseguenza, la tendenza a considerare fiscalmente residente un numero sempre maggiore di soggetti, comportando, così, un incremento di fenomeni di doppia imposizione¹¹⁶.

3.2.2. La residenza europea

Per quanto concerne una definizione di residenza fiscale, il legislatore comunitario rinvia ai singoli Paesi la facoltà di utilizzare la loro disciplina nazionale, dunque nella normativa UE il concetto di residenza ai fini fiscali non gode di una nozione autonoma.

Nell'Art. 3, lett b) della Direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009, si forniscono indicazioni generali in merito alla società che possiede la residenza europea, definendola come: "la società secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro [...] considerata come avente il domicilio¹¹⁷ fiscale in tale Stato membro", quindi rimanda esplicitamente alle regole interne.

¹¹⁵G. Marino e Uckmar, La residenza, Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2003, pag. 233 e ss.

¹¹⁶ S. Dorigo, Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea, Cedam, Lavis (TN), 2012.

¹¹⁷ Il legislatore nella direttiva inserisce il termine "domicilio" e non residenza fiscale, secondo l'interpretazione comune della dottrina in materia tributaria i due termini si equivalgono. G. Marino, La residenza nel diritto tributario, CEDAM, Padova, 1999, pag. 212.

Il legislatore comunitario vuole specificare che tali disposizioni in merito alle società con residenza europea valgono solo per operazioni che avvengono all'interno dell'Unione Europea, letteralmente: "non sia considerata come avente tale domicilio fuori dalla Comunità".¹¹⁸

La posizione di Ballancin in merito alla rilevanza della residenza fiscale in ambito comunitario è esemplificativa della posizione assunta dal legislatore, in quanto egli la definisce come "prospettiva dinamica e bifronte al tema della residenza fiscale".¹¹⁹

Il termine bifronte è indicativo del fatto che il legislatore in materia tributaria, attraverso le direttive emanate rimanda alla disciplina degli Stati membri rimanendo molto generico, mentre la Corte di Giustizia Europea attraverso le sue pronunce ne delimita i contorni in modo più chiaro.

Anche in questa tesi si analizzano entrambi gli aspetti iniziando dal primo, gli Stati membri trattano la questione della residenza fiscale in modo diverso salvo poi coordinarsi attraverso delle convenzioni qualora subentrino delle operazioni intracomunitarie.

Quando sussistono atti transnazionali, la disciplina nazionale in materia rimane la stessa e si interviene solo per evitare il fenomeno della doppia imposizione, attraverso il sussidio delle disposizioni del Modello OCSE.

Anche la Corte di Giustizia ha fatto ricorso al concetto di residenza fiscale per delimitare l'ambito spaziale nel quale ciascuno Stato ha il potere impositivo, quindi conferma quanto espresso in precedenza che la residenza sia un giusto parametro di classificazione perché consente di collegare correttamente la società con il territorio dello Stato.

La Corte inoltre permette di dichiarare se la residenza definita dalla norma nazionale sia compatibile e rispetti la libertà di stabilimento.

Ad esempio nel caso *Lasteyrie du Saillant*, sentenza dell'11 marzo 2004, C-9/02, la Corte di giustizia europea contesta una norma francese che ostacola il libero trasferimento delle persone.

Se un soggetto residente nel territorio francese sposta il suo domicilio in un altro Stato allora lo Stato di origine tassa immediatamente al valore normale la plusvalenza che deriverebbe dalle partecipazioni possedute dal soggetto contribuente oppure

¹¹⁸Art. 3, lett b) della Direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009.

¹¹⁹ Ballancin, Note in tema di esteroinvestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona, *Rivista di diritto tributario*, 2008, pag. 987.

consente un differimento del pagamento solo se si compiono numerosi adempimenti e se si forniscono delle garanzie allo Stato francese in merito alla riscossione.

La Corte considera tale norma in contrasto con la libertà di stabilimento perché, presupponendo l'imposizione immediata di plusvalenze, ancora prima che si realizzino, scoraggia i soggetti residenti a circolare nello spazio comune europeo.

Inoltre la Corte contesta le misure cautelari predisposte dalla normativa francese poiché considerate eccessivamente restrittive, dato che sottraggono al soggetto passivo la disponibilità del patrimonio.

Altre due sentenze che dimostrano come la Corte cerchi di delineare il concetto di residenza per permettere ai soggetti di godere appieno del diritto di stabilimento riguardano il caso N¹²⁰ ed il caso National Grid Indus¹²¹.

In queste due sentenze la Corte sostiene che al momento del trasferimento della residenza fiscale da un Paese membro ad un altro, la tassazione delle plusvalenze latenti non possa essere esercitata nell'immediato da parte dello Stato di origine, e si prevede un rinvio della riscossione.

Allo Stato d'origine spetta la differenza tra il valore di mercato e il valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio trasferito, da richiedere solo in un momento successivo.

3.2.3. La residenza in Italia

In Italia sia le persone fisiche che giuridiche, se soddisfano i criteri di collegamento stabiliti dall'ordinamento italiano in modo tale da essere considerate residenti, sono sottoposte alla tassazione secondo il "criterio dell'utile mondiale".

La residenza risulta il corretto criterio per delimitare il potere fiscale dello Stato e si individua in base ai criteri di collegamento posti in atto dai soggetti¹²².

Le persone fisiche residenti si definiscono in base alle condizioni previste dall'Art. 2 del TUIR che prevede di dover mantenere nel territorio dello Stato italiano almeno uno dei tre elementi, elencati nel testo dell'articolo, per la maggior parte del periodo d'imposta, che corrisponde a 183 giorni (metà dell'anno solare più uno).

¹²⁰ Sentenza 7 settembre 2006, C-470/04

¹²¹ Sentenza 29 novembre 2011, C-371/10

¹²² Sanchez, Fluxa, 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, 2005, pag 221.

Gli elementi sono:

- Iscrizione all'anagrafe, che è un dato fornito direttamente dai comuni dello Stato Italiano
- Residenza in senso civilistico, che corrisponde alla dimora abituale nella quale il soggetto intrattiene le sue relazioni familiari e sociali
- Domicilio in senso civilistico, con il quale si identifica il luogo in cui il soggetto ha i suoi interessi principali, con riferimento sia all'attività svolta che agli affetti.

Le persone giuridiche¹²³ si ritengono residenti in Italia, secondo quanto previsto dall'Art. 73 comma 3 del TUIR, se per la maggior parte del periodo d'imposta possiedono almeno uno dei seguenti elementi nel territorio dello Stato italiano:

- Sede legale, è la sede che risulta inserita formalmente nell'atto di costituzione o nello statuto della società.
- Sede dell'amministrazione, si definisce la sede nella quale vengono adottate le decisioni più importanti per il futuro della società, generalmente si identifica con il luogo nel quale si riunisce il Consiglio di Amministrazione.
- Oggetto principale, si riferisce al territorio nel quale si svolge l'attività economica della società¹²⁴.

Il legislatore italiano ha utilizzato entrambi i criteri illustrati nel paragrafo 3.2., ovvero quello formale e quello sostanziale.

Come si era anticipato è possibile che uno Stato li possa inserire entrambi nel definire la residenza fiscale di un soggetto giuridico, in questo modo si attraggono sotto la potestà impositiva un gran numero di società e questo permette di massimizzare il perimetro che delimita il potere impositivo dello Stato italiano¹²⁵.

Un dato da rilevare in merito all'uso di tali criteri riguarda la supremazia della sede effettiva su quella formale, viene utilizzata solo in maniera residuale qualora gli altri due parametri non siano soddisfatti. Ovvero quando il luogo nel quale si prendono le

¹²³ Per le società di persone si fa riferimento all'Art. 5 del TUIR mentre per le società di capitali all'Art. 73 TUIR, però entrambi prevedono l'obbligo di dover soddisfare gli stessi criteri.

¹²⁴ L. Tosi e R. Baggio, Lineamenti di diritto tributario internazionale – Quinta Edizione, Cedam, L.E.G.O. S.p.a., Vicenza, 2016.

¹²⁵ Sacchetto e Amatucci, L'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in Trattato di diritto tributario, Padova, 1994, pag. 91.

decisioni e il luogo nel quale viene svolto il core business aziendale siano situati al di fuori dello Stato italiano¹²⁶.

Questo aspetto viene confermato nel caso in cui sorga il problema della doppia imposizione, che si riscontra quando una società risulta fiscalmente residente in due Stati differenti dato che soddisfa criteri di collegamento in entrambi i Paesi.

Il modello OCSE propone come soluzione il criterio del “tie breaker rule”, tale strumento individua come Paese d’origine quello nel quale è situata la sede della direzione effettiva, e quindi è l’unico autorizzato ad esercitare la potestà impositiva.

All’Art. 4 paragrafo 3 del Modello OCSE si definisce la sede della direzione effettiva come la sede nella quale si riuniscono i Consigli d’Amministrazione per prendere qualsiasi tipo di decisioni, non necessariamente strategiche, quindi il luogo effettivo dove si forma la volontà societaria¹²⁷.

3.3. La libertà di stabilimento

La libertà di stabilimento fra le libertà fondamentali sancite dal TFUE è quella che assume più rilevanza per il buon funzionamento del Mercato Unico Europeo.

Essa viene disciplinata dagli Artt. 49-55 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea e consente alle persone fisiche e giuridiche di poter spostare le proprie attività all’interno dell’Unione Europea senza discriminazioni tra residenti e non residenti.

Lo scopo del legislatore comunitario è quello di creare un “*market equality*” ovvero uno spazio economico europeo nel quale gli agenti operano in più Stati membri in maniera stabile e continuativa senza che questo comporti differenze di trattamento rispetto a coloro che svolgono, nello Stato membro in cui si sono stabilizzati, la medesima attività nel medesimo settore¹²⁸.

La definizione che fornisce il legislatore comunitario di libertà di stabilimento è data dalla lettura congiunta degli Artt. 49 e 54 del TFUE.

¹²⁶ S. Dorigo, Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell’Unione Europea, Cedam, Lavis (TN), 2012.

¹²⁷ Si deve sottolineare che negli ultimi anni, la certezza data dall’utilizzo di questo criterio risulta messa in discussione dalle nuove tecnologie. Sempre più frequentemente accade che le assemblee vengano svolte in videoconferenza. Per risolvere questo problema si considera come sede della direzione effettiva il luogo che funge da centro di collegamento tra tutti gli amministratori.

¹²⁸ Condinanzi, la libertà di stabilimento, Diritto dell’Unione Europea. Parte speciale, Torino, 2010, pag. 185 e ss.

Questi articoli hanno un “effetto diretto” in quanto possono essere invocati al fine di disapplicare la normativa nazionale qualora sia lesiva del diritto di stabilimento come citato nella sentenza *Reyners*, causa C-2/74 par. 24: “tale norma è, per eccellenza, atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini in tutti gli altri Stati membri”.

Si devono eliminare tutte le forme possibili di discriminazione, infatti Contaldi nella sua opera¹²⁹ individua il divieto di discriminazione come funzione originaria e primaria della libertà di stabilimento.

Nell’Art. 49 comma 1 TFUE il legislatore comunitario impone un divieto di efficacia per tutte le disposizioni degli Stati membri che pongano delle restrizioni al diritto di stabilimento.

Mentre nel comma 2, si dà una definizione di libertà di stabilimento la quale “importa l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell’articolo 54, comma 2 [...]”¹³⁰.

Questo diritto è esercitabile sia da persone fisiche, come previsto dall’Art. 49, le quali possono svolgere attività autonome o d’impresa, che anche da persone giuridiche come sancito dall’Art. 54 del TFUE.

Le persone giuridiche per poter usufruire della libertà di stabilimento esse devono rispettare un requisito inderogabile, ovvero devono “ essere costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro dell’attività principale all’interno dell’Unione”¹³¹.

Il legislatore comunitario in tal modo fornisce i criteri di collegamento che le società devono ottemperare per poter beneficiare di tale diritto, infatti devono essere collegati allo spazio comune europeo in una duplice maniera: costituire la società in modo conforme alle leggi nazionali dello Stato membro in cui si stabiliscono e allo stesso tempo mantenere il centro degli interessi dell’attività all’interno dell’Unione Europea¹³².

¹²⁹ Contaldi, *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Tizzano, Milano, 2004, pag. 383 e ss.

¹³⁰ Art. 49 comma 2 TFUE.

¹³¹ Art. 54 comma 1 TFUE.

¹³² S. Balsamo Tagnani, *Mobilità transnazionale e stabilimento delle società nell’odierno mercato unico europeo*, Contratto e Impresa, Europa, 2015, pag. 285-316.

Esistono due diverse tipologie di stabilimento in base alle modalità di insediamento nel territorio dello Stato membro¹³³, infatti può essere un inserimento più o meno rilevante a seconda che si tratti di uno stabilimento “primario” o “secondario”.

Per quanto riguarda la prima tipologia si tratta di uno stabilimento a titolo principale infatti, che si verifica attraverso il trasferimento della sede sociale in uno Stato membro diverso da quello di origine dal quale decadono tutti i criteri di collegamento precedentemente instaurati.

Pertanto nello Stato di origine cessa di essere svolta l'attività la quale è stata trasferita.

Lo stabilimento “secondario” si realizza attraverso l'apertura di filiali, agenzie, succursali o di una sede secondaria in un altro Stato membro, ma in tale ambito si mantiene il centro dell'attività nel Paese di origine.

In questo caso la persona giuridica svolge la sua attività in due Stati membri diversi, questo è ciò che il legislatore comunitario vuole perseguire al fine di creare un Mercato Unico Europeo, infatti le società si muovono nello spazio economico della comunità.

Anche la Corte nella sentenza Inasti, C-53/95 al paragrafo 10 si pronuncia andando a sostenere questo tipo di trasferimento che coinvolge più Paesi: “ la libertà di stabilimento non si limita al diritto di stabilirsi una sola volta nell'ambito della Comunità, ma implica la facoltà di creare [...] più di un centro di attività nel territorio degli Stati membri”.¹³⁴

Si è creato un dibattito in merito alla questione della libertà di stabilimento primaria e secondaria per la persona giuridica, infatti non tutti le riconoscono la possibilità di godere della libertà di stabilimento primaria.

Per quanto concerne le persone fisiche invece, è possibile beneficiare di entrambe.

Secondo quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia Europea si è delineato un orientamento ben preciso che non consente di applicare liberamente il diritto di stabilimento primario alle società, infatti le persone giuridiche non sempre possono trasferire la sede sociale mantenendo la stessa personalità giuridica dello Stato di origine.

¹³³ Giuliani Thompson, Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee, Contratto e impresa/Europa, 2003, pag. 229 e ss.

¹³⁴ Sentenza Inasti, causa C-53/95, par. 10

Questa forma di limitazione della libertà di stabilimento per le persone giuridiche viene ribadita e confermata nella sentenza *Cartesio*¹³⁵, nella quale il trasferimento della sede in un altro Paese fa venire meno lo *status* nello Stato di origine.

La questione riguarda *Cartesio*, una società in accomandita semplice ungherese iscritta al registro delle imprese di Baja nel giugno del 2004, che nel novembre dell'anno successivo ha richiesto il trasferimento della sede amministrativa in Italia a Gallarate volendo però mantenere la propria natura di società ungherese.

Questa richiesta è stata ritenuta inammissibile perché secondo la norma ungherese la società avrebbe dovuto sciogliersi e ricostituirsi secondo il diritto italiano, non era possibile, infatti, mantenere lo *status* di società ungherese trasferendo la sede operativa in un altro Paese.

La questione su cui ha dovuto pronunciarsi la Corte in apparenza risulta semplice, però comporta grandi ripercussioni sistematiche. Essa ha adottato una decisione di compromesso decretando che lo Stato di costituzione della società è quello che definisce se è stata costituita in maniera conforme alle proprie leggi nazionali e ne individua gli strumenti. Nel caso in cui sia rispettata la corretta costituzione allora si riconosce alla società la libertà di stabilimento.

Quindi spetta allo Stato di origine, in base alla propria norma nazionale, definire se una società gode o meno della libertà di stabilimento, dato che il legislatore comunitario non è stato esaustivo in merito a questa questione.

In base alla norma dei singoli Stati membri si devono verificare quali criteri di collegamento sono stati posti in essere, in modo tale da individuare se la società sia effettivamente assoggettata alla legislazione nazionale e se sia stata costituita in maniera conforme.

Se la società decidesse di trasferire la propria sede amministrativa in un altro Stato membro, facendo venire meno i criteri di collegamento instaurati con il Paese di origine, allora il legislatore di quest'ultimo può vietare la conservazione dello *status*.

La Corte nella sentenza del 16 Dicembre 2008 si pronuncia non garantendo una libertà di stabilimento piena alle società, infatti essa rimanda alle legislazioni nazionali il compito di stabilire quali criteri di collegamento sono idonei per essere assoggettati alla legislazione nazionale.

¹³⁵ Sentenza *Cartesio*, causa C-210/06, par.108

Se la sede dell'amministrazione viene spostata in un altro Stato membro, tale trasferimento può far decadere i criteri di collegamento instaurati con lo Stato d'origine, il quale non può più imporre la sua potestà impositiva¹³⁶.

E' molto difficile spostare la propria sede amministrativa in Italia mantenendo la residenza in Ungheria, quindi nel caso in esame la Corte sostiene la causa del legislatore ungherese.

In conclusione questa sentenza conferma che l'Ungheria può impedire alla società Cartesio, costituita secondo il proprio diritto, di conservare il proprio status a seguito del trasferimento della sede in Italia.

Si deve puntualizzare che nel paragrafo 111 della sentenza in esame risulta illegittima e non applicabile la normativa di uno Stato membro che prevede lo scioglimento e la liquidazione di una società che vuole risultare assoggettata al diritto nazionale di un altro Stato¹³⁷.

La Corte sottolinea che questo comportamento sia contrario alla libertà di stabilimento e che tenda ad ostacolarlo, pertanto lo Stato d'origine, ungherese, non può imporre alla società Cartesio di doversi sciogliere e ricostituire in Italia, qualora voglia trasferire la sua sede in Italia e considerare l'Italia stessa come nuovo Stato d'origine¹³⁸.

Si deve specificare che questa sentenza si riferisce allo Stato d'origine, ma la tendenza della Corte risulta quella di applicare tali esiti anche allo Stato di destinazione che deve essere tenuto a riconoscere il trasferimento nel suo territorio¹³⁹.

Si possono fare delle considerazioni per quanto riguarda il diverso trattamento delle persone fisiche e giuridiche ai fini dell'applicazione della libertà di stabilimento, esse hanno in comune solo l'astratta titolarità del diritto, ma per quanto concerne le società ci sono ancora notevoli limitazioni.

La Corte si è evoluta negli anni dalla concezione di vietare qualsiasi forma del diritto di stabilimento primario, infatti grazie alle sentenze Cartesio e VALE si è ampliata

¹³⁶ Schneeweiss, Exit taxation after Cartesio: the European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, Intertax, 2009, 363 e ss.

¹³⁷ F. M. Mucciarelli, Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pag. 107 e ss.

¹³⁸ F. M. Mucciarelli, Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari, Giurisprudenza commerciale, 2000, pag. 559 e ss.

¹³⁹ S. Dorigo, Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea, Cedam, Lavis (TN), 2012.

l'estensione del diritto, ma non in misura del tutto pari a quella di cui godono le persone fisiche¹⁴⁰.

3.4. L'orientamento della Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento

La Corte di Giustizia si è pronunciata numerose volte per risolvere dei casi di mobilità delle società all'interno dello spazio economico europeo e per tutelare il rispetto della libertà di stabilimento.

Si possono individuare principalmente tre punti fondamentali che ne segnano anche la sua evoluzione.

Il primo riguarda il legame che si instaura fra la società ed il Paese nel quale si costituisce e in cui essa possiede la sede legale, soddisfacendo le condizioni del criterio di collegamento formale.

Anche nella sentenza *Daily Mail*¹⁴¹ si ribadisce questo aspetto al paragrafo 19, infatti le società esistono grazie ad un ordinamento giuridico nazionale, che ne regola la costituzione e le modalità di funzionamento e ne delinea lo *status* giuridico.

Pertanto il fatto che la società si crei secondo le norme imposte dallo Stato, rappresenta la prima forma di collegamento che risulta essere anche la più naturale ed immediata.¹⁴²

Quindi le società devono rispettare quanto previsto dallo Stato di costituzione qualora vogliano compiere delle operazioni transfrontaliere, infatti esso è autorizzato a bloccarne l'attuazione solamente per motivi di ordine pubblico, nello specifico del caso *Daily Mail* motivi di ordine fiscale.

Inizialmente in questa sentenza la Corte appoggia la normativa interna britannica e autorizza a limitare la libertà di stabilimento, mentre nelle pronunce successive tende a far prevalere le necessità comunitarie di creazione del Mercato Unico Europeo.

¹⁴⁰ Vi è una notevole rilevanza delle disposizioni della Corte rispetto alle legislazioni nazionali, infatti è concesso e riconosciuto alla Corte stessa poter individuare alcune forme di costituzione delle società. In tale modo se la società è costituita in modo conforme a quanto disposto dalla Corte allora può essere riconosciuta anche dallo Stato di destinazione.

Baccaglioni, *National Greed Indus: aspetti sistematici delle exit taxes*, Diritto e pratica tributaria internazionale, 2012, pag. 275 e ss.

¹⁴¹ Sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988, causa C-81/87.

¹⁴² Benedettelli, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, Rivista delle società, 2010, pag. 1253.

Pertanto la dottrina in tale materia ha subito un'evoluzione anche grazie alla presenza di numerosi altri casi che si sono prospettati negli anni successivi.

Il secondo punto riguarda, infatti, l'obbligo degli Stati membri di garantire l'esercizio della libertà di stabilimento e la mobilità in entrata, quindi il Paese di destinazione ha il dovere di rendere possibile il trasferimento della società non residente nel suo territorio e di riconoscerla secondo le stesse modalità dello Stato d'origine.

La sentenza della Corte che maggiormente tratta questo aspetto è quella riguardante il caso *Uberseering*¹⁴³.

Questo è il caso di una società olandese, la *Uberseering*, che nel 1992 ha dato in appalto ad un'altra società, la *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, dei lavori di restauro di due immobili di sua proprietà situati nel territorio tedesco a Dusseldorf.

Tre anni dopo, quindi nel 1995, le quote della *Uberseering* sono state acquistate da due cittadini tedeschi residenti a Dusseldorf i quali hanno spostato la sede amministrativa effettiva in Germania.

Dato che la società appaltante non ha adempiuto ad alcuni obblighi contrattuali la società *Uberseering* è convenuta in giudizio presso un tribunale tedesco e ha chiesto il risarcimento dei danni, ma il giudice tedesco si è rifiutato di giudicare questo caso per la mancanza di capacità giuridica tedesca della società *Uberseering* e di conseguenza la mancanza di capacità processuale.

Il legislatore tedesco non ha riconosciuto la personalità giuridica alla società perché non era stata costituita secondo le modalità previste dalla legge tedesca, pertanto lo spostamento della sede amministrativa non era sufficiente al riconoscimento della società straniera in Germania.

Secondo la legge la *Uberseering* avrebbe dovuto sciogliersi e ricostituirsi nel territorio dello Stato seguendo quanto previsto dalla regolamentazione del Paese di destinazione.

La Corte è intervenuta imponendo al legislatore tedesco l'obbligo di dover accettare il trasferimento della società olandese dichiarando la legge tedesca in netto contrasto con la libertà di stabilimento.

¹⁴³ Sentenza *Uberseering* del 5 novembre 2001, causa C-208/00.

E' stato imposto dunque l'obbligo di riconoscere la capacità giuridica ad una società straniera che collocava la sua sede effettiva nel territorio dello Stato di destinazione, garantendo la mobilità in entrata¹⁴⁴.

Ad una conclusione analoga si era pervenuti anche qualche anno prima in riferimento alla sentenza Centros¹⁴⁵ nel quale si contestava il fatto che per poter operare attraverso una succursale in un Paese straniero, in questo caso in Danimarca, era necessaria la registrazione presso il registro delle imprese danese della stessa. Se non veniva consentita l'iscrizione allora la società non poteva esercitare la sua attività nel territorio dello Stato della succursale.

In questo episodio la Corte ha imposto al legislatore danese di riconoscere la filiale di una società costituita in un altro Stato membro anche se in esso non svolgeva nessuna attività commerciale¹⁴⁶.

La Corte specifica inoltre, in relazione alla sentenza Uberseering, che la tutela degli interessi dei creditori, soci di minoranza e di altri soggetti che sono entrati in contatto con la società, i quali potrebbero risultare lesi a seguito del trasferimento, non giustifica la restrizione alla libertà di stabilimento operata dallo Stato tedesco¹⁴⁷.

La Corte con questa pronuncia impone dei limiti sostanziali alle norme nazionali degli Stati membri, infatti essi hanno un potere residuale e sussidiario nel riconoscimento della società straniera, intervenendo solamente se la legislazione europea non risulta esaustiva e chiara in merito a determinate e particolari situazioni¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Allotti, Pernazza, Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento, *Le Società*, 2003, pag. 893 e ss.

¹⁴⁵ Sentenza Centros 9 marzo 1999, causa C-212/97.

Il caso Centros si riferisce a due coniugi danesi che hanno costituito una società (S.r.l.) nel regno Unito con l'intenzione di aprire una succursale in Danimarca attraverso la quale svolgere l'attività di import-export di vini.

Il core business aziendale era propriamente l'attività di import-export che veniva compiuta solamente nella succursale mentre nella sede britannica non si svolgevano attività commerciali.

I coniugi danesi hanno agito in tale maniera per evitare di dover investire un capitale minimo iniziale di 200.000,00 euro richiesto per l'apertura di una S.r.l. in Danimarca, questo comportamento secondo la Corte di Giustizia è considerato lecito.

¹⁴⁶ T. Ballarino, Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie, *Rivista Societaria*, 2003, pag. 675 e ss.

¹⁴⁷ M. V. Benedettelli, Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, pag. 569-620.

¹⁴⁸ “[...] invita gli Stati membri ad avviare negoziati [...] solo per quanto occorra, ossia nell'ipotesi in cui le disposizioni del Trattato non consentono di realizzare gli obiettivi dello stesso”.
Par. 54 Sentenza Uberseering del 5 novembre 2001, causa C-208/00.

Questa sentenza si riferisce allo Stato di destinazione ed impone ad esso e a tutti gli altri Stati membri di considerare lo status della società oggetto di trasferimento perché soddisfa i criteri di collegamento necessari per essere definita tale¹⁴⁹.

Quindi la causa C-208/00 sancisce il riconoscimento transnazionale della personalità giuridica di una società già esistente in un altro Paese.

Il terzo ed ultimo filone di interpretazione della Corte riguarda il fatto che le pronunce sullo Stato di destinazione, tenuto a dover accettare lo status giuridico delle società straniere, valgono anche per lo Stato di origine.

Quest'ultimo deve quindi garantire e rispettare la libertà di stabilimento, attraverso l'agevolazione della mobilità delle società dal suo territorio verso altri Stati membri.

Infatti come si può notare nella sentenza *Cartesio* precedentemente analizzata nel paragrafo 3.3 ed anche nel caso *National Grid Indus BV*¹⁵⁰ ci deve essere una coerenza nel mantenimento dello stato giuridico della società, la quale deve essere riconosciuta anche dallo Stato di origine.

Quest'ultimo deve accettare e non ostacolare la trasformazione della società nel Paese membro in cui si è trasferita, infatti non può imporre l'obbligo di scioglimento e ricostruzione, ma deve lasciare libere le società di potersi trasferire perdendo la nazionalità nel Paese di origine ed acquisendola in quello di destinazione.

La particolarità di questo ultimo punto analizzato e delle sentenze citate è che la società può trasferire la sede pur mantenendo nello Stato di origine la nazionalità, se e solo se, il Paese di origine lo consente e quindi il Paese di destinazione deve riconoscere lo status giuridico di tale società assoggettata alla legislazione dello Stato di origine, come nel caso *National Grid Indus BV*.

In questa sentenza infatti lo Stato olandese consente di mantenere lo status di residente alla società che sposta la sua sede amministrativa nel Regno Unito, quindi si verifica un trasferimento che ammette la continuità dello stato giuridico, il tutto coerentemente con il rispetto del diritto fondamentale della libertà di stabilimento¹⁵¹.

¹⁴⁹ F. M. Mucciarelli, *società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

¹⁵⁰ Sentenza *National Grid Indus BV* del 29 novembre 2011, causa C-371/10.

¹⁵¹ S. Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Cedam, Lavis (TN), 2012.

3.5. La restrizione alla libertà di stabilimento

La libertà di stabilimento è un diritto fondamentale che il legislatore comunitario tutela attraverso l'emanazione degli articoli del TFUE e attraverso le pronunce della Corte di Giustizia Europea, quindi i sistemi nazionali vengono allineati nel rispetto di questa libertà.

Ci possono essere dei casi in cui l'esercizio della libertà di stabilimento può essere legittimamente limitato, in particolare quando risulta lesivo di alcuni interessi nazionali che non possono essere violati.

Attraverso l'Art. 52 del TFUE il legislatore europeo sancisce delle restrizioni espressamente codificate del diritto di stabilimento, che viene circoscritto solo per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

In questo modo si autorizzano gli Stati membri ad applicare la normativa interna che prevede dei vincoli alla libertà di stabilimento, al fine di tutelare i loro interessi interni¹⁵².

Tali limitazioni devono essere minime e lo Stato membro deve adottare le misure strettamente necessarie per raggiungere l'obiettivo senza eccedere rispetto allo scopo da ottenere, rispettando il principio di proporzionalità¹⁵³.

In merito a questo argomento si sono rilevate anche delle restrizioni della libertà di stabilimento non espressamente codificate attraverso degli Articoli emanati dal legislatore europeo, ma che si riscontrano nelle pronunce della Corte di Giustizia europea le quali integrano ed arricchiscono la disciplina.

Nel caso Centros, analizzato nel paragrafo precedente, la Corte al punto 34 della sentenza ha posto tre condizioni da dover rispettare qualora uno Stato membro voglia limitare la libertà di stabilimento, che vanno ad integrare quanto disposto dall'Art. 52 del TFUE:

- Le restrizioni devono essere applicate in maniera non discriminatoria.
- Le restrizioni devono essere applicate qualora si voglia perseguire uno scopo ben preciso

¹⁵² Condinanzi e Strozzi, la libertà di stabilimento, Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale, Torino, 2010, pag. 185 e ss.

¹⁵³ E. Cannizzaro, Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale, Giuffrè Milano, 2000.

- Le restrizioni devono essere applicate solo nei limiti del raggiungimento dello scopo, senza andare oltre allo stretto necessario per perseguirlo¹⁵⁴, pertanto si devono adottare misure oggettivamente idonee e proporzionali.

La Corte ha analizzato anche altre cause di possibili misure restrittive che possono rispondere alla definizione di “esigenze imperative connesse all’interesse generale”, soprattutto dal punto di vista fiscale essa ha individuato alcuni casi in cui non sono ammesse restrizioni ed altri in cui sono possibili.

Per quanto riguarda i primi, la Corte ha stabilito che uno Stato membro non è legittimato a restringere la portata della libertà fondamentale se riscontra una perdita di gettito fiscale a fronte di un trasferimento legittimo della società¹⁵⁵.

In questo caso il legislatore comunitario assume un atteggiamento europeista, ovvero volto alla tutela delle esigenze del Mercato Unico piuttosto che a quelle del singolo Paese membro¹⁵⁶.

Un altro caso che la Corte non accetta come “motivo imperativo di interesse generale” per poter restringere la portata del diritto riguarda l’esigenza da parte degli Stati membri di tutelare l’efficacia dei controlli fiscali, infatti il legislatore comunitario sancisce che ci sia un sufficiente scambio di informazioni che consentono ai Paesi di svolgere accertamenti in modo adeguato.

La Corte autorizza ed accetta la restrizione della libertà fondamentale se questi limiti vengono posti per contrastare la lotta all’evasione fiscale, pertanto questa risulta essere una “esigenza imperativa connessa all’interesse generale”.

Gli Stati membri in questo caso possono applicare la propria normativa interna che permette loro di tutelarsi dall’abuso del diritto garantendo il rispetto di un principio di portata pubblica generale¹⁵⁷.

La sentenza Cadbury Schweppes¹⁵⁸ è rappresentativa di quanto argomentato fino a questo punto e riassume la posizione adottata dalla Corte di giustizia in materia.

¹⁵⁴ C. Amatucci, *L’armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nelle recente giurisprudenza della Corte di giustizia, Innovazione e diritto*, 2005, fascicolo 5.

¹⁵⁵ Gli spostamenti delle società in Paesi membri con livelli di tassazione inferiori sono consentiti, purché essi si verifichino attraverso stabilimenti veritieri ed in linea con le norme dello Stato di destinazione. Questa operazione rappresenta un modo corretto di sfruttare la libertà di stabilimento.

¹⁵⁶ S. Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell’Unione Europea*, Cedam, Lavis (TN), 2012.

¹⁵⁷ P. Piantavigna, *Abuso del diritto fiscale nell’ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 71.

Essa riguarda la pronuncia in merito alla compatibilità tra la legge inglese in ambito fiscale ed il rispetto della libertà di stabilimento. Perciò è molto importante seguire il percorso argomentativo svolto dalla Corte per arrivare alla conclusione.

La Cadbury Schweppes era un gruppo britannico che ha costituito due società controllate presso l'International Financial Services Centre di Dublino al fine di sfruttare il regime fiscale favorevole irlandese.

La normativa inglese prevedeva che gli utili prodotti da società situate in altri Paesi e partecipate da società britanniche debbano essere tassati in Inghilterra come se questi fossero stati prodotti nel territorio dello Stato, nello specifico il governo inglese tassava le controllate quando la tassazione all'estero risultava minore dei $\frac{3}{4}$ di quella applicata in Inghilterra.

Quindi il vantaggio fiscale che il gruppo Cadbury Schweppes voleva ottenere costituendo la controllata all'estero non poteva essere sfruttato a causa della legge inglese che tassava in ogni caso i proventi.

La Corte si è pronunciata definendo la norma britannica in netto contrasto con quanto previsto dalla libertà di stabilimento, dato che scoraggiava e rendeva svantaggioso per le società inglesi collocare in Paesi esteri le proprie controllate.

In questa sentenza, oltre alla conclusione in linea con quanto esplicitato precedentemente, si specificano tre punti chiave relativi alla libertà di stabilimento che indicano le condizioni da rispettare per poter usufruire del diritto.

Il primo riguarda il fatto che la localizzazione dell'attività produttiva in un Stato nel quale la tassazione risulta inferiore, non costituisce un abuso della libertà perché i cittadini ne hanno pieno diritto. Pertanto le norme nazionali che ostacolano tali trasferimenti sono norme contrarie al Trattato.

La riduzione del gettito percepito dallo Stato di origine non costituisce un motivo sufficientemente valido per poter impedire la costituzione di società all'estero, infatti questa non può rientrare nelle "ragioni imperative di interesse generale"¹⁵⁹.

La Corte al paragrafo 54 della sentenza individua gli elementi necessari affinché la costituzione di una società controllata in un altro Stato membro sia reale: "presuppone, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro

¹⁵⁸ Sentenza Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006, causa C-196/04.

¹⁵⁹ Beghin, La sentenza Cadbury Schweppes il "malleabile principio della libertà di stabilimento", Rassegna Tributaria, 2007, pag. 988.

ospite e l'esercizio quivi di un'attività economica reale"¹⁶⁰ quindi si deve riscontrare la presenza di una società economicamente organizzata, che possiede una sede stabile e che svolge un'attività d'impresa continuativa e strumentale al perseguimento dell'oggetto sociale.

Il legislatore comunitario per autorizzare lo spostamento deve verificare la sussistenza oggettiva di una vera e propria realtà economica.

Il secondo punto si riferisce all'eventuale abuso della libertà di stabilimento, infatti, è vietato ottenere un beneficio fiscale avvalendosi di tale diritto per costituire all'estero delle strutture fittizie nelle quali non si svolge nessuna attività.

Tali strutture fittizie sono "costruzioni di puro artificio"¹⁶¹ attraverso le quali un soggetto si stabilizza in un altro Stato non per esercitare la propria attività produttiva, ma per altri fini ovvero l'ottenimento di vantaggi fiscali.

Queste sono anche dette "strutture schermo o fantasma" infatti sono società puramente formali nelle quali non esistono organizzazione di mezzi, né è presente un'adeguata dotazione del personale¹⁶².

Il terzo punto ribadisce quanto sancito dall'Art. 52 del TFUE che consente una limitazione della libertà di stabilimento qualora ricorrano delle ragioni imperative di interesse generale (motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di pubblica utilità), che devono essere appropriate e proporzionate.

Questo ultimo punto deve essere letto congiuntamente al secondo e quindi quando si determina un abuso del diritto si può limitare la facoltà di stabilimento, infatti quando vengono costituite situazioni di puro artificio è vietato avvalersi della libertà fondamentale¹⁶³.

La conclusione della sentenza, che delinea il pensiero della Corte, è che la creazione di strutture abusive all'estero non permette di usufruire della libertà di stabilimento e quindi possono essere applicate le norme nazionali che non consentono di ottenere vantaggi fiscali. Mentre la presenza di strutture reali nelle quali si svolge concretamente l'attività produttiva autorizza il godimento del diritto di stabilimento

¹⁶⁰ Sentenza Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006, causa C-196/04, paragrafo 54.

¹⁶¹ Sentenza Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006, causa C-196/04, paragrafo 51.

¹⁶² Per la prima volta in questa sentenza la Corte delinea le caratteristiche del corretto insediamento ed evidenzia anche gli elementi che fanno rientrare tale spostamento all'interno dell'abuso del diritto di stabilimento.

¹⁶³ R. Lupi, Illegittimità delle regole CFC se rivolte a paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Schweppes, *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, pag. 1591.

e dei vantaggi fiscali che eventualmente si possono ottenere se nel Paese di destinazione sussistono condizioni fiscali vantaggiose.

3.6. La sentenza Sevic

3.6.1. Il caso

A seguito dell'analisi dettagliata dei vari aspetti delle libertà fondamentali e della posizione assunta dalla Corte in merito a questo argomento, si può affrontare il caso Sevic¹⁶⁴.

Nel caso Sevic in analisi la Corte si esprime in merito al rispetto della libertà di stabilimento nelle operazioni di fusione transnazionale tra due società residenti in Germania e Lussemburgo.

La premessa fondamentale per interpretare correttamente questo caso è quanto definito dalla legislazione tedesca che autorizzava le società a compiere operazioni straordinarie purché queste non coinvolgessero società residenti in altri Paesi.

La società per azioni Sevic era la società risultante di una fusione compiuta tra una società per azioni tedesca ed una incorporata, la Security Vision, residente in Lussemburgo, pertanto si può parlare di fusione "in entrata o in arrivo"¹⁶⁵.

La Sevic, a seguito del compimento della fusione, richiede di potersi iscrivere nel registro delle imprese tedesco di Neuwied, operazione che avrebbe permesso di rendere efficace tutto il procedimento¹⁶⁶.

Il legislatore tedesco però non prevedeva nella sua normativa questa possibilità perché nella fusione era stata coinvolta anche una società straniera, di fatto la legge tedesca vietava il compimento di qualsiasi tipologia di fusione transnazionale.

Quindi la Sevic ha sottoposto la questione a giudizio della Corte di Giustizia, la quale ha valutato la legittimità della normativa tedesca e la sua compatibilità con la libertà di stabilimento comunitaria.

¹⁶⁴ Sentenza Corte di Giustizia CE ,SEVIC System AG, del 13 dicembre 2005, causa C-411/03.

¹⁶⁵ La fusione ha come risultante una società per azioni tedesca e quindi si definisce come fusione in entrata.

P. Kindler, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza "Sevic" della corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/Ce in Germania, Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2006, I, pag. 479.

¹⁶⁶ F.M. Mucciarelli, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in Riv. soc., 2006, p. 417.

3.6.2. Il giudizio della Corte di Giustizia

La pronuncia della Corte di Giustizia europea non è esaustiva e presenta alcune lacune, ma la Sentenza *Sevic* è comunque molto significativa perché pone in rilievo la necessità di sviluppare una disciplina europea comune che permetta di regolare in modo omogeneo la fusione intracomunitaria, infatti a poca distanza di tempo è stata emanata la X Direttiva.

La Corte al punto 18 della sentenza sancisce la parità di trattamento tra le società di nazionalità tedesca e quelle straniere, le quali devono poter “partecipare effettivamente ed alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del Paese”¹⁶⁷. In questo caso la legge tedesca violava la libertà fondamentale di stabilimento perché non riconosceva la legittimità dell’operazione di fusione transfrontaliera, che si era svolta seguendo le procedure previste dalla normativa nazionale.

Il governo tedesco ha cercato di difendersi e spiegare le motivazioni che lo hanno portato ad escludere la possibilità di condurre le operazioni straordinarie transnazionali.

Il legislatore nazionale ha portato come argomentazione la tesi seguente: i due soggetti che hanno partecipato alla fusione sono venuti meno, pertanto una società che non esiste più non può invocare il diritto di stabilimento e non può partecipare attivamente alla vita economica della nazione.

L’Avvocato Generale nelle sue conclusioni inverte la prospettiva delineata dal governo tedesco e sottolinea che l’estinzione dei soggetti avviene a fronte del completamento della fusione e ne rappresenta uno dei suoi effetti, quindi non può essere la causa per impedire la fusione se ne rappresenta esso stesso uno dei suoi effetti¹⁶⁸.

Da un’analisi più approfondita si può riscontrare come la Germania violasse sia il diritto di stabilimento primario che secondario dato che la società incorporata lussemburghese non poteva fondersi con una società tedesca e quindi non veniva accettata dallo Stato di destinazione come tale. Inoltre per l’incorporante *Sevic* era impossibile poter costituire una succursale o una filiale in Lussemburgo formata attraverso l’utilizzo di beni e mezzi di produzione posseduti dall’incorporata

¹⁶⁷ Sentenza *Sevic*, punto 18

¹⁶⁸ Conclusioni AG punto 25.

precedentemente¹⁶⁹.

La Corte, però, nella sua pronuncia non ha fatto nessun riferimento a questo secondo punto, ovvero alla violazione della libertà di stabilimento in uscita o secondaria. Questo conferma quanto detto all'inizio del paragrafo in merito alla sua superficialità nell'analisi del caso infatti secondo il commento di P. Kindler essa ha "perso una buona occasione di *judicial selfrestraint* [...] nei confronti del legislatore comunitario"¹⁷⁰.

Il punto sul quale la Corte faceva leva maggiormente riguardava il fatto che non si doveva violare il diritto di stabilimento e che lo si poteva limitare solamente per ragioni imperative di interesse generale¹⁷¹.

Il legislatore tedesco giustificava la norma sul divieto di compiere fusioni con Paesi stranieri, con la necessità di tutelare: gli interessi dei creditori, soci di minoranza, lavoratori e il corretto svolgimento dei controlli fiscali¹⁷².

Questo atteggiamento è stato ritenuto eccessivo perché non rispettava il principio di proporzionalità, infatti eccedeva quanto serviva per la tutela di questi soggetti e procedure.

Su tale aspetto è intervenuto anche l'Avvocato Generale specificando l'importanza di rispettare il principio di proporzionalità, che non può essere definito a priori ma si deve valutare caso per caso, quindi la legislazione tedesca ha sbagliato nel voler eliminare a monte il problema delle eventuali lesioni che possono scaturire dalla fusione transfrontaliera.

Il divieto di compiere tale operazione straordinaria non può essere preventivamente applicato in via generale a qualsiasi situazione, infatti questa forma di tutela dello Stato tedesco va contro i principi sanciti dal Trattato¹⁷³.

Lo Stato tedesco ha posto in essere una misura rigida che preclude l'accesso alle società straniere in questo Paese, che possono insediarsi solamente attraverso una costituzione di una nuova società e questo comporta una sorta di "negoziazione della

¹⁶⁹ P. Kindler considera la formazione della succursale in Lussemburgo come una situazione casuale e come conseguenza della fusione, ciò nonostante il governo tedesco impedendo la fusione tra le due società ha limitato anche la libertà di stabilimento secondaria.

¹⁷⁰ P. Kindler, Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza "Sevic" della corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/Ce in Germania, Banca, Borsa e Titoli di credito, 2006, I, pag. 482.

¹⁷¹ Come analizzato nel par. 3.5.

¹⁷² Sentenza Sevic, punti 28 e 30.

¹⁷³ P. Kindler, op cit.

libertà di stabilimento”¹⁷⁴, dato che la condizione posta per poter operare in Germania è solo quella di creare una realtà aziendale secondo il diritto tedesco¹⁷⁵.

Il tutto equivale ad un trattamento discriminatorio che non segue le norme comunitarie e non rispetta quanto sancito dagli articoli 49 e 54 del TFUE.

3.6.3. Le conseguenze pratiche della Sentenza

La sentenza in analisi garantisce la possibilità di avvalersi della libertà di stabilimento, pertanto la legge interna nazionale non può ostacolare il compimento della fusione transnazionale.

L’atteggiamento della Corte risulta ambiguo e non chiarisce in modo esaustivo la materia e pertanto ciò si ripercuote sul piano pratico comportando delle conseguenze analizzate in seguito.

Nelle fusioni intracomunitarie, la legge tedesca si adegua a quanto previsto dalla normativa comunitaria, applicando la legge del Paese di costituzione. Dato che all’operazione partecipano società residenti in Stati membri differenti il legislatore tedesco riconosce ed applica alle società straniere la legge del loro Stato purché mantengano una sede statutaria in esso.

Ad esempio una società a responsabilità limitata italiana viene incorporata attraverso una fusione da una società a responsabilità limitata tedesca, il legislatore tedesco per iscrivere la società risultante nel registro delle imprese applica la legge italiana alla società italiana e la legge tedesca alla società tedesca.

Al fine di compiere la fusione transfrontaliera in modo corretto si dovrebbero rispettare tre punti: i presupposti, la procedura e gli effetti.

I primi riguardano i presupposti che ciascun Paese richiede per poter dare vita ad una operazione straordinaria, quindi si devono soddisfare tutte le condizioni e rispettare tutti i divieti previsti dai singoli ordinamenti.

Il secondo punto considera l’osservanza delle leggi interne sulle materie di maggioranze, pubblicità legale e tutela dei soggetti deboli.

Il terzo infine prevede di generare effetti differenti a seconda di quanto richiedono i

¹⁷⁴ Sentenza Uberseering del 5 novembre 2001, causa C-208/00, Punto 92.

¹⁷⁵ C. Licini, Libertà di stabilimento comunitaria in un caso di fusione transfrontaliera, Giur. Com., 2006, fascicolo 2, pag. 126-133.

singoli Stati¹⁷⁶.

La descrizione di come la legislazione tedesca ha affrontato la situazione dopo la sentenza *Sevic* permette di comprendere come ci siano state grandi difficoltà nell'attuazione della fusione transnazionale.

Si era creato un contesto in cui regnava la disomogeneità e dove erano presenti grandi problemi legati all'esistenza di regole interne sulle fusioni molto differenti tra i vari Stati membri e difficilmente conciliabili¹⁷⁷.

Si dovevano applicare varie legislazioni nazionali alla stessa operazione e quindi si richiedeva un'armonizzazione a livello comunitario che non è tardata ad arrivare, nello stesso anno è stata emanata la X Direttiva, analizzata nel capitolo 1, che ha consentito di evitare questi inconvenienti.

3.6.4. Le conclusioni

Attraverso la sentenza *Sevic*, la Corte ha potuto esprimersi in merito alla legittimità del rispetto della libertà di stabilimento, la quale non può essere repressa e, qualora sia necessario, può essere solamente limitata in maniera proporzionale al caso in analisi.

In questa vicenda sono emersi dei temi che hanno fatto riflettere, infatti pur non essendo stati trattati direttamente dalla Corte, si sono potuti evidenziare ugualmente. Ad esempio si è constatata la presenza di problematiche in merito alla moltitudine di leggi nazionali differenti da applicarsi ai soggetti partecipanti alla fusione transfrontaliera. Questa esigenza ha rafforzato la convinzione che fosse necessario un intervento comunitario che rendesse omogenea la disciplina, infatti nello stesso anno è stata emanata la Direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

La Corte attraverso questa sentenza non è riuscita a definire delle linee guida per risolvere le problematiche proposte dal caso, ma si è solamente limitata a definire la

¹⁷⁶ Engert e Eidenmuller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, Monaco, Verlag C.H. Beck, 2004, pag. 124.

¹⁷⁷ P. Kindler, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza "Sevic" della corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/Ce in Germania, Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2006, I, pag. 484.

norma tedesca incompatibile con i principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, facendola cadere in un "vuoto legislativo".¹⁷⁸

3.7. La Società Europea

Il legislatore comunitario ha sentito la necessità di dover definire degli strumenti che consentissero alle società dei Paesi membri di poter sfruttare tutti i vantaggi derivanti dalla libertà di stabilimento, in particolare la possibilità di trasferirsi da uno Stato ad un altro senza sottostare a vincoli nazionali.

In questo contesto si deve specificare che non era ancora stata emanata la Direttiva sulle fusioni transfrontaliere, che ha permesso di armonizzare la disciplina attraverso l'obbligo di recepimento della stessa da parte di tutti gli Stati membri.

La Società Europea è uno degli istituti creati per rispondere a queste esigenze, infatti è lo strumento che permette alle società di diversi Paesi membri di affiliarsi superando il problema delle differenze tra le varie legislazioni nazionali dei singoli Stati¹⁷⁹.

Il legislatore comunitario ha emanato nello stesso anno sia il Regolamento CE 2157/2001, nel quale è stato inserito lo statuto posto a regolare la Società Europea, che la Direttiva 2001/86/CE la quale ha la funzione di completare quanto previsto nello statuto andando ad esplicitare il coinvolgimento dei lavoratori, i meccanismi, il funzionamento e l'organizzazione della Società Europea.

L'entrata in vigore del Regolamento è vincolata al recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri¹⁸⁰, in modo tale da poterli entrambi applicare contemporaneamente. L'Italia in particolare ha attuato la Direttiva attraverso l'emanazione del D.Lgs. del 19 Agosto 2005, n. 188, pubblicato in Gazzetta Ufficiale qualche mese successivo.

¹⁷⁸ P. Kindler, op. cit. pag. 490.

¹⁷⁹ E. Disetti, SE: una breve analisi della recente disciplina paneuropea delle società di capitali, *Le Società*, 2006, fascicolo 7, pag. 771.

¹⁸⁰ Per quanto concerne gli aspetti non regolamentati dal Regolamento comunitario, si rinvia alle disposizioni previste dai singoli Stati membri in materia.

I rinvii alle leggi nazionali, se sono molteplici, possono comportare il rischio che ci siano svariate configurazioni di Società Europea, dato che ogni Stato coinvolto applica la propria legge interna. Quindi per ovviare a questo problema si è cercato di dare maggiore importanza alla legge nazionale dello Stato nel quale sono situate la sede legale e la sede dell'amministrazione.

F. Ambrosiani, Società europea e fusione transnazionale, *Le Società*, 2012, fascicolo 11, pag.1351 e ss.

Gli Stati membri allineandosi alle disposizioni europee, collaborano garantendo ed assicurando al legislatore il corretto svolgimento delle procedure comunitarie¹⁸¹.

Lo scopo del legislatore europeo è quello di poter creare degli strumenti comunitari totalmente nuovi che possano essere utilizzati parallelamente a quelli nazionali, essi possono convivere dato che hanno una portata diversa, infatti quelli comunitari sono formati dall'associazione di società di più Paesi membri mentre quelli nazionali si riferiscono solamente a soggetti appartenenti allo stesso Stato¹⁸².

Pertanto questi nuovi istituti non si sostituiscono mai a quelli nazionali, ma li affiancano ed arricchiscono la rosa di alternative a disposizione degli operatori economici, i quali possono scegliere l'alternativa che meglio si adatta alle proprie esigenze.

Il presupposto necessario affinché si possa costituire una Società Europea è che vi sia un'associazione di società residenti in due o più Stati membri diversi, in questo modo si delinea uno dei vantaggi ottenuti dall'utilizzo dello strumento della Società Europea ovvero la possibilità di operare liberamente in qualsiasi Paese membro.

Un altro vantaggio consiste nella possibilità di risparmiare circa 30 miliardi all'anno¹⁸³ grazie alla riduzione dei costi amministrativi e finanziari.

Ambrosiani nel suo articolo, definisce una sorta di "shopping legislativo"¹⁸⁴, nel quale le Società Europee tendono a stabilire la sede legale e la sede dell'amministrazione negli Stati in cui la legislazione risulta a loro più favorevole¹⁸⁵, rispettando i principi sanciti dalla libertà di stabilimento.

Questa tendenza è dettata dal fatto che a volte sono presenti e necessari dei rinvii all'applicazione delle leggi nazionali (vedi nota 181).

¹⁸¹ F. Ambrosiani, Società europea e fusione transnazionale, *Le Società*, 2012, fascicolo 11, pag.1351 e ss.

¹⁸² G. Benacchio, *Diritto privato dell'Unione Europea, Fonti modelli regole*, CEDAM, Padova, 2008, pag. 269.

¹⁸³ Stima ottenuta dallo studio condotto dalla "Competitiveness Advisory Group of industrialists".

¹⁸⁴ F. Ambrosiani, op. cit., pag. 1355.

¹⁸⁵ Chiamato anche "*Effetto Delaware*" derivante dalla situazione che si è verificata negli Stati Uniti nei quali era molto favorevole insediarsi nello Stato del Delaware, comportando un allineamento verso il basso della legislazione statunitense.

3.7.1. La costituzione della Società Europea

La Società Europea deve avere la forma della società per azioni e deve presentare all'interno della sua denominazione il suffisso "SE", possono associarsi per dare vita a tale società solamente persone giuridiche e pertanto sono escluse le persone fisiche.

Al fine della corretta costituzione lo statuto prevede un capitale sociale minimo di 120.000,00 euro. Un investimento così oneroso potrebbe scoraggiare i soggetti economici a dar vita ad una Società Europea.

Lo statuto inoltre prevede la possibilità di costituire la Società Europea secondo quattro diverse modalità:

- Attraverso la creazione di una Società Europea holding:
in una società capogruppo convergono tutte le quote delle società fondatrici e questo le permette di diventare il soggetto controllante del gruppo. La percentuale minima delle quote o azioni da conferire deve essere superiore al 50%, ed entro tre mesi dalla conclusione delle assemblee generali, tenute in ciascuna società, si deve attuare effettivamente il conferimento ai fini della costituzione della Società Europea holding¹⁸⁶.

Le società partecipanti devono essere sottoposte alla legislazione di due differenti Stati membri ed inoltre l'operazione è valida anche se le società possiedono da almeno due anni un'affiliata in un altro Paese membro.

Possono partecipare a questo tipo di Società Europea anche società a responsabilità limitata, oltre alle società per azioni.

- Attraverso la costituzione di una filiale comune, detta anche Società Europea Affiliata:
per la creazione di questa tipologia di Società Europea è fondamentale che ci siano due o più società partecipanti che sono regolamentate dalle leggi di Paesi diversi e che possiedano da almeno due anni una succursale in un altro Stato membro.
- Attraverso la costituzione mediante trasformazione di una società per azioni di diritto nazionale:
la società per azioni che si deve trasformare per poter diventare una Società Europea deve possedere da almeno due anni un'affiliata in un altro Stato

¹⁸⁶ C.B. Vanetti, Aspetti societari del conferimento di azienda, *Le Società*, 2000, pag. 1066 e ss.

membro ed è questo l'elemento che permette di individuare il carattere intracomunitario di questa operazione.

La trasformazione avviene garantendo una continuità giuridica del soggetto. La società non deve essere assoggettata né allo scioglimento e nemmeno alla ricostituzione.

- Attraverso la fusione transfrontaliera:

la Società Europea si può costituire anche mediante la fusione di due o più società per azioni¹⁸⁷ che sono residenti in diversi Stati membri.

Questa modalità di costituzione autorizza le società ad attuare un'operazione straordinaria intracomunitaria che non tutte le legislazioni interne prevedono, infatti la fusione transfrontaliera non era ancora stata disciplinata dalla X Direttiva.

Le modalità attraverso le quali si può compiere la fusione sono sia per incorporazione che per unione e costituzione di una nuova società.

La Società Europea in base al Regolamento e alla Direttiva per essere tale deve presentare anche ulteriori caratteristiche.

In particolare il Regolamento all'Art. 64 prevede il rispetto della seguente condizione: la sede sociale, quindi la sede effettiva, e la sede dell'amministrazione devono essere situate nello stesso Stato membro, se così non fosse gli Stati hanno l'obbligo di ristabilire questa condizione, anche, attraverso il trasferimento della sede sociale della Società Europea.

In questo modo si conferma la possibilità di compiere liberamente degli spostamenti da uno Stato e all'altro, senza dar luogo a scioglimento e ricostituzione della società in oggetto¹⁸⁸.

La Direttiva, invece, predispone lo statuto della Società Europea e consente la possibilità di scelta tra il sistema dualistico e monistico, in funzione di quale sia il più idoneo a gestire la società.

Il sistema dualistico prevede che siano presenti due organi, quello di direzione affiancato da un organismo di vigilanza. Il primo ha il compito di dirigere la società

¹⁸⁷ E' permesso solamente alle società per azioni, quindi a differenza della costituzione attraverso una holding che consentiva anche alle società a responsabilità limitata di partecipare, in questo caso non è possibile.

¹⁸⁸ D. Caterino, Il regolamento sulla Società Europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori, Giur. Comm., 2002, fascicolo 1, pag. 479 e ss.

obbligandosi per conto della società stessa e ha anche la funzione di rappresentanza mentre il secondo ha il compito di nominare o revocare i soggetti designati nell'organo di direzione. I compiti dei due organismi non possono essere sovrapposti e devono restare distinti.

Il sistema monistico prevede la presenza di un solo istituto, ovvero l'organo di amministrazione che garantisce il corretto funzionamento della Società Europea.

Gli amministratori hanno il compito di rappresentare la Società Europea e di obbligarsi per suo conto. Per quanto riguarda la gestione, invece, è possibile delegare lo svolgimento di alcuni compiti¹⁸⁹.

Per quanto concerne la tassazione, la Società Europea è assoggettata al regime fiscale nel quale sono situate la società e le sue succursali. Essa viene considerata, dal punto di vista fiscale, alla stregua di una multinazionale¹⁹⁰.

3.7.2. Il trasferimento della sede della Società Europea

Nel contesto in cui si è sviluppata la Società Europea risultava molto difficile portare a termine un trasferimento della sede sociale all'estero dato il forte ostruzionismo posto dalle singole leggi nazionali, mentre l'introduzione di questo strumento comunitario ha reso possibile il compimento di questa operazione eliminando qualsiasi tipo problematica civilistica o fiscale.

Il Regolamento della Società Europea all'Art. 8 prevede la possibilità di trasferire la sede sociale della stessa senza scioglimento e ricostituzione della persona giuridica nel Paese di destinazione.

Questo è uno degli aspetti che caratterizzano la portata innovativa della Società Europea¹⁹¹.

Tale procedimento deve essere compiuto rispettando degli adempimenti previsti dal Regolamento stesso ovvero: elaborazione di un progetto di trasferimento, redazione di una relazione nella quale si devono esplicitare le motivazioni del trasferimento,

¹⁸⁹ F. Ambrosiani, Società europea e fusione transnazionale, *Le Società*, 2012, fascicolo 11, pag.1351 e ss.

¹⁹⁰ E. Disetti, SE: una breve analisi della recente disciplina paneuropea delle società di capitali, *Le Società*, 2006, fascicolo 7, pag. 773.

¹⁹¹ G. Cafari Panico, La disciplina fiscale della Società Europea, *Fiscalità Internazionale*, 2005, fascicolo 2.

comunicazione della decisione definitiva in merito al progetto, le modalità con cui si intendono tutelare i soggetti interessati ed un'attestazione dello Stato di origine nel quale si palesa il rispetto di tutti gli adempimenti nazionali obbligatori al fine del corretto trasferimento della sede¹⁹².

Ci sono delle precisazioni molto importanti da compiere in riferimento al trasferimento della sede sociale in un altro Paese comunitario. Come esplicitato nel paragrafo precedente, si deve rispettare una condizione fondamentale: la sede sociale e la sede dell'amministrazione centrale devono essere situate nello stesso Paese membro, questo comporta un contestuale trasferimento anche di quest'ultima.

La violazione di questa condizione è punita con una sanzione molto grave, ovvero la liquidazione della società stessa da parte dello Stato membro in cui si è stabilita la Società Europea.¹⁹³

Una volta compiute tutte le procedure previste dal Regolamento CE 2157/2001 che dichiarano valido il trasferimento della sede effettiva, si possono considerare tutti gli aspetti fiscali relativi a questa operazione, i quali la rendono conveniente.

Generalmente la Società Europea è assoggettata alle leggi fiscali dello Stato membro in cui ha la sede, nel momento stesso nel quale avviene il trasferimento di questa si applica una legge comune derivante dalla disciplina dettata nella Direttiva.

Questa è una forma di tutela che consente alla Società Europea di poter trasferire la propria sede sociale senza dover rispettare gli obblighi nazionali di scioglimento e ricostituzione. Infatti se rimanesse assoggettata ad essi dovrebbe seguire questo procedimento che è proprio quello che il legislatore comunitario vuole evitare.

Il legislatore comunitario, inoltre, prevede che il trasferimento della sede effettiva avvenga in regime di neutralità fiscale al fine di favorire i soggetti economici europei nella circolazione all'interno dell'Unione Europea.

La norma prevede anche una forma di tutela degli interessi degli Stati membri dato che potrebbero perdere una parte di base imponibile attraverso questo procedimento. Quindi, seguendo quanto esplicitato dalla Direttiva 90/434/Ce all'Art. 10-ter, analizzata in precedenza, viene applicata la neutralità fiscale all'operazione se si mantiene una Stabile Organizzazione nello Stato di origine in modo tale da non intaccare la sua potestà impositiva¹⁹⁴.

¹⁹² Regolamento CE 2157/2001, Art. 8, paragrafi dal 2 al 9.

¹⁹³ Regolamento CE 2157/2001, Art. 7.

¹⁹⁴ Direttiva 90/434/Ce, Art. 10-ter.

Nello specifico il Paese membro mantiene la potestà impositiva sulle plusvalenze generate dall'alienazione dei beni appartenenti alla Stabile Organizzazione, se i beni non venissero imputati ad essa e venissero distolti allora lo Stato di origine ha il diritto di imposizione delle plusvalenze latenti che si realizzano in base al valore normale dei beni.

Per quanto riguarda gli accantonamenti e le riserve in sospensione d'imposta, come già analizzato per le fusioni transfrontaliere nel capitolo 2, essi se sono stati costituiti prima del trasferimento della sede effettiva, si mantengono tali e vengono imputati alla Stabile Organizzazione riferita alla Società Europea trasferita nel nuovo Stato membro¹⁹⁵.

Il trattamento delle perdite si rifà sempre a quanto previsto per le altre operazioni straordinarie, quindi se la Stabile Organizzazione è autorizzata a mantenere le perdite, il loro riporto è consentito nei limiti delle operazioni nazionali svolte¹⁹⁶.

Le plusvalenze che possono emergere dalle partecipazioni detenute dai soci a seguito del trasferimento della residenza in un altro Paese non sono soggette a nessun tipo di imposizione.

La tassazione può avvenire qualora ci sia la distribuzione di dividendi o la realizzazione del capital gain a seguito della vendita della partecipazione, ma questi aspetti fiscali vengono rinviati al momento in cui si verificano.

Per comprendere meglio si può fare questo esempio: la situazione iniziale presenta una Società Europea italiana ed un socio italiano, quando quest'ultimo riceve i dividendi viene tassato secondo la legge tributaria italiana. Qualora la Società Europea trasferisca la propria sede in un altro Paese membro e distribuisca dividendi al socio italiano, egli percepisce un dividendo "estero" e non più "domestico", quindi si devono considerare anche le ritenute "in uscita" che vengono operate sul dividendo¹⁹⁷.

In conclusione, come analizzato nel paragrafo, lo strumento della Società Europea consente di ottenere numerose agevolazioni sia dal punto di vista sia civilistico che fiscale. Questo è stato il primo passo che il legislatore comunitario ha compiuto per favorire la circolazione dei soggetti nello spazio economico europeo, per poi

¹⁹⁵ Direttiva 90/434/Ce, Art. 10- quater, paragrafo 1.

¹⁹⁶ Direttiva 90/434/Ce, Art. 10- quater, paragrafo 2.

¹⁹⁷ A.Righini, Aspetti civilistici e fiscali del "ritorno a casa" delle holding estere, Dialoghi di diritto tributario, 2005, fascicolo 5.

introdurre successivamente altri strumenti indiretti e più duttili che perseguissero lo stesso obiettivo, come la possibilità di compiere fusioni transfrontaliere¹⁹⁸.

3.7.3. Analisi comparativa tra il trasferimento della sede sociale della Società Europea e la fusione transfrontaliera.

Le caratteristiche del trasferimento della sede sociale attraverso costituzione della Società Europea e quelle della fusione transfrontaliera sono state descritte dettagliatamente nei paragrafi precedenti, ora si vogliono comparare le due operazioni.

Come premessa è bene ricordare che la fusione transfrontaliera è uno strumento più facilmente adattabile a situazioni diverse rispetto alla Società Europea. Infatti, a differenza della Società Europea, che si può costituire solamente attraverso l'unione di società per azioni, consente la possibilità di includere tutti i tipi di società di capitali.

Anche attraverso la fusione intracomunitaria, una volta compiuta, si produce l'effetto indiretto di trasferire la sede in un altro Stato membro da parte dell'incorporata.

Oltre alla possibilità di includere diverse tipologie di società oltre a quelle per azioni, si possono riscontrare ulteriori differenze dal punto di vista fiscale per quanto riguarda il credito d'imposta "virtuale" e il trattamento delle perdite pregresse.

Nel caso di una fusione transfrontaliera in cui la società fusa possiede una stabile Organizzazione in un altro Paese membro, è prevista la facoltà di ottenere il credito d'imposta "virtuale", cosa che non è possibile nel caso di trasferimento della sede all'etero di una Società Europea.

La fusione transfrontaliera beneficia espressamente dell'art. 10 della Direttiva 90/434/Ce che impedisce la doppia imposizione di un soggetto, mentre per il trasferimento della sede sociale della Società Europea nulla è stato previsto, quindi si

¹⁹⁸ A.Righini, La società europea e la fusione transfrontaliera: strumenti per il trasferimento all'estero della sede sociale, Il fisco n.36, 2005, pag. 1-5627.

possono applicare le norme interne che potrebbero tassare le plusvalenze derivanti dal trasferimento¹⁹⁹.

Questo aspetto porta a privilegiare l'utilizzo dello strumento della fusione intracomunitaria e potrebbe indurre l'adozione di atteggiamenti elusivi da parte dei soggetti che vogliono utilizzare il trasferimento della sede sociale della Società Europea. Per quanto riguarda il secondo aspetto riferito al riporto delle perdite fiscali pregresse, la Direttiva rinvia alle norme nazionali sia per le fusioni transnazionali che per la Società Europea.

Ad esempio la norma italiana prevede l'applicazione dell'art. 181 del TUIR per le fusioni transfrontaliere il quale consente il riporto delle perdite "nei limiti previsti dalla normativa sulla fusione nazionale e proporzionalmente agli elementi dell'attivo che restano connessi alla Stabile Organizzazione".

Per quanto riguarda il trasferimento della sede della Società Europea, l'Art. 166 del TUIR non prevede nulla in merito al riporto delle perdite. Successivamente è stata introdotta la Direttiva 2005/19/Ce che potrebbe aver cambiato modo di valutare il riporto delle perdite per il trasferimento della Società Europea, infatti non pone limitazioni al riporto delle perdite, ma solamente quello di dover rispettare i limiti posti dalla legge nazionale.

In Italia nulla si dice in merito al riporto delle perdite per questa operazione e quindi si potrebbe ipotizzare che sia possibile un riporto non limitato²⁰⁰.

¹⁹⁹ G. Melis, Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società, Dir. Prat. Trib. Intern., CEDAM, 2004, pag. 38 e ss.

²⁰⁰ R. Lupi, D. Stevanato, M. Secco e A. Righini, Trasferimento della sede sociale all'estero: quale sorte per le perdite pregresse?, Dialoghi di diritto tributario, 2004, fascicolo 9, pag. 1152.

CAPITOLO 4: LE FUSIONI TRANSFRONTALIERE NELLA DISCIPLINA INTERNA

4.1. Come l'Italia ha recepito la X Direttiva sulle fusioni transnazionali.

L'Italia recepisce la Direttiva 2005/56/Ce nel 2008, attraverso l'emanazione del D.Lgs. n. 108/2008 di "Attuazione della direttiva 2005/56/Ce relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali", il quale è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 17 giugno 2008 e la cui entrata in vigore risale al 2 luglio 2008.

Questo decreto si può applicare a tutte le fusioni transfrontaliere, che alla data della sua entrata in vigore non avevano ancora approvato il progetto comune di fusione da parte dell'assemblea o dell'organo designato²⁰¹.

L'Italia è una delle nazioni che consentiva, attraverso l'Art. 25, comma 3, della legge dell'11 maggio 1995 ed ora sostituita dal Decreto in analisi²⁰², il compimento di fusioni transnazionali con gli altri Paesi membri che prevedevano nel loro ordinamento la stessa disciplina.

Attraverso la X Direttiva ed il rispettivo recepimento da parte degli Stati membri si ottiene una "parificazione della fusione transfrontaliera comunitaria alla fusione interna"²⁰³, principio cardine della normativa, in modo tale che tutti gli Stati membri consentano alle società di fondersi tra loro nel rispetto del principio comunitario della libertà di stabilimento.

La Direttiva rinvia alle leggi interne degli Stati membri alcuni aspetti come: la fase decisionale, la protezione dei soci di minoranza, dei creditori sociali e dei lavoratori, la pubblicità dell'atto di fusione ed il procedimento nel suo complesso.

E' bene precisare che la Direttiva lascia agli Stati membri una certa autonomia nel recepire le disposizioni imposte da essa, il legislatore italiano, però, nel redigere il Decreto non si è avvalso di questa possibilità di poter sfruttare a proprio vantaggio il margine di discrezionalità concesso, infatti si è attenuto a quanto previsto dalla Direttiva 2005/56/Ce²⁰⁴.

²⁰¹ G. Arnò e G. Fischetti, *Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Egea, Milano, 2009.

²⁰² La legge opera per tutte le fusioni transfrontaliere non comunitarie alle quale non si applicano le disposizioni del presente Decreto.

²⁰³ P. Menti, *Attuazione della dir. 2005/56/Ce, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (d.leg. 30 Maggio 2008, n.108)*, Nuove leggi civ., 2009.

²⁰⁴ G. Arnò e G. Fischetti, *Fusioni transfrontaliere delle società di capitali: recepita la Direttiva 2005/56/Ce*, Speciale TLS Newsletter, 2008, fascicolo 6-bis.

4.1.1. Definizioni e ambito di applicazione. Gli Art 1, 2 e 3 del D.Lgs n. 108/2008.

All'art. 1 del D.Lgs. n. 108/2008 si forniscono alcune definizioni di società alle quali è consentito svolgere questa tipologia di operazione straordinaria e cosa si intende per fusione transfrontaliera, mentre all'Art. 2 si fornisce l'ambito di applicazione del presente Decreto, infine l'Art. 3 indica le condizioni necessarie affinché sia possibile rendere efficace tale fusione transnazionale.

Il legislatore italiano specifica che le definizioni fornite tramite l'Art. 1 valgono solamente ai fini del presente decreto e questo dimostra le finalità pratiche di questo primo articolo.

In particolare sono intese "società di capitali": le società per azioni, le società per azioni in accomandita, le società a responsabilità limitata ovvero quelle indicate nei capi V, VI, VII del titolo V del codice civile, le società cooperative, la società europea, la società cooperativa europea e tutte le società dotate di personalità giuridica, capitale sociale che sono in grado di rispondere con il proprio patrimonio alle obbligazioni sociali e di rispettare le disposizioni della I Direttiva²⁰⁵.

In tal modo si conferma che la definizione di società di capitali non corrisponde a quella del Codice Civile dato che rientrano in essa anche la società cooperativa, la Società Europea e la Società Cooperativa Europea. Inoltre il Decreto introduce la possibilità di creare nuove tipologie di società purché rispettino i requisiti generali dettati nell'ultima parte della lett. a) dell'Art.1.

Questa definizione può generare delle problematiche riguardanti una "irrazionale asimmetria"²⁰⁶, come nei casi in cui partecipi alla fusione transfrontaliera una s.a.p.a., una società con un unico azionista o quotista o un'impresa sociale, nei quali possono sussistere dei problemi in merito alla responsabilità.

Quest'ultima, infatti, potrebbe non essere limitata, ma diventare illimitata, ad esempio la pena alla quale può incorrere la società con un unico socio è la perdita della responsabilità limitata qualora esso non adempia agli obblighi previsti dalla legge in merito ai conferimenti e agli obblighi di pubblicità.

²⁰⁵ Direttiva 687151/CE

²⁰⁶ G. Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera, Rivista di Diritto Societario, 2007, fascicolo 1, pag. 48.

Un altro caso particolare riguarda la società consortile che, in base a questa definizione, è legittimata a partecipare alla fusione transfrontaliera dato che rispetta il requisito di rispondere alle responsabilità sociali attraverso il patrimonio della società. Inoltre la società consortile può fondersi con una società comunitaria non consortile salvo poi adempiere agli ulteriori obblighi previsti dal caso specifico.

L'analisi delle definizioni fornite dall'Art. 1 richiede un'ulteriore approfondimento relativamente alle modalità utilizzate dal legislatore italiano nel definire la fusione transfrontaliera, in quanto egli, a differenza di quello comunitario, rinvia all'Art. 2501 del Codice Civile.

Nella X Direttiva la definizione risulta molto dettagliata dato che specifica anche le tre tipologie diverse di fusioni, come analizzato nel capitolo 1.

Il legislatore italiano da' una definizione ritenuta da P. Menti come "essenziale",²⁰⁷ infatti, l'Art. 2501 del codice civile descrive la fusione molto chiaramente ed in questo modo esclude che la disciplina possa essere applicata anche alle scissioni dato che l'Art. 2501 risulta strettamente ed esclusivamente riferito alla fusione.

Il legislatore specifica che nemmeno i trasferimenti d'azienda, o di parte d'azienda, intracomunitari rientrano nell'ambito di attuazione del Decreto e questo per evitare che si possano creare delle sovrapposizioni di discipline.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione previsto dall'Art. 2, il legislatore italiano specifica che la fusione intracomunitaria si può svolgere tra una o più società italiane con una o più società appartenenti all'Unione Europea²⁰⁸ e che le società devono essere costituite in maniera conforme a quanto previsto dalla legge dello Stato membro a cui appartiene.

Su questo punto potrebbero nascere delle incomprensioni determinate dal fatto che una società potrebbe essere costituita in uno Stato membro ed avere in realtà il centro della sua attività e la sede effettiva in un altro. Da una lettura più attenta dell'Articolo si può concludere che il legislatore italiano privilegia la nazionalità della società e non il luogo di costituzione originaria. In questo modo il Decreto risulta coerente anche con quanto previsto dalla Costituzione²⁰⁹.

²⁰⁷ P. Menti, op cit., pag. 1317.

²⁰⁸ Il Decreto non consente di applicare tale disciplina anche alle fusioni extracomunitarie, infatti nell'ambito di applicazione parla esplicitamente di società appartenenti all'Unione Europea.

²⁰⁹ G. Rescio, op. cit., pag. 50.

Al comma 3 dell'Art. 2 il legislatore nazionale esclude esplicitamente dall'ambito di applicazione due tipologie di società, come già anticipato precedentemente, la SICAV, società di investimento a capitale variabile, e la SGR che è l'acronimo di Società di Gestione del Risparmio.²¹⁰ Queste vengono escluse dalla possibilità di partecipare alle fusioni transfrontaliere per evitare disparità di trattamento dato che in certi Paesi membri non sono nemmeno dotate di personalità giuridica, nonostante siano considerate all'interno dell'ordinamento italiano società per azioni. Quindi non tutti gli Stati le considerano alla stessa maniera e per evitare ripercussioni negative vengono escluse anche in Italia.

Anche al comma 2 dell'Art. 3 il legislatore esclude la possibilità di compiere fusioni transfrontaliere alle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'Art. 2512 del codice civile.

La X Direttiva lascia liberi gli Stati membri di scegliere se inserire nell'ambito di applicazione della fusione transnazionale anche le società cooperative. Il legislatore italiano ha così deciso: di includere le società cooperative, le quali per non perdere le loro caratteristiche distintive devono adempiere a degli obblighi supplementari, e di escludere, attraverso la Riforma del 2003, la società cooperativa a mutualità prevalente.

Nell'Art.3 del D.Lgs. n. 108/2008 al comma 1 si identifica la condizione per poter compiere la fusione transnazionale. La legge interna dei singoli Stati ha facoltà di decidere se due tipologie diverse di società possono fondersi. Non in tutti i Paesi è riconosciuta la possibilità di compiere la fusione eterogenea, pertanto si deve valutare a che tipo di società nazionale corrisponde la società straniera e verificare se è possibile o meno portare a termine l'operazione.

Questo serve per evitare i meccanismi di elusione posti in atto da alcuni soggetti i quali aggirano la norma nazionale attraverso fusioni transfrontaliere eterogenee²¹¹.

Gli Articoli 1, 2 e 3 del Decreto, fornendo indicazioni chiare sulle tipologie di società che possono essere coinvolte e ponendo dei vincoli procedurali, consentono di evitare che la fusione transnazionale venga respinta in momenti successivi perché non idonea.

²¹⁰ Vedi nota 22 pag. 9.

²¹¹ P. Menti, op cit., pag. 1321

4.1.2. La disciplina applicabile. L'Art 4 del D.Lgs n. 108/2008.

Nell'Art. 4 del Decreto il legislatore italiano esplicita qual è la disciplina applicabile, ovvero quali sono le norme interne delle quali ci si deve avvalere in una fusione transfrontaliera.

Le società italiane partecipanti alle operazioni straordinarie sono soggette alle norme sulle fusioni che si trovano nel codice civile all'Art. 2501²¹².

Il legislatore considera anche l'eventualità che sorgano conflitti tra norme interne dei vari Paesi, e propone come unica soluzione l'applicazione della normativa dello Stato nel quale ha sede la società risultante dalla fusione²¹³.

Tale punto risulta coerente con quanto espresso dalla X Direttiva, la quale privilegia la legge nazionale dello Stato della società risultante.

Inoltre il legislatore italiano nel definire la disciplina applicabile, si è riservato la possibilità di intervenire qualora la fusione transfrontaliera vada contro l'interesse pubblico, al pari di una fusione interna.

Le Autorità Antitrust, la Banca d'Italia, la Consob ed il Ministero dell'economia e delle finanze, sono gli organismi addetti al controllo del corretto svolgimento delle operazioni poste in atto dalle società italiane. Questi assicurano che l'opposizione dello Stato italiano avvenga solamente per motivi imperativi di interesse generale, infatti il carattere di transnazionalità della fusione non viene considerato un motivo valido per impedire il compimento dell'operazione straordinaria intracomunitaria.

Quanto espresso dal Decreto è totalmente in linea con ciò che è presente nella Direttiva europea ed è descritto conformemente alla normativa italiana²¹⁴.

4.1.3. Il Diritto di recesso. L'Art 5 del D.Lgs n. 108/2008.

Nell'Art. 5 del D. Lgs. n. 108/2008, il legislatore italiano si differenzia da quello comunitario perché prevede specifiche disposizioni sul diritto di recesso dei soci di minoranza dissenzienti, qualora non condividano il compimento della fusione.

²¹² Il legislatore nazionale rinvia agli articoli del codice civile, infatti non ha senso creare una nuova disciplina italiana ad hoc per le fusioni transfrontaliere che replichi quanto detto dal codice civile in materia.

²¹³ Art. 4, comma 2, D. Lgs. n. 108/2008.

²¹⁴ P. Menti, op cit., pag. 1324

Ad essi viene applicata la disciplina prevista dall'Art. 2437 del codice civile, infatti nell'articolo del decreto se ne fa specifico rinvio²¹⁵.

Anche il legislatore comunitario, ma in maniera meno esplicita, fa riferimento, nell'Art. 4 comma 2 della X Direttiva, alla necessità di tutelare i soci di minoranza "che si sono opposti"²¹⁶ alla fusione.

Egli non predispone delle modalità precise con cui risolvere il problema dei soci dissenzienti, come nella norma nazionale, ma percepisce la necessità di dover tutelare tali soggetti, lasciando alle legislazioni interne la facoltà di stabilirne le condizioni.

E' importante soffermarsi sull'utilizzo diverso dei termini da parte dei due legislatori per quanto concerne la definizione dei soci di minoranza dissenzienti.

Quello comunitario parla di "soci che si sono opposti", ovvero soci che formalmente hanno espresso un voto contrario alla delibera della decisione di fusione.

Quello nazionale, invece, utilizza la denominazione di "soci non consenzienti"²¹⁷. Questa definizione non implica necessariamente la presenza di un voto contrario, ma può comprendere anche gli astenuti e gli assenti.

Possono nascere dei problemi d'interpretazione della definizione fornita dal legislatore nazionale a seconda che si segua un'interpretazione più restrittiva, che ricalca quanto detto dalla X Direttiva, o una più liberale.

Se si adottasse la prima valutazione, i soci non consenzienti che non si sono opposti al voto, potrebbero non essere inclusi nell'applicazione della disciplina del recesso in quanto non hanno palesato le loro intenzioni.

Se si seguisse la seconda interpretazione liberale, si includerebbero anche i soci astenuti ed assenti.

L'espressione "soci non consenzienti" è utilizzata dal codice civile per individuare i soggetti che hanno diritto al recesso a seguito della fusione. In questo modo la disciplina interna sulla fusione domestica si può applicare anche alla fusione transnazionale permettendo una parificazione tra le due²¹⁸.

²¹⁵ G. Arnò e G. Fischetti, *Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Egea, Milano, 2009, pag. 67.

²¹⁶ Art. 4, comma 2, Dir. 2005/56/Ce

²¹⁷ Art. 5 D. Lgs. n. 108/2008.

²¹⁸ P. Menti, *op cit.*, pag. 1324.

4.1.4. Il progetto comune di fusione transfrontaliera, la Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e le due relazioni. Gli Art 6, 7, 8 e 9 del D.Lgs n. 108/2008.

L'Art. 6 del D. Lgs. n. 108/2008 elenca tutti gli elementi necessari alla redazione del progetto comune di fusione transfrontaliera. Il legislatore italiano in questo caso ha incluso la sommatoria di quanto previsto dalla X Direttiva in merito al progetto.

La modalità utilizzata per esporre tutti i fattori è quella di rinviare all'Art. 2501 del codice civile, per quanto concerne la parte in comune con la Direttiva 2005/56/Ce, e di integrare la parte mancante e non predisposta dalla legge nazionale attraverso l'enunciazione delle lettere dalla a) alla i) del primo comma²¹⁹.

Nello specifico le lett. b), c), d), e), f) e g) ripercorrono esattamente i punti previsti dal legislatore comunitario, mentre le lett. a) e h) integrano e specificano meglio quanto espresso dalla Direttiva attraverso alcune puntualizzazioni.

La lett. a) prevede che debba essere indicato nel progetto comune di fusione la legge regolatrice delle società che vi partecipano e quella della società risultante dall'operazione. Questa informazione deve essere esplicitata, infatti non si può dedurre solamente dall'indicazione della sede statutaria perchè i criteri di collegamento potrebbero non essere quelli di tipo formale, ma bensì criteri di tipo sostanziale.

Il legislatore italiano considera questo punto molto importante perché in base all'individuazione precisa della legge regolatrice delle altre società si può dedurre chiaramente se la fusione è ammissibile²²⁰.

La lett. i) indica la regola per individuare la data di decorrenza di efficacia della fusione transfrontaliera.

Il legislatore italiano attraverso questo punto individua una regola generale che deve essere indicata nel progetto comune di fusione in modo tale da rendere certo il momento nel quale la fusione sarà efficace. E' importante specificare questo aspetto perchè non tutti gli Stati hanno posto regole precise che definiscano la data in cui l'operazione acquista efficacia.

²¹⁹ G. Arnò e G. Fischetti, *Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Egea, Milano, 2009, pag. 69.

²²⁰ P. Menti, *op cit.*, pag. 1328.

Nell'Art. 6 al comma 2 si specifica l'aspetto del conguaglio in denaro da garantire ai soci delle incorporate qualora il rapporto di concambio non sia pari tra le vecchie e nuove azioni.

Possono sussistere legislazioni che autorizzano conguagli in denaro superiori al 10% del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate o, in mancanza, della loro parità contabile da garantire ai soci delle società partecipanti. Se fra tali società ve ne sono di italiane devono essere incluse e questo può comportare discriminazione tra la fusione interna e la fusione transfrontaliera.

Nella fusione domestica non è consentito superare la soglia del 10% del conguaglio in denaro in occasione della fusione tra due società italiane, mentre è legittimato dalla Direttiva 2005/56/Ce. Si riscontra una disparità di trattamento che alcuni considerano contrario al principio costituzionale della parità tra fusioni interne e transnazionali²²¹. La X Direttiva, infatti, opera affinché tali operazioni intracomunitarie non riscontrino ostacoli predisposti dalle norme interne dei singoli Stati.

L'Art. 7 del D.Lgs. n. 108/2008 predispone l'obbligo di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana di alcune informazioni indicate alle lettere a), b) e c) del comma 1.

Tale adempimento non deve essere necessariamente compiuto in ordine cronologico dopo la redazione completa del progetto comune di fusione, ma può essere definito anche prima²²².

L'unica limitazione temporale posta dal legislatore è che la pubblicità sia effettuata almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata al fine di deliberare in merito alla fusione.

Il legislatore italiano nel Decreto ripropone quanto detto sia dalla Direttiva che dall'Art. 2501 del codice civile, in apparenza potrebbe sembrare una ripetizione superflua, ma in realtà non lo è.

Infatti contiene informazioni importanti che è necessario che siano rese note come:

²²¹ G. Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera, *Rivista di Diritto Societario*, 2007, fascicolo 1, pag. 48.

²²² G. Rescio, op. cit., pag. 54., in conformità con quanto espresso nella "Massime in materia societaria" n. 106 del notariato milanese.

tipo, denominazione sede statutaria e legge regolatrice alla lett. a), il registro delle imprese e numero di iscrizione della società alla lett. b) e le modalità con cui i soci di minoranza e i creditori possono far valere i propri diritti alla lett. c)²²³.

Inoltre è una pubblicità diversa da quella che si ottiene nel registro delle imprese.

Lo scopo del legislatore nell'emanare tale articolo è quello di tutelare gli interessi dei soggetti interessati, infatti vengono fornite informazioni rilevanti sia per i soci che per terzi che potrebbero opporsi.

Si può notare che l'Art. 2501-ter del codice civile al comma 2 non include nei destinatari di tale pubblicità i creditori, ma solamente i soci. Questo può portare delle disparità tra la trasparenza applicata alle fusioni transnazionali e la minore limpidezza di quelle domestiche. Tale articolo del codice civile, infatti, per tale motivazione è stato ritenuto incostituzionale²²⁴.

Gli Articoli 8 e 9 del Decreto riguardano la relazione dell'organo amministrativo e la relazione degli esperti che le società devono redigere al fine di tutelare gli interessi dei terzi che intrattengono contatti con esse.

In riferimento al contenuto della relazione degli amministratori il legislatore italiano rinvia a quanto previsto nell'Art. 2501-quinquies, rimarcando, nel comma 1 dell'Art. 8 del D. Lgs. n. 108/2008, la necessità di esplicitare le possibili ripercussioni e conseguenze sui soci, creditori e lavoratori²²⁵.

Per quanto concerne la relazione degli esperti indipendenti, l'Art. 9 rimanda alle norme previste dal codice civile, con la differenza che nel caso di fusione transfrontaliera si può rinunciare a redigere tale relazione, qualora vi sia il consenso unanime di tutti i soci.

Inoltre le società che partecipano alla fusione possono anche avvalersi di una relazione unica redatta da esperti indipendenti designati dall'autorità competente dello Stato. Nel caso in cui sia l'Italia si individua il tribunale come organo atto a decretare tali esperti²²⁶.

²²³ Art. 7 D. Lgs. n. 108/2008.

²²⁴ F. Magliulo, *La fusione delle società*, Edizione II, Ipsoa, Milano, 2009, pag. 30.

²²⁵ G. Arnò e G. Fischetti, *op.cit.*

²²⁶ G. D'Angelo e S. Salvadeo, *Fusioni transfrontaliere: peculiarità degli adempimenti civilistici, Bilancio e reddito d'impresa*, 2010, fascicolo 9, p.41.

Il contenuto di tale relazione riguarda la verifica della corretta determinazione del rapporto di concambio e delle modalità con le quali si è ottenuto. Quindi il parere degli esperti è in merito alla congruità di esso²²⁷.

4.1.5. La decisione sulla fusione transfrontaliera. L'Art. 10 del D.Lgs n. 108/2008.

L'Art. 10 del Decreto predispone le modalità con le quali deve avvenire l'approvazione del progetto comune di fusione transnazionale e per fare ciò ripropone esattamente quanto previsto dalla Direttiva 2005/56/Ce.

In riferimento a questo aspetto è bene sottolineare che il legislatore fornisce la possibilità di modificare il progetto purché non vengano danneggiati i diritti dei terzi che intrattengono relazioni con le società.

Si possono quindi apportare delle modifiche al rapporto di concambio qualora non sia considerato idoneo a rispettare gli interessi dei soci e tale cambiamento deve essere approvato anche dalle assemblee delle società degli altri Stati membri. Tale disposizione serve a rispettare la condizione prevista dalla X Direttiva, che impone l'obbligo di approvare lo stesso identico progetto comune di fusione transnazionale a tutte le società partecipanti.

E' importante compiere una riflessione in merito alla possibilità di poter modificare il rapporto di concambio in linea con quanto prevede la norma interna dei Paesi membri sulla tutela dei soci di minoranza e dei creditori. Infatti alcuni Stati adottano disposizioni eccessivamente restrittive e questo può essere un motivo di inibizione che frena la realizzazione di fusioni transfrontaliere²²⁸.

²²⁷ A. Busani, La fusione Transfrontaliera e internazionale, Le Società, 2012, fascicolo 6, p.661.

²²⁸ F.M. Mucciarelli e Faunele, Questioni in tema di fusioni transfrontaliere, Giur. Comm., 2008, fascicolo 4, pag. 755.

4.1.6. Il certificato preliminare e controllo di legittimità della fusione transfrontaliera. Gli Art. 11 e 13 del D.Lgs n. 108/2008.

L'Art. 11 e l'Art. 13 del D. Lgs. n. 108/2008 definiscono l'obbligo di controllare la legittimità dell'operazione di fusione transfrontaliera alla quale partecipano anche le società italiane.

Il certificato preliminare alla fusione è la prima modalità di controllo, questo è un documento che deve essere rilasciato dal notaio e nel quale si attesta e certifica la correttezza dell'operazione.

Tale certificato deve essere rilasciato prima dell'esecuzione dell'atto di fusione, però il legislatore italiano non si esprime in merito a tempistiche precise, ma si limita ad utilizzare l'espressione "senza indugio"²²⁹.

E' bene specificare che per il legislatore nazionale la fusione interna, così come quella transfrontaliera, debba risultare da atto pubblico per essere efficace, però non in tutti gli ordinamenti vige questo obbligo.

Si deve trovare un punto d'incontro tra la discipline qualora la società risultante sia soggetta alla legislazione di uno Stato in cui non è necessario che la fusione risulti da atto pubblico. Se a tale fusione partecipa anche una società italiana affinché sia efficace è necessario che tale fusione risulti da atto pubblico. E' necessaria un'attestazione che vada a supplire la mancanza di un atto pubblico straniero²³⁰, quindi gli ordinamenti si devono coordinare in modo tale che la società italiana presenti il certificato preliminare rilasciato dal notaio contestualmente all'atto di fusione.

Solo attraverso il rispetto di queste modalità la fusione transfrontaliera viene ritenuta valida anche dallo Stato italiano²³¹.

Il comma 3 dell'Art. 11 richiama il controllo di legittimità, il quale rappresenta il secondo tipo di verifica da operare. Prevede inoltre che entro sei mesi dal rilascio del certificato preliminare, questo ed il progetto di fusione approvato, debbano essere inviati all'autorità competente la quale prosegue a compiere il controllo di legittimità. Questo invio deve essere effettuato dai rappresentanti della società e non dal notaio, il quale si limita solo a rilasciare il certificato.

²²⁹ Art. 11, comma 1, D. Lgs. n. 108/2008.

²³⁰ A. Busani, La fusione Transfrontaliera e internazionale, Le Società, 2012, fascicolo 6, p.661.

²³¹ P. Menti, op cit., pag. 1340.

Eventuali ritardi non comportano ripercussioni o vizi del procedimento di fusione transfrontaliera, infatti si vuole favorire la sua realizzazione attraverso la non imposizione di tempistiche troppo rigorose. Gli amministratori negligenti che non hanno adempiuto ai loro compiti, potrebbero essere chiamati a risarcire dei danni per aver ritardato lo svolgimento della procedura²³².

L'art. 13 del Decreto in analisi introduce l'obbligo del controllo di legittimità, il quale non è previsto per le fusioni interne e quindi è una peculiarità delle fusioni transfrontaliere²³³.

Il legislatore comunitario nell'enunciazione dell'articolo distingue due situazioni ovvero se la società risultante è italiana oppure straniera.

Nel primo caso il notaio è il soggetto designato dall'ordinamento nazionale a svolgere tale controllo che verte sulle materie espressamente elencate al comma 1 alle lett. a), b) e c).

Nel secondo caso invece si fa riferimento all'autorità designata dal Paese membro in cui ha sede la risultante.

Nulla si dispone in merito al fatto che questo controllo debba essere compiuto solo ed esclusivamente dall'ente competente dello Stato della risultante, solamente la X Direttiva consiglia che il controllo di legittimità venga svolto seguendo tale modalità. L'autorità dello Stato designato riceve tutti i certificati preliminari e procede, attraverso il controllo finale, a dichiarare efficace o meno la conclusione della fusione transfrontaliera sulla base dei documenti ricevuti. Si deve specificare che tale autorità non è tenuta a controllare la correttezza dei certificati forniti, infatti di quelli ne risponde l'organo che li ha emessi²³⁴.

Questo procedimento risulta conforme con la disciplina prevista per la Società Europea.

²³² G. Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera, *Rivista di Diritto Societario*, 2007, fascicolo 1, pag. 48.

²³³ G. Arnò e G. Fischetti, *op.cit.*

²³⁴ F. Magliulo, *La fusione delle società*, Edizione II, Ipsoa, Milano, 2009, pag. 30.

4.1.7. Atto di fusione transfrontaliera e la sua pubblicità. Gli Art. 12 e 14 del D.Lgs n. 108/2008.

L'atto di fusione transfrontaliera viene disciplinato dall'Art.12 del Decreto, mentre l'Art. 14 predispone gli obblighi di pubblicità da soddisfare affinché l'operazione acquisisca efficacia ed inizi a produrre i suoi effetti.

In entrambi gli articoli il legislatore nazionale opera una distinzione tra le disposizioni previste quando la risultante sia una società italiana e quando è straniera.

Nel primo caso l'atto di fusione viene redatto da un notaio sotto forma di atto pubblico, rinviando all'art. 2504 del codice civile.

Entro trenta giorni dall'atto di fusione si devono adempiere gli obblighi di pubblicità depositando presso il registro delle imprese delle società partecipanti e della società risultante, i certificati preliminari, il controllo di legittimità e l'atto di fusione²³⁵. Il registro delle imprese italiano provvederà a comunicare a quello delle società straniere l'avvenuta iscrizione.

Per quanto concerne la seconda classificazione, l'atto di fusione viene predisposto dall'autorità competente dello Stato membro. In questo comma il legislatore nazionale fa esplicito riferimento all'applicazione della legge del Paese dell'incorporata quindi è concorde con quanto predisposto dalla X Direttiva in materia.

La pubblicità in questo caso, deve essere compiuta entro trenta giorni dal completamento del controllo di legittimità di cui all' Art. 13 del presente Decreto, il quale deve essere depositato contestualmente all'atto pubblico di fusione e posto agli atti di un notaio italiano. In modo tale da consentire la pubblicità presso il registro delle imprese in cui ha sede la società italiana che partecipa alla fusione transfrontaliera.

²³⁵ Il deposito presso il registro delle imprese della risultante deve venire successivamente a quello delle singole società partecipanti. Art. 14, comma 1, D. Lgs. n. 108/2008.

4.1.8. L'efficacia, gli effetti e l'invalidità della fusione transfrontaliera. Gli Art 15, 16 e 17 del D.Lgs n. 108/2008.

L'Art. 15 del D. Lgs. n. 108/2008 stabilisce la data a partire dalla quale la fusione acquista efficacia, distinguendo sempre tra risultante italiana e risultante straniera.

Nel primo caso, ovvero se la società fusa è residente nel territorio dello Stato, la data si riferisce a quella dell'iscrizione dell'atto di fusione presso il registro delle imprese della risultante. Successivamente si deve comunicare ai registri delle imprese dove sono iscritte le società partecipanti la loro cancellazione.

In questo caso si può prevedere anche per la fusione transfrontaliera, oltre che per quella nazionale, una posticipazione della produzione di effetti qualora la fusione sia per incorporazione²³⁶. Mentre il differimento della generazione degli effetti per quanto riguarda l'unione non è consentito perché non può esistere un soggetto giuridico, a fronte della regolare pubblicità dell'atto di fusione, che non possiede alcun patrimonio, dato che l'operazione non produce ancora i suoi effetti²³⁷.

Per quanto concerne la data di efficacia della fusione transfrontaliera nel caso in cui la risultante sia residente in un altro Stato membro, è la legge di tale Paese che ne determina le modalità.

La X Direttiva impone un solo limite all'apposizione della data di efficacia, ovvero che essa sia posteriore alla data di conclusione dei controlli preliminari previsti all'Art. 11 del presente Decreto.

Le società italiane vengono cancellate dal Registro delle Imprese in un momento successivo all'iscrizione della risultante nel Registro delle imprese straniero. In questo modo la fusione transnazionale può essere già efficace anche se non è ancora stata operata la cancellazione delle società italiane, quindi si può verificare un disallineamento temporale.

Nell'Art. 16 del Decreto il legislatore italiano richiama l'Art. 2504 bis comma 1 del codice civile per quanto concerne l'elencazione degli effetti che produce la fusione transfrontaliera.

Egli enuncia che la società risultante prosegue in tutti i rapporti intrapresi dalle società partecipanti, ma non si esprime esplicitamente in merito all'estinzione delle

²³⁶ Art. 2504 comma 2 del codice civile.

²³⁷ Sarli, Trasformazione-Fusione-Scissione (Art. 2498-2506-quater), Comm. Rif. Soc., Milano, 2006, pag. 843 e ss.

società fuse che perdono tutta la loro individualità giuridica a fronte della fusione. Quanto previsto dal legislatore nazionale si discosta parzialmente dal contenuto dell'Art. 14 della X Direttiva.

La Direttiva sulle fusioni risulta molto più esplicita dato che alla lett. a) prevede il passaggio dell'intero patrimonio attivo e passivo di tutte le società, alla lett. b) specifica la posizione dei soci i quali diventano soci della risultante e alla lett. c) indica l'estinzione delle società partecipanti a seguito dell'efficacia dell'operazione²³⁸.

Quando la fusione transnazionale è resa efficace ed inizia a produrre i suoi effetti, l'Art. 17 del Decreto, sancisce l'impossibilità di dichiarare l'invalidità di tale operazione. Dal momento in cui ha la società adempiuto a tutti i passaggi previsti dall'Art. 15 del Decreto e quindi l'operazione ha acquistato efficacia, non è più possibile invalidare la fusione.

Lo scopo perseguito da entrambi i legislatori è quello di garantire la stabilità dell'operazione evitando situazioni che possano comportare incertezza. Qualora ci siano dei soggetti danneggiati questi possono essere solamente risarciti, ma non hanno la facoltà di dichiarare invalida la fusione²³⁹.

4.2. Aspetti fiscali della fusione transfrontaliera in Italia

La fusione transfrontaliera in Italia viene disciplinata dal punto di vista civilistico dal Decreto analizzato nel paragrafo precedente, mentre per quanto concerne il punto di vista fiscale è regolata dagli Articoli 178-181 del TUIR. Questi articoli si riferiscono alle operazioni straordinarie compiute da società italiane con società appartenenti ad altri Paesi dell'Unione Europea ed attuano la Direttiva 90/434/Ce.

Anche la legislazione italiana in questo modo si è adattata alle nuove esigenze societarie che portano alla creazione di gruppi sempre più grandi e più competitivi a livello mondiale.

Ai fini della tassazione italiana si deve distinguere tra le società residenti e non residenti nel territorio dello Stato, dato che presentano due modalità diverse di imposizione. Al fine dell'analisi si deve classificare esattamente se la società risultante

²³⁸ P. Menti, Attuazione della dir. 2005/56/Ce, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (d.leg. 30 Maggio 2008, n.108), Nuove leggi civ., 2009.

²³⁹ A. Carducci, Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, pag. 1209.

dalla fusione transfrontaliera sia una società italiana o appartenente ad un Paese membro diverso dall'Italia.

Secondo l'Art. 3 del TUIR l'Italia tassa i residenti sui redditi ovunque prodotti, mentre i non residenti, persone fisiche, attraverso il criterio della fonte, ovvero l'imposizione solamente dei redditi prodotti nel territorio dello Stato.

La disciplina fiscale delle riorganizzazioni aziendali promosse dagli Articoli del TUIR si basa sulla conciliazione di due aspetti differenti, ovvero il principio di neutralità e la realizzazione delle componenti che non confluiscono nella Stabile Organizzazione italiana²⁴⁰.

Il legislatore deve conciliare l'esigenza di non perdere gettito imponibile, ma di garantire la non imposizione dei beni oggetto di trasferimento all'interno dell'operazione.

4.2.1. Il principio della Neutralità fiscale

Il principio cardine che regola le fusioni transfrontaliere è quello della neutralità fiscale, che tutti gli Stati devono garantire.

Il compimento di tale operazione non può essere considerato come presupposto per l'imposizione delle plusvalenze e per la deducibilità delle minusvalenze latenti che si riferiscono alla Stabile Organizzazione che la società fusa possiede nel Paese di origine.

In tale maniera le plusvalenze latenti, che non si sono ancora realizzate, non sfuggono all'imposizione dello Stato italiano perché rimangono all'interno della Stabile Organizzazione. I beni, infatti, vengono trasferiti dal patrimonio della società incorporata alla Stabile Organizzazione che si realizza successivamente alla fusione ed essa include tutto il patrimonio della società estinta²⁴¹.

La conversione del possesso dei beni, grazie alla loro inclusione nella Stabile Organizzazione, permette di non modificare il regime fiscale, autorizzando lo Stato di origine dell'incorporata ad esercitare la tassazione sui beni rimasti nel territorio nazionale qualora se ne verificano i presupposti²⁴².

²⁴⁰ Zizzo, Le riorganizzazioni societarie: il trasferimento all'estero o dall'estero della sede, Corr. Trib., 2008, pag. 3581.

²⁴¹ D. Stevanato, Le Riorganizzazioni internazionali di imprese, Cedam, 1999, pag. 516.

²⁴² Art. 179 comma 6 TUIR.

In tal caso la tassazione dei redditi prodotti dalla Stabile Organizzazione in Italia avviene come utile imputabile ad essa, ai sensi dell'Art. 152 del TUIR²⁴³.

Dal principio di neutralità fiscale deriva il principio di continuità dei valori fiscali dei beni della Stabile Organizzazione, infatti i valori delle minusvalenze, plusvalenze e ammortamenti continuano ad essere calcolati come se la fusione non fosse stata posta in atto,²⁴⁴ mantenendo anche l'eredità maturata fino a quel momento²⁴⁵.

Garantendo la continuità lo Stato italiano evita il problema dei salti d'imposta, perché calcola le componenti reddituali con le stesse modalità sia prima che dopo l'operazione straordinaria. In ogni caso il legislatore deve tenere conto del carattere di transnazionalità nel garantire la neutralità e la continuità fiscale²⁴⁶.

Ad esempio il principio di neutralità fiscale deve essere garantito anche quando vengono compiute fusioni transfrontaliere tra società estere. Se l'incorporata possiede una Stabile Organizzazione in Italia, a seguito dell'operazione questa rientra nei beni posseduti dall'incorporante. A fronte di tale passaggio l'Italia non è autorizzata a tassare le plusvalenze che si potrebbero realizzare dato che si mantiene la Stabile Organizzazione nel territorio nazionale²⁴⁷.

L'unica problematica che può sorgere in merito all'applicazione del principio di neutralità si riferisce alla corretta costituzione della Stabile Organizzazione, ovvero è necessario che essa possieda tutti i requisiti richiesti dalle legislazioni nazionali per essere considerata tale²⁴⁸.

Per quanto riguarda la legge nazionale si deve far riferimento all'Art. 162 del TUIR, nel quale è presente un elenco dettagliato di tutti i casi in cui si individua una Stabile Organizzazione in Italia.

²⁴³ I redditi prodotti dalla Stabile Organizzazione in Italia devono risultare da un apposito rendiconto economico e patrimoniale che indica come è gestita la struttura stessa. Art. 152 TUIR comma 1.

²⁴⁴ Pedrotti, Le operazioni straordinarie intra-Ue nella direttiva n. 43/1990 e nel t.u.i.r., Dir. Prat. Trib. Int., 2009, pag. 197 e ss.

²⁴⁵ F. Pacelli e R. Ubaldini, Le operazioni straordinarie transnazionali extra-Ue, Regime fiscale delle operazioni straordinarie, G. Giappichelli, Torino, 2009.

²⁴⁶ Gaffuri, La tassazione dei redditi d'impresa all'estero. Principi generali, Milano, 2008, pag. 183 e ss.

²⁴⁷ M. Trivellin, Attuazione della Dir. 2005/56/Ce relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, Padova, 2009.

²⁴⁸ N. Sartori, Sul concetto di Stabile Organizzazione nelle riorganizzazioni transfrontaliere in uscita, *Fiscalità Internazionale*, 2009, pag. 294 e ss.

4.2.2. Il principio del realizzo dei beni non confluiti nella Stabile Organizzazione

I beni della società incorporata o fusa italiana potrebbero non confluire in una Stabile Organizzazione, in tale caso questi beni sono considerati al pari di beni italiani di proprietà estera. Si può comparare questa situazione con quella del trasferimento di residenza, infatti i beni nazionali divengono beni di una società non residente.

In questo caso quindi si realizzano le plusvalenze al valore normale dato che non sussiste la Stabile Organizzazione italiana²⁴⁹.

Un esempio in cui si può verificare tale circostanza si riferisce al mantenimento in Italia di un fabbricato in cui non si svolgono attività che rientrano nel quadro normale degli affari dell'impresa, ma risulta essere solamente un magazzino²⁵⁰. In questo caso si tassa il bene posseduto al pari dei non residenti.

4.2.3. Il principio del realizzo della Stabile Organizzazione dell'incorporata sita in un Paese terzo.

In questo paragrafo si analizza il caso in cui una società residente in Italia, la quale possiede una Stabile Organizzazione in un Paese membro, viene incorporata da un'altra società situata in uno Stato terzo.

Al momento della fusione tutti i beni relativi alla Stabile Organizzazione vengono trasferiti alla società incorporante.

In tal caso lo Stato italiano interviene per tassare la realizzazione delle plusvalenze della Stabile Organizzazione estera e se non procedesse in questo senso perderebbe gettito imponibile. L'Italia tassa i redditi dei residenti secondo il criterio del "World Wide Taxation", in base al reddito ovunque prodotto nel Mondo.

In questa circostanza la società italiana viene incorporata da una straniera e quindi i beni della Stabile Organizzazione fuoriescono dalla potestà impositiva nazionale perché non risultano più collegati al territorio divenendo dei beni esteri²⁵¹.

²⁴⁹ R. Lupi, Primi appunti in tema di fusioni, scissioni e conferimenti "transnazionali", Boll. Trib., 1992, pag. 1299 e ss.

²⁵⁰ Art. 162, comma 4 TUIR.

²⁵¹ Baggio, Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria, Milano, 2009, pag. 347.

Lo Stato dell'incorporata può prevedere l'applicazione del "notional tax credit" secondo quanto previsto dall'Art. 179 del TUIR e dalla Direttiva 2009/133/Ce²⁵².

Tale meccanismo permette di evitare la doppia imposizione dato che sia lo Stato membro in cui è situata la Stabile Organizzazione, sia quello dell'incorporata rivendicano la potestà impositiva sulla creazione delle plusvalenze. Infatti lo Stato membro della conferente ha diritto di tassazione in base all'exit tax sul reddito mondiale dei residenti e l'altro Paese è legittimato in base al principio di realizzo²⁵³.

Lo Stato italiano rinuncia alla possibilità di tassazione dei beni attraverso lo scomputo dall'imposta dovuta in Italia di quella applicata nello Stato membro di appartenenza della Stabile Organizzazione.

4.2.4. Il valore di iscrizione dei beni dell'incorporata

La società incorporante o beneficiaria deve iscrivere nel suo bilancio tutti i beni acquisiti dalle società incorporate a seguito della fusione transnazionale.

Se ad esempio la beneficiaria è una società italiana, quindi un'operazione "in entrata", si deve comprendere se la continuità dei valori fiscali dei beni ante fusione valga per tutti i beni di tutte le società o solo per quanto concerne quelli localizzati in Italia. Il legislatore nulla dispone in merito alla valorizzazione di tali beni che concorrono alla formazione del nuovo reddito d'impresa.

Interviene l'Agenzia delle Entrate proponendo come soluzione a questo quesito due alternative.²⁵⁴

La prima riguarda la valutazione dei beni al costo storico quando si è in presenza di atti non traslativi, ovvero atti nei quali è assente l'applicazione di exit tax.

La seconda permette una valutazione al valore corrente dei beni trasferiti al momento della fusione transfrontaliera. Questa soluzione viene adottata quando si verificano fatti traslativi e si è in presenza di un atto in discontinuità giuridica²⁵⁵.

²⁵² A. Silvestri, Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE, Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze, 1996, fascicolo 4, pag. 489.

²⁵³ Carinci, Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi. Il regime comunitario, Lo Stato della fiscalità nell'Unione Europea, 2003, pag. 530.

²⁵⁴ Circolare del 5 agosto 2008, n. 345/E.

Quindi in linea generale si dovrebbe adottare il valore corrente quando si presentano situazioni di discontinuità fiscale ed applicazione di exit tax, ma non sempre risulta così. Infatti nell'operazione di fusione transfrontaliera si mantiene la continuità fiscale dei beni oggetto di trasferimento. Quando questi, però, non confluiscono all'interno della Stabile Organizzazione e ne vengono distolti, il legislatore dello Stato della conferente considera realizzate le plusvalenze al valore corrente²⁵⁶.

Tuttavia queste due soluzioni non sono soddisfacenti per la risoluzione del problema. Ad esempio se la società italiana incorpora una Stabile Organizzazione estera ed iscrive in bilancio gli ammortamenti calcolati in base al valore di mercato delle attività, questi ammortamenti risultano di valore minore rispetto al calcolo operato nella determinazione di tali elementi nello Stato della Stabile Organizzazione.

Quindi il reddito della Stabile Organizzazione estera calcolato dall'Italia sarebbe più basso e si rischierebbe di perdere una parte del gettito imponibile²⁵⁷.

4.2.5. La limitazione all'utilizzo delle perdite

Il legislatore comunitario consente ed autorizza il riporto delle perdite dell'incorporata non residente in compensazione del reddito dell'incorporante residente, a condizione che queste perdite siano proporzionalmente imputate alla Stabile Organizzazione che si costituisce nel luogo d'origine dell'incorporata²⁵⁸.

Ai sensi dell'Art. 181 del TUIR per analogia è consentito dedurre dal reddito dell'incorporante anche le perdite conseguite dalla Stabile Organizzazione, situata in un Paese terzo, che l'incorporata possiede ante fusione.

E' bene specificare che l'autorizzazione al riporto delle perdite è soggetta a stringenti limitazioni ed inoltre può risultare difficoltosa. Sono state rilevate delle problematiche relative alle discipline nazionali applicabili per il calcolo delle perdite. Infatti queste vengono calcolate secondo regole dello Stato non residente e vengono

²⁵⁵ Tassani, Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto comunitario: l'esperienza italiana, Studi tributari europei, 2009, pag. 31 e ss.

²⁵⁶ De' Capitani di Vimercate, Brevi note. In tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana, Dir. Prat. Trib., 2008, fascicolo II, pag. 33 e ss.

²⁵⁷ M. Giaconia e D. Chiesa, Fusioni Transnazionali: "Slalom" fra vincoli fiscali e lacune normative, Fiscalità & Commercio Internazionale, 2011, fascicolo 11, pag. 2.

²⁵⁸ Art. 181 del TUIR.

scomputate dal reddito di una società alla quale si applica una disciplina fiscale differente alla prima²⁵⁹.

Il carattere di transnazionalità dell'operazione può creare delle complicazioni in merito all'omogeneità delle disposizioni fiscali in materia di calcolo delle perdite tra Paesi differenti²⁶⁰.

4.2.6. La retrodatazione degli effetti fiscali della fusione transfrontaliera.

All'interno del progetto di fusione il legislatore italiano impone, nel D. Lgs. n. 108/2008, di indicare oltre alla data a partire dalla quale decorrono gli effetti anche quella dalla quale vengono imputati in bilancio dell'incorporante i beni appartenenti all'incorporata.

In questo caso si autorizza la retrodatazione dal punto di vista contabile della fusione transfrontaliera, mentre l'Art. 179 del TUIR conferma che è possibile attuare anche la retrodatazione fiscale. Quest'ultima è consentita nel limite della data di chiusura dell'esercizio dell'incorporata.

Tale strumento applicato alle fusioni transfrontaliere può generare alcuni problemi, date le necessità di conciliare discipline fiscali diverse e di non perdere gettito fiscale. Per quanto riguarda l'Italia, se è la società italiana che incorpora quella straniera si verifica "una fusione in entrata".

In tal caso l'incorporante nazionale attrae il reddito prodotto ante fusione della incorporata non residente. Quindi si deve riconoscere ad essa un credito d'imposta per le imposte dovute allo Stato membro per il reddito maturato nel periodo ante fusione. Il problema che sorge è quello dell'imputazione del reddito in base alla territorialità²⁶¹.

Nel caso opposto, ovvero quando la società italiana è incorporata da una società straniera, la cosiddetta "fusione in uscita", i redditi maturati nel periodo ante fusione si imputano al reddito della Stabile Organizzazione che si crea a seguito del compimento dell'operazione straordinaria.

²⁵⁹ D. Stevanato, *Le Riorganizzazioni internazionali di imprese*, Cedam, 1999, pag 370 e ss.

²⁶⁰ Lovisolo, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, Studi in onore di V. Uckmar, Cedam, Padova, 1997, pag. 798.

²⁶¹ R. Michelutti, *Fusione transfrontaliera in entrata e retrodatazione fiscale*, *Corriere Tributario*, 2010, fascicolo 36, pag. 2979.

Il problema della tassazione sorge quando non si mantenga una Stabile Organizzazione in Italia da parte dell'incorporante straniera. L'imponibilità dei redditi da parte dello Stato italiano risulta dubbia in quanto attraverso la retrodatazione non si soddisfano i criteri di collegamento previsti dall'Art. 23 del TUIR²⁶². In questa situazione, ovvero nel caso in cui si verificano i fenomeni realizzativi, si potrebbe ritenere non applicabile la retrodatazione degli effetti fiscali²⁶³.

In conclusione il fenomeno della retrodatazione non viene predisposto dalla Direttiva, ma rimandato alla singola autonomia degli Stati membri i quali scelgono in base alla loro legislazione se applicarla o meno alle fusioni transfrontaliere²⁶⁴.

4.2.7. Il principio di neutralità applicato alla tassazione dei soci.

I soci della società incorporata cambiano la loro partecipazione a seguito della fusione transfrontaliera, ma ciò non giustifica la tassazione delle plusvalenze generate a fronte dell'operazione. Il legislatore anche in tal caso garantisce la neutralità fiscale.

Ad esempio se i soci dell'incorporata sono residenti nello stesso Paese membro della società, a fronte della fusione essi detengono una partecipazione di una società non residente. Quindi cambia la natura della partecipazione.

Nel caso in cui i soci siano non residenti, a seguito della fusione essi perderebbero qualsiasi collegamento con il Paese di origine della società incorporata.

Questo potrebbe generare problemi di doppia imposizione delle plusvalenze latenti da partecipazione, i quali sono risolti dall'Art. 13 del modello OCSE, che stabilisce che il potere di tassazione del Capital Gain spetti allo Stato di residenza del socio, il quale realizza la plusvalenza.

Quindi se un italiano produce una plusvalenza in uno Stato estero, questa viene tassata solo in Italia, mentre se un soggetto non residente realizza un capital gain in Italia, questo viene tassato esclusivamente all'estero²⁶⁵.

²⁶² Rolle, La disciplina fiscale delle fusioni transfrontaliere. Alcune questioni aperte dopo l a Dir. 2005/56/Ce, *Fiscalità Internazionale*, 2009, pag. 23 e ss.

²⁶³ R. Michelutti, *Fusione transfrontaliera in entrata e retrodatazione fiscale*, *Corriere Tributario*, 2010, fascicolo 39, pag. 3251.

²⁶⁴ M. Giaconia e D. Chiesa, *Fusioni Transnazionali: "Slalom" fra vincoli fiscali e lacune normative*, *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2011, fascicolo 11, pag. 5.

²⁶⁵ D. Stevanato, *Le Riorganizzazioni internazionali di imprese*, Cedam, 1999, pag 370 e ss.

4.3. Exit Taxation

4.3.1. Il quadro generale dell'Exit Tax

Attraverso le operazioni transfrontaliere le società trasferiscono la loro residenza dal Paese d'origine a quello di destinazione, in tale maniera si perdono i criteri di collegamento con lo Stato di residenza e questo può generare un problema legato alla tassazione.

Ad esempio se la società è residente in Italia e matura, durante la sua permanenza in tale luogo, dei redditi che non sono ancora stati monetizzati, al momento del trasferimento, lo Stato rischia di perdere quel gettito imponibile.

La realizzazione della fusione sottrae reddito imponibile a vantaggio di un altro Paese o a vantaggio esclusivo del contribuente²⁶⁶, infatti la società fusa dovrebbe concorrere alle spese pubbliche dello Stato di origine secondo il principio di contribuzione per tutto il periodo in cui era residente in tale territorio.

La monetizzazione del reddito prodotto in Italia in un altro Stato, comporterebbe un danno ai fini fiscali ed uno spostamento ingiustificato della ricchezza.

In tale contesto l'Italia e anche altri Paesi hanno deciso di inserire le exit tax, ovvero delle forme di tassazione che vengono applicate ogniqualvolta il contribuente, sia persona fisica che giuridica, non soddisfi più il collegamento con il territorio dello Stato e quest'ultimo non possa più esercitare la sua potestà impositiva²⁶⁷.

Le exit tax si applicano sui redditi maturati fino al momento della fusione ed il contestuale spostamento. La logica che persegue il legislatore è di considerare il trasferimento come un evento realizzativo del reddito, anche se si tratta di un reddito soltanto maturato e non monetizzato. L'obiettivo che si vuole perseguire è quello di evitare che tali redditi sfuggano totalmente dalla tassazione.

Nell'ordinamento italiano questa materia è disciplinata dall'Art. 166 del TUIR in relazione a quanto disposto per le plusvalenze da trasferimento.

²⁶⁶ Se la società si trasferisce in uno Stato a fiscalità privilegiata con aliquote basse o addirittura nulle e sfugge alla tassazione italiana, si produce un vantaggio esclusivo a favore del contribuente.

²⁶⁷ G. Ascoli, Exit taxation: quadro sistematico della disciplina, *Il Fisco* n. 21, 2014, pag. 1-2033.

4.3.2. L'evoluzione della giurisprudenza europea in materia di Exit Tax

Per analizzare correttamente la disciplina si devono considerare due sentenze della Corte di Giustizia europea in materia che ne segnano l'evoluzione e l'affermazione.

La prima presa in esame risale all'11 marzo 2004 Hughes de Lasteryrie du Saillant, causa C-9/02.

In questo caso la Corte si pronuncia per dichiarare la norma francese incompatibile con le finalità del Trattato dell'Unione Europea, infatti questa prevedeva la tassazione di qualsiasi persona, sia fisica che giuridica, al momento del trasferimento della residenza in un altro Stato.

Lo Stato francese tassava direttamente i beni oppure richiedeva una garanzia giuridica, come ad esempio una fideiussione, al fine di garantire la riscossione dei redditi al momento della loro realizzazione.

La norma francese è incompatibile con il TFUE perché il trasferimento di residenza non implica sempre un'evasione fiscale e qualora lo fosse ci sono altre norme europee volte a tutelare ed evitare questo fenomeno. Pertanto la legge che imponeva una tassazione immediata o l'obbligo di apposizione di una garanzia eccedeva quanto ritenuto sufficiente per proteggere gli interessi statali.

Inoltre la Corte contestava la discriminazione che si generava tra i soggetti residenti e non residenti, perché i primi erano assoggettati alla tassazione sulle plusvalenze realizzate mentre i secondi sulle plusvalenze latenti.

La Corte attraverso questa sentenza ha dimostrato un atteggiamento molto contrario all'utilizzo delle exit tax, infatti ha censurato la loro apposizione perché contrastava e non rispettava la libertà fondamentale di stabilimento²⁶⁸.

Successivamente la Corte ha dimostrato un cambiamento radicale ed una evoluzione nel trattamento delle exit tax e la sentenza più rappresentativa di questo aspetto è quella di National Grid Indus BV del 29 novembre 2011, causa C-371/10.

In questo caso si doveva valutare la normativa olandese che imponeva la tassazione delle plusvalenze latenti al momento del trasferimento della residenza, in particolare una società dei Paesi Bassi voleva spostare la propria sede amministrativa effettiva nel Regno Unito.

²⁶⁸ G. Ascoli, Exit taxes and fundamental freedoms: the impact of the De Laysterie decision on EU member States' domestic law, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2006, pag. 99 e ss.

La sentenza nella risoluzione di tale questione cerca di combinare due aspetti: la nascita del presupposto dell'imposta e l'incasso dell'imposta stessa.

Pertanto cerca di mantenere in equilibrio le esigenze degli Stati, ovvero la possibilità per il Paese di origine di subire una perdita di gettito a seguito del trasferimento, e le esigenze delle persone di circolare liberamente all'interno dell'Unione Europea. Infatti la tassazione immediata di un reddito non ancora monetizzato può creare ostacoli alla libertà di stabilimento.

Lo stato membro, quindi, è libero di ritenere il momento del trasferimento come momento di realizzo del reddito, ma non può considerarlo come presupposto per la tassazione perché è contrario al diritto fondamentale.

Si definisce la possibilità per il contribuente di "cristallizzare"²⁶⁹ la sua posizione fiscale nei confronti dello Stato di origine, in tale maniera si considera la situazione nel momento del trasferimento e si determinano le eventuali plusvalenze latenti. L'importo della tassazione che viene sospeso fino al momento dell'effettivo realizzo e non subisce variazioni perché non risente delle vicende che si verificano successivamente all'uscita dal Paese²⁷⁰.

E' possibile fare un esempio per comprendere meglio questo meccanismo: se una società italiana decide di trasferirsi interamente in Germania a seguito di una fusione con una società tedesca, allora risente della valutazione dei beni posseduti al momento dello spostamento. La società possiede in Italia un macchinario iscritto ad un valore di 1.000 euro che al momento dell'uscita presenta un valore di mercato di 100.000 euro, quindi si genera una plusvalenza latente di 99.000 euro da tassare in Italia.

Dopo tre anni la nuova società fusa tedesca vende il macchinario in Germania a 120.000 euro, in questo caso si genera una plusvalenza di 119.000 euro, la cui tassazione si ripartisce in: 99.000 euro tassati in Italia ed i rimanenti 20.000 euro in Germania. In questo modo si conciliano le esigenze dello Stato d'origine, dello Stato di destinazione e del contribuente.

²⁶⁹ Baccaglioni, *National Grid Indus: aspetti sistematici delle exit taxes*, Diritto e pratica tributaria internazionale, 2012, pag. 275 e ss.

²⁷⁰ S. Dorigo, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Cedam, Lavis (TN), 2012.

La sentenza National Grid Indus BV giustifica l'apposizione dell'exit tax al momento del trasferimento per consentire ai Paesi di ripartire in maniera corretta la potestà impositiva.

La Commissione Europea sostiene che in essa sono espressi quattro principi di portata generale, i quali non devono essere circoscritti al singolo caso. Anche l'ordinamento italiano li ha recepiti attraverso le modifiche dell'Art. 166 TUIR.

I principi sanciti sono:

- L'apposizione della exit tax da parte dello Stato di origine al momento del trasferimento della sede non è in contrasto con la libertà di stabilimento. Le plusvalenze latenti calcolate al momento dell'uscita sono imponibili nello Stato di origine, mentre le plusvalenze realizzate successivamente sono tassate nello Stato di destinazione.
- Il calcolo dell'exit tax deve avvenire al momento del trasferimento da parte dello Stato d'origine, senza considerare quanto si realizza in seguito.
- La tassazione del Paese d'origine deve verificarsi nel momento in cui si realizzano effettivamente le plusvalenze, solo così si rispetta il principio di proporzionalità sancito dall'Unione Europea. Inoltre l'imposizione immediata delle plusvalenze latenti potrebbe creare un disincentivo allo spostamento con la conseguente limitazione della libertà stessa.
- E' possibile per gli Stati membri prevedere una normativa che consenta alle società di scegliere tra la riscossione immediata e quella differita al momento in cui la plusvalenza diventa reale, la cosiddetta "tax deferral". Nella seconda alternativa è consentito apporre delle garanzie per tutelare lo Stato d'origine dal rischio di non riscossione²⁷¹.

4.3.3. La disciplina dell' Exit Taxation in Italia

L'Italia si è adeguata alla disciplina europea in materia emanando vari Decreti che hanno modificato ed integrato quanto espresso dall'Art. 166 del TUIR. Questo è l'Articolo che recepisce i principi enunciati nella sentenza National Grid Indus BV e

²⁷¹ G. Ascoli, Exit taxation: quadro sistematico della disciplina, Il Fisco n. 21, 2014, pag. 1-2033.

che permette al legislatore italiano di adeguarsi al pensiero della Commissione Europea.

In generale l'Art. 166 TUIR prevede l'imposizione delle plusvalenze generate sui beni della società italiana che si trasferisce in un altro Stato membro, salvo il caso in cui la società stessa mantenga una Stabile Organizzazione in Italia senza distogliere i beni legati al territorio italiano.

A seguito della sentenza C-372/10, anche in Italia è possibile per il contribuente nazionale richiedere la sospensione della tassazione immediata ai sensi dell'Art. 166 comma 2-quater e 2-quinquies TUIR²⁷².

Questa soluzione alternativa a quanto previsto dal comma 1²⁷³ consente di sospendere la riscossione delle imposte solo se il trasferimento della residenza avviene in Stati appartenenti all'Unione Europea o in Stati dello Spazio Economico Europeo che scambiano informazioni con l'Italia.

Questa disposizione funziona se c'è un adeguato coordinamento tra gli Stati in merito al valore fiscalmente riconosciuto dei beni. Infatti riprendendo l'esempio del paragrafo precedente, il Paese di destinazione deve riconoscere che al momento del trasferimento il macchinario aveva un valore di 100.000 pari all'importo stabilito nello Stato di origine.

Qualora non si verifichi l'omogeneità dei valori fiscali attraverso accordi tra Stati sorgerebbe il problema della doppia imposizione. Infatti se la Germania valutasse il macchinario 10.000 anziché 100.000 si genererebbe un disallineamento che porterebbe a tassare la stessa plusvalenza sia nel Paese di origine che in quello di destinazione.

In tal caso è necessario che gli Stati si accordino stipulando convenzioni contro le doppie imposizioni che permettano di stabilire quale sia il valore corretto al momento del trasferimento e quale sia lo Stato autorizzato ad esercitare la tassazione²⁷⁴.

Per quanto concerne il trasferimento in Italia, quindi "in entrata", il legislatore ha emanato una norma di attrazione.

²⁷² Modifica introdotta a fronte dell'Art. 91 comma 1 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.

²⁷³ L'Art. 166 comma 1 TUIR prevede il pagamento delle imposte sulla plusvalenza al momento dell'uscita.

²⁷⁴ G. Melis, Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi, Milano, 2009.

Ai sensi dell'Art. 166-bis TUIR i soggetti appartenenti a Paesi collaborativi che esercitano impresa commerciale e che intendano acquisire la residenza italiana attraverso il trasferimento della stessa, sono autorizzati ad assumere come valore fiscale dei propri beni il valore normale degli stessi.

Pertanto, a prescindere da cosa stabilisce il Paese di origine, questi soggetti acquisiscono le attività e le passività al valore normale.

In questo modo l'Italia non tassa la plusvalenza latente generata dal trasferimento e si disinteressa di quanto disciplinato nello Stato originario e pertanto può essere molto vantaggioso per il contribuente trasferirsi in Italia.

Ad esempio se l'Italia stabilisce il valore normale di uno stabilimento pari a 100.000 euro e nel Paese di origine non esistono le exit tax, la plusvalenza latente emersa al momento del trasferimento non è tassata. Quindi i soggetti si spostano senza essere soggetti ad imposizione e questo genera forti vantaggi ed incentivi a compiere movimenti all'interno dello Spazio Economico Europeo a favore dell'Italia.

Nei commi successivi il legislatore italiano stabilisce l'atteggiamento da adottare nel caso in cui i soggetti che svolgono impresa commerciale non provengano da un Paese collaborativo, quindi da un Paese *non White List*.

Si differenziano due situazioni, la prima prevede che ci sia un accordo con l'Agenzia delle Entrate attraverso un processo di *rulling internazionale*, nel quale le due parti dialogano e stabiliscono l'importo corretto del valore da riconoscere ai beni. In questo caso le attività e le passività sono valutate al valore normale.

Nella seconda non c'è l'accordo e quindi il beneficio generato da questa norma è estremamente ridotto. Le attività trasferite sono valutate al minore tra il costo di acquisto, il valore normale e il valore iscritto in bilancio, mentre le passività in misura uguale al maggiore tra i tre valori citati²⁷⁵.

²⁷⁵ Art. 166-bis comma 2 TUIR.

4.3.4. L'ambito di applicazione soggettivo dell'Exit Tax

L'Art. 166 al comma 1 prevede l'applicazione delle exit a tutti i soggetti che esercitano imprese commerciali, i quali trasferiscono la residenza in un altro Paese.

Per i soggetti descritti nell'Art. 166 comma 2-quater TUIR, è possibile concedere l'opportunità di godere di una sospensione della tassazione fino al momento dell'effettivo realizzo della plusvalenza.

Questi sono i soggetti che trasferiscono la residenza fiscale in un Paese che appartiene all'Unione Europea o che appartiene allo Spazio Economico Europeo, il quale scambia informazioni con l'Italia e che stipula con essa un accordo di assistenza in merito alla riscossione delle imposte.

Il decreto D.M. 2 luglio 2014 all'Art. 1 comma 1, introduce una novità in merito all'estensione della possibilità di sospendere la riscossione delle tasse nel caso del trasferimento di un'azienda o di un ramo d'azienda da una Stabile Organizzazione italiana. Infatti si amplia l'accezione della norma che prevede la possibilità di beneficiare del regime di sospensione nel caso di mantenimento di una Stabile Organizzazione in Italia senza distrazione dei beni²⁷⁶.

L'aspetto innovativo si riferisce al fatto che in seguito alle sentenze sopra analizzate si è esteso l'ambito di applicazione della soluzione del caso National Grid Indus, anche al caso in cui si trasferisca la parte degli attivi della Stabile Organizzazione a due condizioni.

La prima si riferisce allo spostamento delle attività, o di ramo d'azienda, e non i singoli beni,²⁷⁷ infatti la finalità del loro trasferimento è quella di dover proseguire l'attività nel Paese europeo di destinazione. E' importante chiarire a riguardo che il legislatore si tutela ponendo l'obbligo di affiancare al trasferimento degli attivi della Stabile Organizzazione delle perizie, che hanno la funzione di certificare che tali beni partecipino alle attività nello Stato di destinazione²⁷⁸.

La seconda è che il trasferimento avvenga in un Paese dell'Unione europea o in uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo.

²⁷⁶ C. Galassi e L. Miele, Disciplinate le modalità di differimento della riscossione della "exit tax", Corr. Trib., 2013, fascicolo 33, pag. 2598.

²⁷⁷ Il trasferimento della Stabile Organizzazione deve avvenire mantenendo l'attività quindi non deve comportare il trasferimento dei beni ad essa collegati a seguito della dismissione delle attività svolte in essa.

²⁷⁸ D'Avolio e G. Fort, Exit tax e trasferimento all'estero della stabile organizzazione, Corr. Trib., 2014, fascicolo 18, pag. 1412.

Non è consentita questa deroga alle società residenti che possiedono Stabili Organizzazioni all'estero e pertanto le plusvalenze che emergono in tal caso vengono tassate immediatamente secondo il criterio del World Wide Taxation.

4.3.5. Il calcolo della plusvalenza latente

La plusvalenza si genera considerando tutti i beni appartenenti al patrimonio trasferito e quindi viene determinata in maniera unitaria.

Essa si calcola in base al valore normale di tali beni in linea con le disposizioni dell'Art. 9 del TUIR, nel quale si definisce il valore normale come "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 ed in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi"²⁷⁹. Pertanto si evince che si deve far riferimento al valore indicato dai listini delle camere di commercio o dalle tariffe professionali.

E' bene sottolineare che il legislatore mantiene separato dai beni del contesto aziendale l'aspetto relativo all'avviamento.

La normativa che stabilisce le plusvalenze al momento del trasferimento si trova indicata nel D.M. 2 agosto 2013.

La norma in esame distingue i componenti reddituali, ai quali si può applicare la sospensione dell'imposizione, da quelli in cui non è possibile. Questi ultimi sono indicati al secondo comma dell'Art. 1 del Decreto e si riferisce: ai plusvalori sui beni merce, a condizione che questi non confluiscono in una Stabile Organizzazione in Italia, alle riserve in sospensione d'imposta che non sono ricostituite successivamente alla fusione e ai componenti positivi e negativi che concorrono alla formazione del reddito dell'ultimo periodo d'imposta di residenza in Italia.

Pertanto si tassano "le posizioni fiscali soggettive"²⁸⁰ che diventano rilevanti solo al momento del trasferimento.

²⁷⁹ Art. 9, comma 3, TUIR.

²⁸⁰ G. Ascoli, Exit taxation: quadro sistematico della disciplina, Il Fisco n. 21, 2014, pag. 1-2033.

4.3.6. L'utilizzo delle perdite nella disciplina dell'Exit Tax

La plusvalenza, determinata secondo i criteri precedentemente esplicitati, costituisce la base imponibile dell'exit tax.

Tale base imponibile può essere abbattuta grazie alla possibilità di riportare le perdite fiscali relative agli esercizi precedenti durante i quali la società era residente nello Stato italiano.

In questo modo si possono utilizzare le perdite a compensazione dell'importo dell'imponibile comportandone una sua riduzione.

La disciplina del riporto delle perdite nelle fusioni transnazionali è indicata nell'Art. 166 comma 2-bis del TUIR che a sua volta rinvia agli Art. 84 e 181 del TUIR, che ne prevedono una limitazione.

Il riporto delle perdite è consentito nei limiti dell'80% della base imponibile, salvo che non si riferisca a perdite generate nei primi tre esercizi d'imposta nei quali è possibile un riporto illimitato.

Nella dottrina è sorto un dibattito in merito all'eventuale eccedenza delle perdite non riportate, infatti seguendo tale criterio esse andrebbero perse. Quindi ci sono alcuni esponenti che considerano, per tali situazioni eccezionali, il riporto pieno delle perdite senza considerare le limitazioni imposte dall'Art. 84 del TUIR.

La Corte di giustizia è intervenuta dichiarando che l'eccedenza delle perdite dovrebbe essere riconosciuta come tale nel Paese di destinazione dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo, ma in merito a questo argomento la questione non risulta ancora ben definita e sono necessari ulteriori chiarimenti²⁸¹.

²⁸¹ R. Michelutti e A. Prampolini, Riporto delle perdite nella exit tax, Corriere Tributario, 2013, fascicolo 46, pag. 3655.

4.3.7. Due possibili alternative: il regime di sospensione e l'opzione di rateizzazione

Come già analizzato in precedenza per i soggetti che partecipano alla fusione transfrontaliera con conseguente perdita della residenza italiana, è prevista l'applicazione della tassazione immediata.

Per quanto concerne le operazioni straordinarie anche se comportano il trasferimento della sede effettiva dall'Italia in un altro Paese europeo o dello spazio economico europeo, il legislatore fino al 2014 non prevedeva nessuna possibilità di utilizzare il regime di sospensione o di rateizzazione della tassazione. Infatti i beni delle società, che compiono una delle operazioni indicate nell'Art. 178 del TUIR, si consideravano realizzati nel momento del trasferimento al loro valore normale²⁸².

L'introduzione dell'Art. 12 del Decreto Ministeriale del 2 luglio 2014 ha reso omogenea la disciplina in materia di sospensione della tassazione garantendola anche nel caso di operazioni straordinarie intracomunitarie²⁸³.

Inizialmente non era prevista questa estensione perché il legislatore aveva interpretato letteralmente quanto espresso nella sentenza National Grid Indus, la quale trattava esclusivamente il caso di trasferimento di residenza. Seguendo un'interpretazione logico sistematica della stessa si è arrivati all'estensione in via analogica anche ai rami di Stabili Organizzazioni, conferimenti d'azienda, fusioni e scissioni transnazionali²⁸⁴.

Nei casi di trasferimento della residenza è possibile, quindi, accedere al regime di sospensione attraverso il rinvio dell'imposizione della plusvalenza a quando sarà effettivamente realizzata.

Questo meccanismo consente di non penalizzare eccessivamente il contribuente dal punto di vista finanziario ed economico, infatti il reddito tassato con l'exit tax è un reddito maturato e non ancora realizzato e monetizzato, situazione che potrebbe non verificarsi mai.

E' bene sottolineare che esiste un regime di sospensione particolare per la tassazione delle partecipazioni che costituiscono immobilizzazioni, infatti il momento di realizzo

²⁸² G. Ascoli, Exit taxation: quadro sistematico della disciplina, Il Fisco n. 21, 2014, pag. 1-2033.

²⁸³ M. Piazza e G. D'Angelo, Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni, Il Fisco n. 22, 2015, pag. 1-2134.

²⁸⁴ G. Tombesi e A. Dragonetti, Tassazione all'uscita (Exit tax): i dubbi interpretativi ancora irrisolti, Il Fisco n.15, 2015, pag. 1-1463.

è duplice: sia quando viene ceduta la partecipazione, percependo un capital gain, sia quando vengono distribuiti dividendi. Pertanto ogni anno si devono comunicare, attraverso specifiche dichiarazioni, le movimentazioni relative ai beni trasferiti.

Il regime di sospensione può decadere qualora venga violato il rispetto della libertà di stabilimento, in particolare ai sensi dell'Art. 1, comma 8 del Decreto attuativo nelle ipotesi di: liquidazione della persona giuridica trasferita, trasferimento di sede in un paese che non appartiene né all'Unione Europea, né allo spazio economico europeo e conferimento, fusione o scissione a seguito dei quali i beni vengono trasferiti in Paesi extra-europei.

La logica di questo differente trattamento era giustificata dal fatto che la disciplina modificativa era stata introdotta dal decreto attuativo il quale non avrebbe potuto modificare regole di rango primario del TUIR, quindi non si poteva contraddire quanto previsto dall'Art. 179 comma 6 del TUIR²⁸⁵.

Le intenzioni del legislatore sono quelle di rendere omogenea la disciplina delle fusioni interne con quelle intracomunitarie e quindi si è accettata la modifica all'Art. 179 del TUIR espandendo quanto previsto dall'Art. 166 anche per le operazioni straordinarie intracomunitarie andando a colmare l'asimmetria generatasi²⁸⁶. Questo serve anche ad evitare delle discriminazioni, infatti si prediligeva l'utilizzo di forme di trasferimento della sede e non di fusione dato che per le prime era prevista la sospensione dell'imposizione. Questo comportava delle distorsioni all'interno delle decisioni aziendali.

Una possibile alternativa alla sospensione del pagamento dell'exit tax, è l'opzione di rateizzazione disciplinata dall'Art. 1 comma 7 del Decreto. I soggetti autorizzati sono indicati dagli Artt. 115 e 116 del TUIR ovvero le società di persone e le società di capitali che hanno optato per il regime della trasparenza fiscale.

La rateizzazione della tassazione all'uscita avviene attraverso il pagamento di dieci rate annuali di pari importo. Si prevede inoltre che sia possibile in riferimento solo ad alcuni beni, quindi è possibile combinare il pagamento immediato con quello rateale, infatti per certi cespiti si liquida immediatamente l'importo dovuto e per altri si rateizza.

²⁸⁵ C. Galassi e M. Salvi, Exit tax: stabili organizzazioni estere e notional tax credit, *Fiscalità e commercio internazionale*, 2013, fascicoli 8-9, pag. 5.

²⁸⁶ P. Laroma Jezzi, *Migrazione fiscale e societaria nell'ambito di fusioni e scissioni transfrontaliere*, *Corr. Trib.*, 2014, fascicolo 8, pag. 2185.

Il procedimento per informare il legislatore della scelta di adottare questa opzione non è ancora ben definito e non è ben specificato se sia necessaria una comunicazione apposita o basti indicarlo nella dichiarazione dei redditi relativa all'ultimo periodo d'imposta in cui la società è residente in Italia.

Inoltre sorgono dei dubbi in merito alla comunicazione della plusvalenza complessiva, la dottrina sostiene che sia indicato fornire l'importo complessivo della plusvalenza ed aggiungere anche i dettagli dei cespiti che concorrono a formarla e di quelli che invece confluiscono nella Stabile Organizzazione che permane in Italia²⁸⁷.

Quando vengono adottate tali modalità il legislatore è legittimato a richiedere delle garanzie in misura proporzionale all'importo dovuto dell'exit tax.

Inoltre solo per quanto concerne la rateizzazione è prevista la corresponsione anche di interessi. La logica alla base è riferita alla differenza sostanziale tra la sospensione e rateizzazione, infatti nella prima il reddito non si ritiene realizzato, mentre nella seconda si ha una realizzazione immediata della plusvalenza.

Pertanto la rateizzazione consente di agevolare dal punto di vista economico il contribuente che dilaziona il pagamento dell'exit tax²⁸⁸.

4.3.8. Questioni irrisolte in materia di Exit Tax

Ad oggi la regolamentazione della disciplina delle exit tax non è definita chiaramente e presenta ancora alcune lacune e disposizioni ambigue che generano dubbi interpretativi.

In particolare la dottrina si sofferma sulla difficoltà nel definire il momento impositivo, infatti, il trasferimento della residenza ai fini fiscali non coincide con quello civilistico. E' molto importante stabilire correttamente questo aspetto per valorizzare correttamente le plusvalenze o minusvalenze latenti²⁸⁹.

La norma fiscale prevede la perdita della residenza quando non venga soddisfatto il requisito di mantenere per almeno 183 giorni uno dei tre elementi elencati nell'Articolo, nel territorio italiano.

²⁸⁷ R. Michelutti e A. Prampolini, Oggetto, presupposto e momento impositivo della exit tax, *Corriere Tributario*, 2013, fascicolo 45, pag. 3559.

²⁸⁸ C. Galassi e L. Miele, Disciplinate le modalità di differimento della riscossione della "exit tax", *Corr. Trib.*, 2013, fascicolo 33, pag. 2598.

²⁸⁹ M. Piazza e M. Valsecchi, Exit tax: questioni ancora aperte dopo l'emanazione delle norme attuative, *Il fisco*, 2014, fascicolo 40, pag. 3943.

In questo modo si verificano due situazioni: se il trasferimento avviene nella prima parte dell'esercizio, il momento impositivo risulta pari all'ultimo giorno dell'anno fiscale precedente, dato che non sono maturati i 183 giorni.

In questo caso si deve far retroagire il trasferimento, considerando la società non residente per tutto il periodo che intercorre dalla fine del periodo precedente fino al momento del trasferimento civilistico. Così si genera un differimento della plusvalenza che viene calcolata sulla residenza civilistica e tassata nel momento di realizzo ai fini fiscali.

Se il trasferimento avviene nella seconda parte dell'esercizio la società si considera fiscalmente fino alla fine dell'esercizio, momento nel quale viene stabilita la plusvalenza.

Questa discrepanza può generare problemi di doppia imposizione, quindi interviene l'Art. 2 del Decreto attraverso il quale si prevede che il trasferimento della residenza è stabilito dalle convenzioni che gli Stati membri hanno stipulato. Questa soluzione non risulta totalmente chiarificatrice di questo aspetto²⁹⁰.

La dottrina è intervenuta cercando di fornire una corretta interpretazione in merito a tale questione, definendo che il trasferimento della residenza dal punto di vista fiscale avvenga alla data del "place of effective management", quindi si riferisce esclusivamente alla data che gli Stati hanno stabilito sia quella adeguata, senza considerare quanto previsto dalla normativa interna italiana.

Quindi nel caso in cui il trasferimento fosse nel primo periodo dell'anno, la società è ritenuta residente fino al momento nel quale avviene il trasferimento civilistico e non più fino alla data di chiusura del periodo precedente.

Allo stesso modo nel caso in cui il trasferimento si verifichi nella seconda parte dell'anno, si considera come data della perdita della residenza, anche ai fini fiscali, quella civilistica.

Questa interpretazione della dottrina in merito al momento di imposizione risulta adeguata a rispondere alle esigenze di allineamento delle normative tra i vari Stati europei. Questa è una soluzione alla disposizione ambigua determinata dal Decreto Ministeriale²⁹¹.

²⁹⁰ G. D'Angelo e M. Valsecchi, *Aspetti fiscali del trasferimento della sede in Italia*, Il fisco, 2015, fascicolo 1, pag.56.

²⁹¹ G. Tombesi e A. Dragonetti, *Tassazione all'uscita (Exit tax): i dubbi interpretativi ancora irrisolti*, Il Fisco n.15, 2015, pag. 1-1463.

4.4. La fusione transfrontaliera inversa: la ristrutturazione del gruppo Fiat Industrial S.p.a.

Nel caso in analisi il gruppo italiano Fiat Industrial S.p.a., che operava nel settore della metalmeccanica ed in particolare si occupava della produzione di macchine agricole, veicoli industriali e militari pesanti, autobus e motori marini, nel 2013 compiva una fusione inversa per incorporazione con la sua controllata olandese CNH Industrial N.V.²⁹²

La situazione ante fusione prevedeva che la Fiat Industrial S.p.a con sede a Torino avesse un capitale sociale di 1.919.433.145 euro e che detenesse una partecipazione del 100% nella CNH Industrial N.V. , la quale aveva sede ad Amsterdam ed un capitale sociale di 50.000 euro.

La fusione transfrontaliera viene deliberata il 9 luglio 2013 dalla Fiat Industrial S.p.a, la quale cessa la sua esistenza e trasferisce tutte le sue attività e passività nella società incorporante CNH Industrial N.V.

Dal punto di vista contabile la società Fiat Industrial S.p.a deve annullare la partecipazione del 100% della CNH Industrial N.V., mentre l'incorporante iscrive nel suo bilancio a valori contabili tutte le attività, passività e patrimonio netto della incorporata a titolo di successione universale.

Inoltre si predispose anche il rapporto di concambio da attribuire ai soci dell'incorporata, quindi il nuovo capitale sociale della CNH Industrial N.V. risulta pari a 12.225.688,82. Euro²⁹³.

La differenza tra il capitale sociale iniziale della Fiat Industrial S.p.a ed il nuovo capitale sociale della CNH Industrial N.V. genera una riserva sovrapprezzo azioni di importo pari a 1.907.207.476 euro.

Dal punto di vista fiscale questa fusione inversa transnazionale segue quanto previsto dall'Art. 179 del TUIR che recepisce la Direttiva 90/434/Ce che disciplina gli aspetti fiscali delle fusioni transfrontaliere.

²⁹² F. Dezzani e L. Dezzani, FIAT Industrial S.p.a. diventa CNH Industrial N.V. olandese: la fusione inversa, Il Fisco n.30, 2013, pag. 1-4585.

²⁹³ La Fiat Industrial S.p.a possedeva 1.222.568.882 azioni con un valore nominale di 1,57 euro, mentre la CNH Industrial N.V. possedeva 5.000.000 azioni con un valore nominale di 0,01 euro. Il concambio prevede che 1 azione CNH Industrial N.V. di 0,01 = 1 azione Fiat Industrial S.p.a di 1,57. Quindi si devono emettere 1.222.568.882 azioni al valore di 0,01 euro.

L'operazione prevede che in corrispondenza della sede della Fiat Industrial S.p.a si crei una Stabile Organizzazione italiana, quindi la fusione risulta neutrale dal punto di vista fiscale.

Si opera la tassazione per le plusvalenze latenti che si generano dai beni della Fiat Industrial S.p.a che non confluiscono nella Stabile Organizzazione, ma che vengono trasferiti.

Come analizzato nei precedenti paragrafi questa situazione comporta un realizzo immediato della plusvalenza senza la possibilità di poter ricorrere al meccanismo di sospensione d'imposta previsto dall'Art. 166 comma 2-quater del TUIR, pertanto si applica la tassazione immediata all'uscita di tutti gli elementi che vengono distolti dalla Stabile Organizzazione italiana.

Per quanto concerne la tassazione delle riserve in sospensione d'imposta che appartenevano al patrimonio netto di Fiat Industrial S.p.a devono ricostituirsi nel patrimonio netto della Stabile Organizzazione italiana post fusione, in modo tale che non sfuggano dal gettito imponibile e mantengano il loro carattere di rinvio della tassazione.

Le perdite conseguite dalla Fiat Industrial S.p.a negli esercizi precedenti alla fusione ai sensi dell'Art. 172, comma 7, del TUIR possono essere riportate dalla Stabile Organizzazione italiana in proporzione e nei limiti della differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo di essa.

Per poter procedere nella continuazione del consolidato fiscale ed assicurarsi la possibilità di riportare le perdite la Fiat Industrial S.p.a deve presentare un'istanza di interpello ai sensi dell'Art. 124 comma 5 del TUIR. E' possibile che l'esito della procedura di interpello ponga dei limiti alla compensazione dei redditi generati in esercizi futuri. Inoltre si può prevedere di impedire il riporto delle perdite a riduzione dell'attivo di elementi che non afferiscono più alla Stabile Organizzazione²⁹⁴.

La fusione transfrontaliera inversa, secondo quanto previsto dalla normativa italiana, non comporta la tassazione degli azionisti delle società partecipanti. Essi acquisiscono le azioni della NewCo ad un valore fiscalmente riconosciuto e questo non costituisce motivo di realizzo.

La tassazione da parte dello Stato si attua nel caso in cui gli azionisti persone fisiche residenti in Italia esercitino il loro diritto di recesso attraverso la vendita delle loro

²⁹⁴ Documento informativo della fusione del 21 giugno 2013 pag. 80-82.

azioni della NewCo sul mercato o ad altri azionisti della risultante a fronte di un corrispettivo in denaro. In tale modo si può generare una plusvalenza o minusvalenza calcolata in base alla differenza tra la somma ricevuta per il recesso ed il valore fiscalmente riconosciuto delle loro azioni.

A fronte della liquidazione delle azioni per l'esercizio del diritto di recesso, agli azionisti viene applicata un'imposta sostitutiva pari al 20% dell'utile derivante dalla vendita delle azioni. Qualora da tale vendita si generasse una perdita, questa non è deducibile.

Per quanto riguarda il recesso degli azionisti italiani società di capitali, la plusvalenza o la minusvalenza generata dall'annullamento e liquidazione delle azioni da essi possedute si calcola come differenza tra la quota ricevuta per il recesso a titolo di ripartizione del capitale sociale o riserve di capitale²⁹⁵ ed il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni ordinarie²⁹⁶.

La situazione attuale prevede che la CNH Industrial N.V. abbia realizzato anche una successiva fusione per incorporazione della società olandese CNH Global N.V., ma in questo caso si tratta di una semplice fusione domestica dato che entrambe hanno la sede ad Amsterdam.

Questo è un caso che ha dimostrato l'applicazione delle norme sopra elencate alla fusione inversa transnazionale che include anche una società italiana.

L'operazione è neutrale dal punto di vista fiscale per corrispondere alle esigenze del legislatore di favorire l'utilizzo delle fusioni intracomunitarie. Dato il carattere transfrontaliero si richiedono ulteriori adempimenti per non danneggiare gli Stati membri coinvolti e per garantire una corretta riuscita del procedimento.

²⁹⁵ La quota corrisposta per il recesso si considera come distribuzione di dividendi.

²⁹⁶ F. Dezzani e L. Dezzani, FIAT Industrial S.p.a. diventa CNH Industrial N.V. olandese: la fusione inversa, *Il Fisco* n.30, 2013, pag. 1-4585.

CAPITOLO 5: L'ELUSIONE FISCALE NELLA DISCIPLINA DELLE FUSIONI TRANSFRONTALIERE

5.1. Il fenomeno dell'elusione fiscale nelle operazioni di riorganizzazione aziendale

Attraverso il compimento delle operazioni di riorganizzazione aziendale tra società appartenenti a Stati diversi, si possono ottenere indebiti vantaggi fiscali. Le operazioni di fusione transfrontaliera potrebbero avere come unico scopo quello di sfuggire alla tassazione attraverso la creazione di una nuova società fusa in un altro Paese a tassazione privilegiata.

L'elusione fiscale è un fenomeno che consiste nel porre in atto delle operazioni lecite, ovvero consentite dalla legge, con la finalità di ottenere un "risparmio fiscale" senza che siano presenti valide ragioni extrafiscali. Quindi questo modo di procedere aggira la normativa²⁹⁷.

E' un fenomeno di "arbitraggio dannoso"²⁹⁸ dato che il contribuente pone in essere delle operazioni con l'intenzione di ottenere dei benefici a livello di tassazione sfruttando le diverse tipologie di imposizione che offrono i vari Paesi membri. Infatti gli Stati presentano diversi sistemi di tassazione ed introducono delle norme volte ad attrarre i contribuenti affinché si stabiliscano nel loro territorio. Questo aspetto deve essere controllato dal momento in cui è i soggetti pongono in essere operazioni elusive.

L'elusione si differenzia dall'evasione, in quanto la prima evita la tassazione di un reddito attraverso meccanismi contrattuali leciti, la seconda sottrae reddito imponibile già maturato, pertanto si configura come un illecito²⁹⁹.

Il fenomeno dell'elusione si deve conciliare con i principi affermati dalla Corte di Giustizia Europea, come nel caso Centros, i quali sanciscono come i contribuenti siano liberi di scegliere l'alternativa a loro più favorevole, anche se questa comporta un risparmio dal punto di vista fiscale. Pertanto non esiste un obbligo nel dover optare

²⁹⁷ G. Maisto, Quaderni della Rivista di diritto tributario, Milano, 2009.

²⁹⁸ S. Giglio, Il contrasto all'elusione fiscale e l'abuso del diritto nei principali ordinamenti europei, Diritto e Pratica tributaria internazionale, Cedam, 2011, pag. 98-132.

²⁹⁹ M. Beghin, L'elusione fiscale e il principio dell'abuso del diritto, Padova, 2013, pag. 27 e ss.

per l'operazione più onerosa, però questa decisione deve essere supportata da ragioni che vanno oltre la convenienza fiscale³⁰⁰.

Gli Stati membri ed il legislatore europeo hanno introdotto delle normative volte a prevenire tale fenomeno e tali leggi si devono essere coordinate e coerenti con quanto previsto dalle Convenzioni stipulate tra i vari Paesi.

Quindi è utile analizzare come si combinano ed in che gerarchia si pongono le leggi convenzionali rispetto a quelle interne e comunitarie.

Il rapporto vigente tra le norme convenzionali e quelle interne si basa su due aspetti.

Il primo si riferisce ad un abuso delle leggi della Convenzione che comporta conseguentemente anche un abuso della legge nazionale.

Il secondo riguarda l'applicazione delle norme anti abuso poste in essere dallo Stato membro, che in linea generale non contrastano con le disposizioni della Convenzione. Ai sensi dell'Art. 1 del Modello OCSE "le legislazioni nazionali[...] non sono influenzate dalle convenzioni in quanto dette regole sono estranee alla materia considerata"³⁰¹.

Tali norme interne non risultano comunque derogabili dalla Convenzione.

Quindi anche a livello europeo, si riconosce la sovranità della legislazione nazionale dei singoli Stati che è volta a contrastare l'elusione fiscale posta in essere dalle società.

Il rapporto tra le norme comunitarie anti abuso e quelle convenzionali è diverso rispetto a quello tra leggi interne e convenzionali. Infatti il diritto europeo è un diritto sovranazionale che appartiene ad un rango superiore rispetto a quelle convenzionali³⁰².

Le Convenzioni contro le doppie imposizioni devono rispettare le norme dettate dal diritto comunitario, quindi nella loro stipula bisogna considerare questo aspetto.

E' molto importante, per contrastare tale fenomeno, che vi sia la collaborazione e cooperazione tra i vari Stati membri. Risulta necessario un allineamento in materia tra i vari ordinamenti per consentire di individuare le strategie che possono essere poste in atto dalle società per ottenere un risparmio fiscale.

³⁰⁰ V. Liprino, Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service, Riv. Dir. Trib., 2008, pag 113 e ss.

³⁰¹ Art. 1 Modello OCSE.

³⁰² C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005.

Questo obiettivo è perseguibile dagli Stati collaborativi, però molto spesso le operazioni elusive sono compiute coinvolgendo dei Paesi non collaborativi a fiscalità privilegiata.

Questi Stati si contraddistinguono per: applicare un livello di tassazione nullo o molto basso, mantenere la riservatezza, ovvero le banche non scambiano informazioni, e garantire sicurezza politica ed economica, ovvero assicurando una stabilità sugli investimenti posti in atto in tali territori.

In alcuni casi le società cercano di trasferire la propria residenza in questi Paesi esclusivamente per i benefici che essi forniscono, ponendo in essere il meccanismo dell'esterovestizione.

Questo è un comportamento che fa apparire un soggetto come residente in uno Stato a fiscalità privilegiata, ma non supportato da un criterio di collegamento reale che gli consenta di essere effettivamente residente in quel territorio. Il dato formale della sede legale, non risulta coerente con quello sostanziale, infatti la situazione che appare agli occhi del legislatore è diversa da quella che è in realtà.

Il termine esterovestizione deriva appunto dalla metafora che il vestito che la società "indossa" è all'estero, ma in realtà le decisioni e l'attività risultano svolte in un altro Stato.

L'Italia si è tutelata da questo fenomeno introducendo nell'Art. 73 comma 5 del TUIR delle presunzioni, ovvero se le società soddisfano certi requisiti sono ritenute estero vestite e quindi si inverte l'onere della prova. Sono le persone fisiche o giuridiche che devono dimostrare che le presunzioni non sono corrette e che sono realmente residenti in un Paese a fiscalità privilegiata.

5.1.1. La pianificazione fiscale attraverso le operazioni straordinarie

In questo capitolo si analizza come le operazioni straordinarie possano essere utilizzate in maniera non coerente con le finalità del legislatore e quindi essere sfruttate come strumento di pianificazione fiscale al fine di ottenere delle riduzioni d'imposta. Antonacchio nel suo articolo le definisce come "tax driven corporate reorganizations"³⁰³.

³⁰³ F. Antonacchio, Evasione fiscale internazionale e Tax Governance, Il Fisco, 2013, fascicolo 39, pag. 1-61.

Sono state riscontrate frequenti pratiche elusive attuate attraverso l'acquisizione, mediante fusione, di un'impresa in perdita. In questo modo si creava un gruppo consolidato di imprese nel quale si unificavano le società in utile con quelle in perdita e quindi il carico fiscale risultava minore.

Un altro esempio di operazione elusiva riguarda una società B che cede il ramo d'azienda comprensivo di tutte le attività ad una sua controllata e mantiene in bilancio solamente perdite per 500. Questa operazione viene compiuta per consentire l'acquisto da parte della società A di una partecipazione totalitaria della società B, la quale risulta in perdita, ad un prezzo di 40.

La società A a seguito dell'acquisizione conferisce un contributo di 400 alla società B in modo tale da ridurre le sue perdite, e questo conferimento costituisce un elemento negativo deducibile dalla società A.

L'anno seguente a questa operazione la società B distribuisce dividendi esenti alla società A, dato che è la sua controllante, per un ammontare di 500 e viene posta in liquidazione.

Compiendo queste operazioni la società A guadagna perché risparmia la tassazione su un reddito di 500. L'unico costo sostenuto è il costo di acquisizione della partecipazione totalitaria per 40.

Ipotizzando una tassazione sul reddito del 28% su 500 che comporterebbe un carico fiscale pari a 140, pertanto la società A potenzialmente risparmia 100 (risparmio=140 imposte dovute-40 di acquisto partecipazione società B)³⁰⁴.

Queste operazioni straordinarie sono lecite e consentite però hanno solamente fini fiscali e pertanto si configurano come elusive.

³⁰⁴ OECD (2010), Addressing tax risks involving bank losses, OECD Publishing, 2010, pag. 53.

5.2. L'elusione fiscale a livello comunitario

5.2.1. L'Art. 11 della Direttiva 90/434/Ce.

L'Art. 11 della Direttiva 90/434/Ce tratta il fenomeno dell'elusione fiscale in ambito di operazioni straordinarie transfrontaliere, il legislatore comunitario ha percepito fin da subito la necessità di intervenire per arginare questo fenomeno.

La fusione, scissione, il conferimento e gli scambi di partecipazioni consentono di godere di benefici fiscali rilevanti, infatti tali operazioni sono neutrali dal punto di vista fiscale e favoriscono le società nello svolgimento delle loro attività attraverso il differimento dell'imposizione della plusvalenza latente.

Qualora vengano poste in atto condotte elusive la norma prevede la revoca di questi benefici concessi. Un'operazione a carattere elusivo presenta come unico obiettivo la frode o l'evasione fiscale, pertanto mancano valide ragioni economiche come la necessità di ristrutturazione o di razionalizzazione della produzione poste come giustificazione di tale atto.

Il legislatore europeo utilizza la presunzione per definire un'operazione a carattere elusivo, quindi è il singolo contribuente che deve eventualmente dimostrare il contrario.

Gli Stati membri devono successivamente recepire questa disciplina in maniera conforme alle proprie leggi antiabuso interne, il legislatore comunitario fornisce solo le ipotesi base e più generali che poi vanno adattate alle esigenze nazionali.

Il legislatore emanando l'Art. 11 esprime il suo timore nei confronti della possibilità di utilizzare in modo improprio delle operazioni di riorganizzazione aziendale. Pertanto i soggetti possono porle in atto senza perseguire il fine originario della Direttiva, ovvero stimolare la creazione del Mercato Unico Europeo.

Attraverso l'Art. 11 il legislatore comunitario fornisce una disposizione generale e concede a quello nazionale la possibilità di predisporre delle norme più specifiche finalizzate a limitare e disapplicare i benefici da lui concessi.

Gli Stati membri devono recepire la Direttiva ed introdurre delle norme antiabuso volte a tutelare l'interesse dell'erario e a rispettare il principio della capacità contributiva.

E' bene sottolineare che deve sussistere un equilibrio tra i vincoli stabiliti dalle norme antiabuso ed i diritti fondamentali comunitari, questi non devono essere violati.

Ad esempio il rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione delle norme antiabuso, implica un punto d'incontro tra gli interessi erariali interni da parte degli Stati membri ed i benefici fiscali concessi dal legislatore comunitario. Non si devono utilizzare delle presunzioni assolute perché potrebbero comportare delle distorsioni della disciplina.

Anche la Corte di Giustizia Europea interviene decretando che le libertà comunitarie sono riconosciute a livello europeo e non possono essere violate dall'Amministrazione Finanziaria, ma ne autorizza una limitazione qualora si presentino fenomeni di frode, evasione, abuso del diritto ed elusione.

Inoltre la Corte ha completato ed arricchito le disposizioni prevedendo la necessità di analizzare puntualmente caso per caso ogni operazione, infatti l'applicazione dei soli criteri generali potrebbe non risultare corretta.

Ad esempio la sentenza Centros, precedentemente analizzata nel capitolo 3, potrebbe sembrare un caso di abuso del diritto, ma in realtà non lo è. I due coniugi volevano solamente sfuggire all'applicazione della normativa danese che prevedeva per la costituzione delle società a responsabilità limitata un capitale sociale minimo troppo elevato e la loro intenzione non era quella di ottenere dei benefici a livello fiscale³⁰⁵.

Pertanto questo porta a concludere che le norme devono essere interpretate ed applicate correttamente in modo tale da non creare delle distorsioni.

La normativa comunitaria deve essere "certa" e "prevedibile"³⁰⁶ cosicché i soggetti possano sapere a priori le conseguenze fiscali ed i limiti delle proprie azioni, quindi comprendere se stanno commettendo degli illeciti oppure no.

³⁰⁵ E. Olivieri, Presupposti condizioni e limiti dell'esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società ai sensi degli articoli 52-58 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, Foro It., 2000, fascicolo 4, pag. 317 e ss.

³⁰⁶ L. Capo, Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria, Obbligazioni e contratti, Utet Giuridica, 2012, fascicolo 2, pag. 100-108.

5.2.2. Il caso Leur-Bloem

Il 26 gennaio 1995 il Gerechtshof di Amsterdam sottoponeva alla Corte di Giustizia Europea il caso Leur-Bloem, da cui deriva la sentenza del 17 luglio 1997, causa C-28/95.

Questa controversia è sorta tra la signora Leur-Bloem e l'ispettore fiscale delle imprese di Amsterdam che negava il riconoscimento delle agevolazioni fiscali richieste ai sensi della Direttiva 90/434/Ce.

La signora persona fisica e residente nei paesi Bassi era l'unico amministratore ed azionista di due società olandesi (A e B) e voleva acquisire una terza società privata, una holding (C), attraverso il pagamento mediante scambio di azioni.

Lo scambio consisteva nel conferire le azioni delle società A e B in modo tale da acquistare una partecipazione di maggioranza della società C, in questo modo la signora diventava direttamente amministratore unico e unico azionista della società C ed indirettamente delle altre due (A e B) dato che C possedeva l'intero capitale di A e B.

Considerando che la legge dei Paesi Bassi consentiva il rinvio della tassazione del plusvalore sulle partecipazioni qualora venisse compiuta una fusione mediante scambio di azioni, la signora Leur-Bloem richiedeva che l'operazione da lei compiuta rientrasse in tale categoria in modo da beneficiare dell'esenzione di imposta e del riporto delle perdite orizzontali ai sensi della Direttiva 90/434/Ce.

L'ispettore negava alla persona fisica questa possibilità ritenendo che le finalità da lei perseguite non fossero conformi a quelle della Direttiva e che non si costituissero, in seguito alla fusione, un complesso economico duraturo³⁰⁷.

La Corte intervenne stabilendo quattro principi, dei quali il primo è il più significativo:

- La Direttiva sancisce un principio in linea generale di operazioni elusive e concede agli Stati membri una riserva di competenza per poter stabilire i casi in cui si devono revocare i benefici concessi³⁰⁸.

Gli Stati sono liberi di scegliere che cosa si intenda per valide ragioni economiche nel rispetto del principio di proporzionalità.

³⁰⁷ Sentenza Leur-Bloem del 17 luglio 1997, causa C-28/95.

³⁰⁸ P. Valente, Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento, Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, Milano, 1995, pag. 289.

Per poter stabilire se una situazione è elusiva o meno la Corte sancisce che è necessario valutare caso per caso, infatti è eccessivo escludere delle operazioni a priori senza verificare in maniera analitica la singola situazione.

La Corte in questo modo condanna la normativa olandese che aveva stilato un elenco dettagliato di caratteristiche che le permetteva di escludere a priori determinate operazioni.

La sentenza censura la tecnica adottata dallo Stato olandese per stabilire il carattere elusivo, infatti in questo modo non persegue le finalità della Direttiva³⁰⁹. Pertanto le procedure interne dei singoli Paesi devono essere coerenti con le finalità previste dal legislatore comunitario di creazione del Mercato Unico Europeo.

- E' possibile estendere l'interpretazione delle norme comunitarie anche alle fattispecie interne.
- E' possibile che l'operazione di fusione con scambio di azioni analizzata goda dei benefici previsti dalla Direttiva 90/434/Ce. Infatti non si considera necessaria la costituzione di un'unione duratura dal punto di vista economico e finanziario per rientrare nelle operazioni che possono godere di vantaggi fiscali.

Inoltre la Corte stabilisce che la signora Leur-Bloem può beneficiare della sospensione dell'imposta sulla plusvalenza anche se detiene in modo "passivo" le partecipazioni, ovvero che possiede indirettamente A e B perché unico socio e unico amministratore della società C.

Relativamente a questo punto si può evidenziare come la Corte non ponga nessuna limitazione soggettiva³¹⁰.

- La Corte ribadisce, anche in questo caso, che le valide ragioni economiche alla base delle varie operazioni straordinarie finalizzate ad ottenere dei benefici, non si riferiscono ad un mero vantaggio fiscale.

Il riporto delle perdite a compensazione orizzontale di A e B, le quali rientrano nella holding C non sono considerate ragioni economiche, ma puramente fiscali³¹¹.

³⁰⁹ R. Lupi, Operazioni transnazionali ed elusione: la Corte censura il metodo e non il merito, Il Fisco, 1997.

³¹⁰ G. Maisto, Implementation of EC Merger Directive, Bulletin for International fiscal documentation, 1993, pag. 482.

Quindi solamente i vantaggi fiscali se non sono accompagnati da ragioni extra-fiscali comportano la sospensione dei benefici perché non considerati motivi economici.

In merito all'ultimo punto la legislazione comunitaria prevede che le valide ragioni economiche vengano individuate dagli Stati membri in base ad un regime presuntivo e differiscano in base alle previsioni delle varie legislazioni nazionali.

In particolare in Italia vige l'Art. 37-bis del DPR n. 600/1973 il quale concorda con questo aspetto, ma risulta più restrittivo della norma comunitaria. Infatti presume che debbano essere assenti le ragioni economiche e che vi sia da parte dei soggetti l'intenzione di aggirare obblighi e divieti imposti dalla legge italiana, introducendo un ulteriore aspetto che aiuta a definire l'operazione elusiva³¹².

5.2.3 Il caso Daily Mail

In questa sentenza la questione riguardava la holding Daily Mail regolarmente costituita ed iscritta nel registro delle imprese del Regno Unito che voleva spostare la sua sede amministrativa in Olanda.

A seguito del trasferimento della sede la società aveva previsto di vendere dei titoli, costitutivi del suo patrimonio, ed in questo modo poteva sfuggire alla tassazione britannica. Il legislatore inglese non accettò questo spostamento perché era motivato esclusivamente da ragioni fiscali e non economiche. La legge dell'epoca prevedeva che il Ministero del Tesoro inglese dovesse rilasciare un'autorizzazione alla società perché potesse portare a termine l'operazione.

In questo contesto le parti si sono rivolte alla Corte di Giustizia europea la quale si è pronunciata a favore della normativa inglese, impedendo il trasferimento all'estero della società Daily Mail dato che riconosceva le rivendicazioni fornite dal legislatore nazionale.

Questa sentenza è strettamente collegata al rispetto della libertà di stabilimento, infatti, come evidenziato nel capitolo 3, tale diritto fondamentale può essere limitato

³¹¹ P. Valente e Davidson, *La holding olandese*, Comm. Int., 1996, fascicolo 6.

³¹² P. Valente e M. Magenta, *Fusione mediante scambio di azioni ed elusione fiscale: interviene la Corte CE*, *Le Società*, 1998, fascicolo 21.

solamente per motivi imperativi di ordine generale e pertanto l'elusione fiscale risulta uno di essi.

In questo caso non si riscontrano altre motivazioni oltre a quelle fiscali per giustificare tale operazione. E' importante sottolineare come questa sia una delle prime sentenze in materia, infatti successivamente il legislatore adotta una linea meno rigida e cerca di andare incontro alle società nel compimento di operazioni straordinarie.

5.3. L'elusione fiscale nella normativa italiana

Fino agli anni '80 in Italia vigeva il principio della libertà negoziale e fiscale, infatti le società erano libere di compiere delle operazioni che soddisfacessero i propri interessi, anche se si trattava di "fusioni di comodo"³¹³.

Tali fusioni avevano come unico scopo quello di ottenere un risparmio d'imposta attraverso il riporto delle perdite delle società incorporate, quindi si fondevano delle società in utile con quelle in perdita al solo scopo fiscale. Tali operazioni elusive erano lecite e consentite dal legislatore italiano.

Successivamente è sorta la necessità di tutelare l'interesse erariale ed arginare il fenomeno dell'elusione fiscale, infatti esso è un modo indiretto di violare la legge perché utilizza la norma per fini diversi da quelli per i quali è stata emanata³¹⁴.

La pena prevista per l'elusione è la tassazione di un'operazione che non è mai stata realizzata, ma che avrebbe dovuto essere compiuta per risultare coerente con il sistema normativo³¹⁵.

In Italia l'elusione fiscale viene disciplinata per la prima volta nel 1997 attraverso l'emanazione dell'Art. 37-bis del DPR n. 600/1973, il quale si riferisce esclusivamente alle operazioni straordinarie.

Al comma 1 si indica che le disposizioni antielusive si applicano qualora vengano posti in essere "atti, fatti e negozi" finalizzati all'ottenimento di indebiti vantaggi

³¹³ P. M. Tabellini, L'elusione della norma tributaria, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 29.

³¹⁴ G. Corasaniti, Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario, Diritto e Pratica Tributaria, 2016, fascicolo 2, pag. 476.

³¹⁵ M. Beghin, L'interposizione fittizia di persona e "l'evasione elusiva": spunti per la sistemazione della materia, Corr. Trib. 2014, pag. 3613.

fiscali, dei quali l'Amministrazione Finanziaria ne "disconosce i vantaggi tributari conseguiti"³¹⁶.

L'elusione avviene ponendo in essere operazioni perfettamente lecite le quali portano ad ottenere un risultato contrario ai principi dello Stato italiano.

Questo articolo risulta molto specifico, infatti al comma 3 si elencano tutte le operazioni transfrontaliere, che se poste in atto nelle modalità espresse nei primi due commi comportano l'ottenimento di vantaggi fiscali indebiti in Italia.

L'Art. 37 del DPR n. 600/1973 risultava troppo specifico e quindi era necessario enunciare una norma generale che non risultasse applicabile solo a limitate categorie di operazioni. Anche se avrebbe potuto essere sufficiente modificare o eliminare il comma 3 del citato articolo, il legislatore ha deciso di introdurre una nuova clausola antiabuso attraverso l'emanazione dell'Art. 10-bis, l. 212/00, nello Statuto dei diritti del contribuente.

Tale articolo riprende ed integra quanto espresso dall'Art. 37-bis del DPR n. 600/1973, infatti configura un'operazione elusiva se risulta priva di sostanza economica e finalizzata solamente al conseguimento di vantaggi fiscali indebiti.

Il legislatore nazionale introduce tre elementi caratteristici che identificano un'operazione come elusiva: il primo riguarda la mancanza di valide ragioni economiche alla base del compimento della fusione e la costituzione di elementi di puro artificio, il secondo il vantaggio fiscale ottenuto in Italia ed il terzo l'obiettivo di aggirare le norme per ottenere un risparmio d'imposta indebito, quindi la violazione dei principi del sistema italiano³¹⁷.

E' importante soffermarsi su alcune espressioni utilizzate dal legislatore ovvero: valide ragioni economiche, assenza di sostanza economica e vantaggio fiscale indebito.

5.3.1. Le valide ragioni economiche

Per quanto concerne l'espressione "valide ragioni economiche" si include la combinazione di due principi il "good business purpose" ed "substance over form", ovvero il principio di prevalenza della sostanza sulla forma.

³¹⁶ Art. 37-bis comma 2 DPR n. 600/1973.

³¹⁷ C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005.

Le valide ragioni economiche si identificano come operazioni che comportano benefici a livello gestionale dell'attività aziendale e si configurano come ragioni "extra-fiscali". Queste devono risultare come apprezzabili e valide, nel senso che devono sussistere effettivamente e devono essere determinanti nella scelta di intraprendere tale operazione.

La fusione transfrontaliera non deve avere solamente un contenuto oggettivo di vantaggi monetari, ma deve avere come scopo un miglioramento aziendale finalizzato al compimento dell'oggetto sociale e del "business purpose".

Le operazioni devono essere volte al perseguimento di un risultato reddituale attraverso l'impiego di mezzi, ma questo si può raggiungere anche indirettamente. Infatti è possibile ottenere un vantaggio, ritenuto dall'Amministrazione finanziaria una valida ragione economica, anche se non è strettamente collegato ad un ritorno monetario immediato. Ad esempio compiere una fusione con una società di un altro Paese membro per rafforzare la propria posizione sul mercato internazionale e produrre benefici che si possono apprezzare a distanza di un certo lasso temporale³¹⁸. In questa ottica la definizione di valide ragioni economiche viene ampliata non considerandola solamente legata alle logiche del profitto, ma collegata anche ad un miglioramento strutturale e funzionale della società stessa.

Affinché si configuri un'operazione abusiva ai sensi dell'Art. 10-bis comma 3, le ragioni extra-fiscali risultano marginali ed irrilevanti, ovvero non prevalenti.

Quindi oltre alla giustificazione fiscale possono esistere anche altri motivi alla base, ma non sufficienti a cambiare la natura dell'operazione.

Per irrilevanza delle ragioni economiche si intende che queste, poste a confronto con quelle fiscali, non abbiano nessun peso, o se c'è è minimo, all'interno della decisione di fusione.

Con l'aggettivo marginale si intende un'operazione che può essere conclusa ugualmente. Se così non fosse la mancanza di valide ragioni economiche non avrebbe consentito la conclusione dell'operazione.

Il legislatore intende con i termini "marginale" ed "irrilevante" che la presenza di ragioni economiche nell'operazione elusiva è un elemento non determinante nella decisione. Questo aspetto risulta comunque difficile da individuare visto che non è un dato oggettivo, pertanto il giudice deve valutare caso per caso la presenza di tale

³¹⁸ L. Capo, Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria, *Obbligazioni e contratti*, Utet Giuridica, 2012, fascicolo 2, pag. 106.

requisito e la sua incidenza. Si deve considerare se la presenza delle ragioni economiche possa essere sufficiente per escludere la configurazione di un abuso del diritto³¹⁹.

In un secondo momento si può considerare anche l'aspetto fiscale ed i benefici ad esso collegati, infatti può capitare che le fusioni, svolte con un obiettivo gestionale, abbiano come effetto anche un vantaggio fiscale, ed in questo caso la fusione non è classificata come elusiva. Solamente in queste determinate circostanze il risparmio fiscale è legittimo.

Anche la stessa Corte di Cassazione riconosce agli individui il diritto di poter scegliere tra le varie operazioni quella meno onerosa dal punto di vista fiscale³²⁰.

5.3.2. L'assenza di sostanza economica

Questa espressione implica che vengono messe in atto delle "costruzioni di puro artificio" che sono legittimamente costituite, ma prive di sostanza economica. Infatti pur rispettando la forma risultano in contraddizione con le finalità adottate dal legislatore e pertanto operazioni abusive.

Le caratteristiche di una struttura fittizia senza sostanza economica sono descritte dall'Art. 10, comma 2, lett. a) nel quale si individuano due elementi: la non coerenza tra la qualificazione dell'operazione e la realtà e la non conformità dell'uso degli strumenti legislativi, che vengono sfruttati solo per risparmiare le imposte. Situazioni di questo tipo implicano che gli utili lordi conseguiti a seguito dell'operazione siano minori in confronto al notevole risparmio fiscale generato³²¹.

Sono classificate quindi come delle operazioni "non genuine"³²² perché non perseguono lo scopo voluto dal legislatore.

³¹⁹ G. Zizzo, La nozione di abuso nel nuovo art. 10*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, Il Corriere Giuridico, 2015, fascicolo 11, pag. 1337-1342.

³²⁰ A. Lovisolo, Il principio di matrice comunitaria dell'"abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte., Diritto e Pratica Tributaria, 2007, fascicolo 4, parte II, pag. 723.

³²¹ G. Zizzo, La nozione di abuso nel nuovo art. 10*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, Il Corriere Giuridico, 2015, fascicolo 11, pag. 1337-1342.

³²² V. P. Pistone, L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di giustizia dell'unione Europea, 2012, pag. 431.

5.3.3. L'indebito vantaggio fiscale

L'ultima espressione che il legislatore utilizza nell'Art. 10-bis comma 2 per indicare l'elusione fiscale è "l'indebito vantaggio fiscale".

L'aggettivo indebita permette di definire la soglia che distingue l'elusione dal legittimo risparmio d'imposta.

Questa situazione indica una posizione di vantaggio del contribuente rispetto all'erario, in quanto si altera il principio di contribuzione agevolando soggetti che non dovrebbero godere di benefici.

In tale modo si determina una situazione di contrasto con le finalità perseguite dal legislatore sia nazionale che comunitario. Questa non conformità è connotata da una mancanza di giustificazione. Infatti per definire come "indebita" un vantaggio fiscale si deve guardare la ratio della norma e non ciò che si prevede letteralmente nella normativa. Si deve considerare il contrasto che si genera tra le intenzioni del legislatore nell'emanare la normativa ed il vantaggio perseguito. Questa situazione si rileva oggettivamente solamente ex post.

Il legislatore promuove il principio della prevalenza della sostanza sulla forma per stabilire la natura di un'operazione straordinaria, infatti si deve considerare se la sostanza sia conforme a quanto previsto dalla norma.

L'indebita in questo contesto ha un'accezione diversa rispetto a quella precedentemente considerata, infatti ne viene ampliata la portata³²³.

Questa espressione si collega con l'assenza di valide ragioni economiche che risultano uno la conseguenza dell'altro, dato che un'operazione che conferisce dei vantaggi fiscali se priva di finalità economiche rende tali benefici indebiti. Pertanto compiendo una fusione non genuina si consegue un vantaggio fiscale indebita³²⁴.

Si deve tenere in considerazione che il legislatore nazionale specifica nel comma 4 dell'Art. 10-bis che i soggetti sono liberi di scegliere tra regimi di contribuzione differente. Infatti se per la stessa fattispecie si presenta la possibilità di utilizzare regimi diversi il soggetto è autorizzato a scegliere quello meno oneroso, senza configurare un risparmio d'imposta indebita. Il vantaggio fiscale è pienamente

³²³ V. Ficari, *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex Art. 10-bis della L. n. 212/2000*, Riv. Trim. Dir. Trib., 2016, pag. 324.

³²⁴ D. Cané, *Indebita vantaggio fiscale e abuso del diritto. Profili di diritto comunitario e internazionale*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, 2016, fascicolo 4, pag. 1253 e ss.

riconosciuto dall'erario, il quale è completamente consapevole di questa possibile alternativa³²⁵.

5.3.4. Il caso della Biochem Immunosystems Italia s.p.a.

La sentenza della Cassazione civile, sezione V, del 21 gennaio 2011, n. 1372, ha analizzato il caso di fusione transfrontaliera elusiva tra più società operanti nel settore dei diagnostici.

La questione riguardava una complessa operazione di ristrutturazione transfrontaliera nella quale una società la Biochem Immunosystems Italia s.p.a., aveva acquistato il pacchetto azionario di controllo di un gruppo farmaceutico svizzero Serono s.p.a. attraverso un finanziamento da parte di terzi. Successivamente poi le società sono state incorporate dalla Biochem Immunosystems Italia s.p.a., la quale aveva il diritto di detrarre dall'utile gli interessi passivi pagati sul finanziamento.

Questa operazione di acquisto del pacchetto azionario attraverso un indebitamento e la successiva incorporazione si configurava secondo l'Agenzia delle Entrate come un comportamento abusivo volto esclusivamente a dedurre gli interessi passivi. Infatti era considerata come un'operazione volta a pre-constituire oneri finanziari da dedurre in seguito dal reddito della società incorporata³²⁶.

L'Amministrazione finanziaria contestava che lo stesso identico risultato si poteva ottenere attuando direttamente una fusione transfrontaliera, neutrale dal punto di vista fiscale, senza il preventivo acquisto del pacchetto azionario della società, infatti questo portava a presumere che fosse un'operazione compiuta solamente per ridurre il carico fiscale³²⁷.

La Corte di Cassazione è pervenuta ad un esito contrario considerando questa fusione transfrontaliera come lecita e non elusiva, classificandola come una operazione di riorganizzazione societaria i cui miglioramenti non si potevano godere

³²⁵ L. Capo, Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria, *Obbligazioni e contratti*, Utet Giuridica, 2012, fascicolo 2, pag. 100-108.

³²⁶ R. Rizzardi, Abuso del diritto: svolta della Corte di cassazione e della Corte di giustizia UE, *Corr. Trib.*, 2011, pag. 663.

³²⁷ L. Capo, Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria, *Obbligazioni e contratti*, Utet Giuridica, 2012, fascicolo 2, pag. 100-108.

immediatamente, ma solamente con il passare degli anni. Quindi si riscontrava la presenza di un carattere economico e strutturale e non meramente fiscale³²⁸.

Inoltre la Corte ha risposto anche al secondo aspetto contestato dall'Agenzia delle Entrate, ovvero la possibilità di compiere direttamente una fusione transfrontaliera con concambio di azioni, invocando la libertà del contribuente di scegliere la forma giuridica ritenuta più consona a corrispondere alle sue esigenze. Pertanto non si poteva contestare il fatto che non sia stata adottata la soluzione più lineare³²⁹.

In questa sentenza si è apprezzato come la Corte di Cassazione sia stata molto attenta nel valutare i singoli casi di elusione fiscale senza predefinire e condannare a priori un comportamento solo perché presumibilmente elusivo. E' anche risultata aperta alla possibilità di compiere operazioni straordinarie transfrontaliere, in linea con quanto previsto dal legislatore comunitario in ambito di Mercato Unico Europeo.

³²⁸ D. Stevanato, Ancora un'accusa di elusione senza "aggiramento" dello spirito della legge, *Corr. Trib.*, 2011, pag. 678.

³²⁹ F. Tundo, "Merger leveraged buy out" e abuso del diritto: quali strumenti per sindacare l'elusività di un atto complesso e degli interessi passivi, *Riv. Giur. Trib.*, 2011, pag. 616.

CONCLUSIONI

In questa tesi sono state descritte le caratteristiche civilistiche e fiscali della disciplina delle fusioni transnazionali, strumenti utilizzati dal legislatore comunitario per favorire la creazione del Mercato Unico Europeo.

L'analisi condotta porta a comprendere perché il legislatore abbia scelto proprio l'operazione di fusione per perseguire il suo scopo.

Le fusioni transfrontaliere consentono alle società europee di raggiungere una dimensione adeguata in modo tale da risultare competitive a livello globale.

Inoltre tale espansione esterna avviene in tempi più brevi rispetto ad una possibile crescita interna.

Infatti la singola società decidesse di intraprendere un percorso di crescita interna dovrebbe modificare e ristrutturare tutta la realtà aziendale attuando un cambiamento dispendioso sia in termini di tempo che di risorse economiche.

L'operazione di fusione consente di ottenere un ulteriore vantaggio: le società dei Paesi membri possono accedere facilmente a mercati nuovi attraverso l'incorporazione o unione con una società già operante in tale contesto. Attraverso la fusione si acquisisce il preesistente posizionamento sul mercato della società fusa e ci si garantisce la possibilità di rafforzare e migliorare tale posizione.

In questa maniera le società europee possono affermarsi sia sul mercato comunitario che su quello extracomunitario perché acquistano maggiore forza e maggiore consapevolezza del contesto economico.

In tutta la tesi si è potuto constatare come il legislatore comunitario e la Corte di Giustizia Europea stiano promuovendo un processo di integrazione tra le società europee e stiano tutelando le operazioni da esse svolte.

Portare a compimento questo procedimento non può essere immediato, ma richiede del tempo ed ancora oggi è in corso di svolgimento.

Come descritto nell'elaborato il legislatore comunitario ha emanato differenti normative finalizzate tutte al perseguimento dello stesso obiettivo: la creazione del Mercato Unico Europeo.

La Direttiva 90/434/Ce, il Regolamento relativo allo Statuto della Società Europea e la X Direttiva sono le normative che consentono congiuntamente di avvicinare le singole legislazioni nazionali nella creazione di una disciplina comune della fusione transfrontaliera.

In particolare la Direttiva 90/434/Ce emana i principi fiscali a cui le società sono assoggettate quando compiono una fusione transnazionale. Sono state evidenziate però delle criticità in merito al recepimento da parte degli Stati membri.

Si riscontra la necessità degli Stati di introdurre delle norme più restrittive rispetto a quelle della Direttiva, in modo tale da tutelarsi dalla possibile perdita di gettito imponibile da parte di uno dei Paesi coinvolti in favore di un altro.

La Direttiva inoltre risulta troppo generica in alcune disposizioni e questo porta i singoli Stati ad interpretare la normativa a favore delle proprie esigenze creando una certa disomogeneità.

Ad esempio possono nascere delle complicazioni in merito al riporto delle perdite di una società incorporata da parte dell'incorporante residente in un altro Stato membro e alla loro contabilizzazione. I Paesi europei, infatti, utilizzano differenti modalità di calcolo delle perdite maturate e in tale materia il legislatore comunitario non è risultato sufficientemente chiaro.

Nel 2001 è stato introdotto lo strumento della Società Europea per consentire alle imprese di godere pienamente della libertà di stabilimento.

Questo permette alle società di differenti Stati membri di affiliarsi costituendo un ente sovranazionale libero di spostarsi all'interno della comunità.

Esso rappresenta un primo tentativo del legislatore comunitario di avvicinarsi alla disciplina delle fusioni transfrontaliere, infatti nella tesi si analizza nello specifico la costituzione della Società Europea mediante fusione transnazionale.

Questo strumento comunitario non ha conseguito l'effetto sperato dato che non viene frequentemente utilizzato dai soggetti operanti nell'Unione Europea.

Si evidenziano nel paragrafo 3.7. alcune criticità legate ai frequenti rinvii alle norme nazionali, all'esclusività della forma delle società che vi possono partecipare e all'ingente investimento economico iniziale per poter costituire una Società Europea. Pertanto la Società Europea, nelle svariate situazioni, risulta più difficilmente adattabile rispetto alle fusioni transfrontaliere.

In relazione al confronto con le operazioni di fusione intracomunitaria vengono anche evidenziate due ulteriori problematiche relative al credito d'imposta virtuale, che non viene concesso qualora sussista un trasferimento della sede effettiva della Società Europea in un altro Stato membro, e al riporto delle perdite.

Questi due aspetti sono previsti nella disciplina delle fusioni transnazionali, mentre non risultano tali nella normativa delle Società Europee. Pertanto i soggetti

comunitari tendono ad adottare la prima fattispecie per potersi spostare ed ampliare nello spazio economico europeo.

In tale maniera si sottolinea come la Società Europea abbia anticipato la diffusione della disciplina delle fusioni intracomunitarie e si conferma l'intenzione del legislatore di espandere i confini dei singoli mercati interni uniformandoli al Mercato Unico Europeo.

Solo a seguito dell'emanazione della X Direttiva si ottiene un importante risultato in materia di armonizzazione della disciplina delle fusioni transfrontaliere, perché, attraverso tale operazione, si impone a tutti gli Stati membri l'obbligo di riconoscere questo strumento di riorganizzazione aziendale nel proprio ordinamento.

In precedenza non tutti i Paesi prevedevano questa possibilità e non c'era alcuna norma che rendesse illegittima tale disposizione.

Oltre agli atti normativi del legislatore comunitario, si devono considerare anche i frequenti interventi della Corte di Giustizia Europea che hanno contribuito notevolmente a convogliare la disciplina delle fusioni transfrontaliere verso una direzione comune. La valutazione dei singoli casi ha assunto successivamente carattere di portata generale.

Come analizzato nel terzo capitolo, le sentenze in materia di libertà di stabilimento sono strettamente collegate alla fusione transnazionale perché tutelano e autorizzano le società a spostarsi liberamente all'interno dello spazio economico europeo.

Di particolare rilievo è la pronuncia della Corte nel caso *Sevic*. La questione trattata riguarda il rispetto del diritto di stabilimento da parte degli Stati membri qualora le società compiano delle fusioni transfrontaliere.

La pronuncia fornisce dei principi generali in materia, i quali vengono invocati in maniera parallela alle disposizioni della X Direttiva.

La Corte in questo caso è risultata più permissiva rispetto al legislatore comunitario infatti concede a tutte le società, comprese quelle di persone, la possibilità di partecipare ad una fusione transnazionale. Di contro l'Art. 1 della X Direttiva, individua come soggetti autorizzati solamente le società di capitali. Quest'ultima potrebbe essere ritenuta una disposizione discriminatoria ed in contrasto con quanto previsto dalla sentenza. Si deve considerare, però, che la sentenza *Sevic* enuncia tali principi esclusivamente sulla base dell'invocazione dei diritti di stabilimento comunitari senza chiarire nel dettaglio la normativa, come accade invece nella Direttiva stessa.

Il legislatore comunitario ha cercato di abbattere gli ostacoli posti dalle leggi interne che opponevano forte resistenza nel timore di perdere gettito imponibile, quindi ha dovuto lasciare agli Stati membri la possibilità di tutelarsi in questo senso.

Nel quarto capitolo si è posta l'attenzione sulle modalità utilizzate dall'Italia nell'introduzione della normativa sulle Exit Tax per impedire che le società sfuggano alla tassazione e non rispettino il principio di contribuzione.

Molti Stati membri hanno adottato lo strumento dell'Exit Tax per non risultare danneggiati dal compimento di fusioni transfrontaliere, quindi la Corte è intervenuta ripetutamente per cercare di delinearne la fattispecie.

La problematica principale dell'introduzione della tassazione all'uscita riguarda l'imposizione di un gettito che non è ancora stato monetizzato, ma solamente maturato.

Questa soluzione potrebbe apparire equa, ma in realtà il contribuente ne risulterebbe danneggiato. Si creerebbe un'asimmetria di trattamento tra fusioni domestiche, totalmente neutrali, e fusioni transfrontaliere, soggette ad imposizione sui redditi maturati. Ciò potrebbe portare le persone giuridiche a prediligere la prima fattispecie a scapito della seconda, andando contro le intenzioni del legislatore comunitario.

La Corte di Giustizia Europea anche in tal caso è risultata determinante per arricchire la disciplina, infatti attraverso la pronuncia *National Grid Indus BV* ha emanato quattro principi cardine in materia di Exit Tax.

In particolare ha previsto il rinvio della tassazione da parte dello Stato membro di origine al momento in cui si realizza il reddito, in questo modo si bilanciano le esigenze dei Paesi e quelle dei contribuenti.

Un'altra problematica che si può riscontrare riguarda l'evasione fiscale, infatti le società potrebbero utilizzare lo strumento della fusione transfrontaliera solamente per ottenere benefici fiscali.

In questo modo la società non ha nessun interesse nel diventare più competitiva e accedere a nuovi mercati, quindi sfrutta questa operazione solo ai fini fiscali.

I legislatori comunitario e nazionale sono intervenuti per arginare questo fenomeno anche se è molto difficile stabilire a priori le caratteristiche di un comportamento elusivo. Per non penalizzare eccessivamente i soggetti economici europei è corretto valutare caso per caso se un'operazione si configuri come lecita o illecita.

In conclusione il legislatore comunitario deve trovare un equilibrio tra i molteplici interessi che si intrecciano nel processo di costituzione del Mercato Unico Europeo.

Come emerge dall'analisi della tesi questi interessi si riferiscono al rispetto del principio di contribuzione da parte dei singoli Stati, alla promozione delle libertà fondamentali da parte della Corte, alla convenienza economica delle persone fisiche e giuridiche e alla promozione della creazione del Mercato Unico da parte del legislatore europeo.

Quest'ultimo ha dovuto procedere attraverso un'omogeneizzazione graduale delle singole legislazioni e non con un'armonizzazione immediata e totale. Pertanto la normativa comunitaria lascia un margine di autonomia a quelle nazionali, in modo tale da consentire loro di recepire le Direttive attraverso le modalità ritenute più consone.

Il processo di unificazione dello spazio economico europeo è un procedimento molto lungo e non ancora terminato, dato che si devono conciliare esigenze di soggetti differenti.

Il legislatore europeo deve essere abile a promuovere le operazioni che meglio si adattino a perseguire questo obiettivo secondo tali modalità.

La fusione transfrontaliera è sicuramente uno strumento determinante nel favorire lo sviluppo e l'aggregazione delle aziende in ambito comunitario per renderle maggiormente competitive a livello mondiale, nel rispetto delle esigenze di tutti i soggetti coinvolti .

BIBLIOGRAFIA

- A. Busani, La fusione Transfrontaliera e internazionale, Le Società, 2012, fascicolo 6, p.661.
- A. Busani, Lieve *maquillage* per la procedura di fusione transfrontaliera “semplificata”, Le Società, 2015, fascicolo 4, pag. 403-406.
- A. Carducci, Dall’armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere, Giur. comm., 2008, 3437.
- A. Del Sole, Il trasferimento delle perdite transfrontaliere: il caso Marks & Spencer, Fiscalità Internazionale, 2006, pag. 48 e ss.
- A. Lovisolo, Il principio di matrice comunitaria dell’”abuso” del diritto entra nell’ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L’evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte., Diritto e Pratica Tributaria, 2007, fascicolo 4, parte II, pag. 723.
- A. Naijari-Peron, le fusioni transfrontaliere di società di capitali, Contr. Imp., Europa, 2005, fascicolo 2, pag. 709 e ss.
- A. Pantano, Fusioni transfrontaliere di società: ostacoli e prospettive europee/Aspetti comparatistici, Le Società, 1995, fascicolo 9, pag. 1259 e ss.
- A. Righini, Aspetti civilistici e fiscali del “ritorno a casa” delle holding estere, Dialoghi di diritto tributario, 2005, fascicolo 5.
- A. Righini, Il trasferimento di sede all’estero: valore fiscale dei beni trasferiti e iscrizione nel registro delle imprese, Il fisco n. 9, 2008, pag. 1-1551.
- A. Righini, La società europea e la fusione transfrontaliera: strumenti per il trasferimento all’estero della sede sociale, Il fisco n.36, 2005, pag. 1-5627.
- A. Silvestri, Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE, Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze, 1996, fascicolo 4, pag. 489.
- Adinolfi, Le libertà di circolazione delle persone e la politica dell’immigrazione in Diritto dell’Unione Europea, Strozzi, Torino, 2010, pag. 63 e ss.
- Allotti, Pernazza, Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento, Le Società, 2003, pag. 893 e ss.
- Annicchino, Il regime fiscale delle fusioni transfrontaliere, Foro Italiano, 1992, fascicolo 5, pag 303 e ss.
- Baccaglioni, National Greed Indus: aspetti sistematici delle exit taxes, Diritto e pratica tributaria internazionale, 2012, pag. 275 e ss.

Baggio, Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria, Milano, 2009, pag. 347.

Ballancin, Note in tema di esteroinvestizione societaria tra i criteri costitutivi della nozione di residenza fiscale e l'interposizione elusiva di persona, Rivista di diritto tributario, 2008, pag. 987.

Beghin, La sentenza Cadbury Schweppesa il "malleabile principio della libertà di stabilimento", Rassegna Tributaria, 2007, pag. 988.

Benedettelli, Diritto Internazionale privato delle società e ordinamento comunitario, Picone, Padova, 2004, pag. 217.

Benedettelli, Sul trasferimento della sede sociale all'estero, Rivista delle società, 2010, pag. 1253.

C. Amatucci, L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nelle recente giurisprudenza della Corte di giustizia, Innovazione e diritto, 2005, fascicolo 5.

C.B. Vanetti, Aspetti societari del conferimento di azienda, Le Società, 2000, pag. 1066 e ss.

C. Dominici, La fusione transfrontaliera nell'ordinamento europeo, Azienda & Fisco, 2006, fascicolo 6, p. 13.

C. Francioso, Commento alle Sentenze della Corte di Giustizia: L'utilizzo transfrontaliero delle perdite infragruppo l'evoluzione dell'ordinamento della Corte di Giustizia dalla sentenza Marks & Spencer al chiarimento del concetto final losses, Diritto e Pratica Internazionale, 2016, fascicolo 4, pag. 1498-1531.

C. Galassi e L. Miele, Disciplinate le modalità di differimento della riscossione della "exit tax", Corr. Trib., 2013, fascicolo 33, pag. 2598.

C. Galassi e M. Salvi, Exit tax: stabili organizzazioni estere e notional tax credit, Fiscalità e commercio internazionale, 2013, fascicoli 8-9, pag. 5.

C. Garbarino, Manuale di tassazione internazionale, I Edizione, IPSOA, L.E.G.O. spa, Vicenza, 2005.

C. Garbarino, Regime fiscale comunitario in materia societaria, Il Commento, Il Corriere Giuridico, 1991, fascicolo 3, pag. 333 e ss.

C. Licini, Libertà di stabilimento comunitaria in un caso di fusione transfrontaliera, Giur. Com., 2006, fascicolo 2, pag. 126-133.

C. Sallustio, Il c.d. Notional tax credit previsto dall'art. 179, comma 3 del T.u.i.r. Profili di diritto tributario italiano e comunitario, Rassegna Tributaria, 2011, pag. 967 e ss.

Carinci, Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi. Il regime comunitario, Lo Stato della fiscalità nell'Unione Europea, 2003, pag. 530.

Conclusione dell'Avv. Gen. Kokott sul caso C-172/13, commissione v. United Kingdom (c.d. caso Marks & Spencer II), presentate il 23 ottobre 2014, paragrafo 15.

D'Alfonso, Fiscalità Internazionale e riorganizzazioni societarie, Amministrazione e finanza, 2001, pag. 27.

D'Avolio e G. Fort, Exit tax e trasferimento all'estero della stabile organizzazione, Corr. Trib., 2014, fascicolo 18, pag. 1412.

Condinanzi e Strozzi, la libertà di stabilimento, Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale, Torino, 2010, pag. 185 e ss.

Contaldi, Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, Tizzano, Milano, 2004, pag. 383 e ss.

Cordeiro Guerra, I limiti territoriali alla definizione dei presupposti imponibili: a) sul piano del diritto internazionale, in Il diritto tributario nei rapporti internazionali, Milano, 2003, pag. 89 e ss.

Cordeiro Guerra, La cosiddetta esterovestizione al vaglio dei giudici di merito, in Giustizia Tributaria, 2008, pag. 570.

D. Cané, Indebito vantaggio fiscale e abuso del diritto. Profili di diritto comunitario e internazionale, Diritto e Pratica tributaria internazionale, 2016, fascicolo 4, pag. 1253 e ss.

D. Caterino, Il regolamento sulla Società Europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori, Giur. Comm., 2002, fascicolo 1, pag. 479 e ss.

D. Stevanato, Ancora un'accusa di elusione senza "aggiramento" dello spirito della legge, Corr. Trib., 2011, pag. 678.

D. Stevanato, Le Riorganizzazioni internazionali di imprese, Cedam, 1999, pag. 370 e ss.

De' Capitani di Vimercate, Brevi note. In tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana, Dir. Prat. Trib., 2008, fascicolo II, pag. 33 e ss.

E. Cannizzaro, Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

E. Condoleo, Internazionalizzazione e delocalizzazione. Strategie e processi per la migrazione delle aziende, Giuffrè Editore, Varese, 2015.

E. Dalla Valle, La nuova fiscalità cross-border per le imprese e gli investitori, Il Fisco n. 20, 2015, pag. 1-1907.

E. Dalla Valle, L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer, *Rassegna Tributaria*, 2006, fascicolo 3, pag. 995 e ss.

E. Disetti, SE: una breve analisi della recente disciplina paneuropea delle società di capitali, *Le Società*, 2006, fascicolo 7, pag. 771

E. Lo Presti Ventura, La Direttiva "fusioni": il ruolo. I principali trattamenti applicativi, *Il Fisco* n. 30, 2006, pag. 1-4680.

E. Olivieri, Presupposti condizioni e limiti dell'esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società ai sensi degli articoli 52-58 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, *Foro It.*, 2000, fascicolo 4, pag. 317 e ss.

Engert e Eidenmuller, *Auslandische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, Monaco, Verlag C.H. Beck, 2004, pag. 124.

F. Ambrosiani, Società europea e fusione transnazionale, *Le Società*, 2012, fascicolo 11, pag.1351 e ss.

F. Antonacchio, Evasione fiscale internazionale e Tax Governance, *Il Fisco*, 2013, fascicolo 39, pag. 1-61.

F. Dezzani e L. Dezzani, FIAT Industrial S.p.a. diventa CNH Industrial N.V. olandese: la fusione inversa, *Il Fisco* n.30, 2013, pag. 1-4585.

F.M. Mucciarelli, Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari, *Giurisprudenza commerciale*, 2000, pag. 559 e ss.

F.M. Mucciarelli, Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi, *Giuffrè Editore*, Milano, 2010.

F.M. Mucciarelli, Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic", in *Riv. soc.*, 2006, p. 417.

F.M. Mucciarelli e Faunele, Questioni in tema di fusioni transfrontaliere, *Giur. Comm.*, 2008, fascicolo 4, pag. 755.

F. Magliulo, *La fusione delle società*, Edizione II, Ipsoa, Milano, 2009, pag. 30.

F. Pacelli e R. Ubaldini, *Le operazioni straordinarie transnazionali extra-Ue*, Regime fiscale delle operazioni straordinarie, G. Giappichelli, Torino, 2009.

F. Roccatagliata e M.G. Valente, *Fiscalità Comunitaria*, Parte III: La Commissione Europea, Diritto e pratica tributaria internazionale, 2012, pag. 367-369.

F. Tesauo, Il ruolo della Corte di Giustizia in materia di imposte dirette. Effetti sul mercato interno e sulla sovranità degli Stati membri, relazione alla Conferenza sulla tassazione societaria nella UE organizzata dalla Presidenza Italiana del Consiglio in collaborazione con la Commissione europea, tenutasi ad Ostia 5-6 Dicembre 2003.

F. Tundo, "Merger leveraged buy out" e abuso del diritto: quali strumenti per sindacare l'elusività di un atto complesso e degli interessi passivi, Riv. Giur. Trib., 2011, pag. 616.

Favi, Diritto di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali nell'ambito delle imposte dirette, Rivista di diritto tributario, 2011, fascicolo 3, pag. 42 e ss.

Ferri, La fusione delle società commerciali, Foro Italiano, Roma 1986, pag 59 e ss.

G. Arnò e G. Fischetti, Fusioni transfrontaliere delle società di capitali: recepita la Direttiva 2005/56/Ce, Speciale TLS Newsletter, 2008, fascicolo 6-bis.

G. Arnò e G. Fischetti, Le fusioni transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri, Egea, Milano, 2009.

G. Ascoli, Exit taxation: quadro sistematico della disciplina, Il Fisco n. 21, 2014, pag. 1-2033.

G. Ascoli, Exit taxes and fundamental freedoms: the impact of the De Laysterie decision on EU member States' domestic law, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, 2006, pag. 99 e ss.

G. Benacchio, Diritto privato dell'Unione Europea, Fonti modelli regole, CEDAM, Padova, 2008, pag. 269.

G. Cafari Panico, La disciplina fiscale della Società Europea, Fiscalità Internazionale, 2005, fascicolo 2.

G. Corasaniti, Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario, Diritto e Pratica Tributaria, 2016, fascicolo 2, pag. 476.

G. D'Angelo e M. Valsecchi, Aspetti fiscali del trasferimento della sede in Italia, Il fisco, 2015, fascicolo 1, p.56.

G. D'Angelo e S. Salvadeo, Fusioni transfrontaliere: peculiarità degli adempimenti civilistici, Bilancio e reddito d'impresa, 2010, fascicolo 9, p.41.

G. Di Marco, La proposta di direttiva sulla fusione transfrontaliera: un nuovo strumento di integrazione tra le imprese comunitarie, Le Società, 2004, fascicolo 8, pag. 1047-1049.

G. Maisto, Implementation of EC Merger Directive, Bulletin for International fiscal documentation, 1993, pag. 482.

G. Maisto, Quaderni della Rivista di diritto tributario, Milano, 2009.

G. Marino, La residenza nel diritto tributario, CEDAM, Padova, 1999, pag. 212.

G. Marino e Uckmar, La residenza, Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 2003, pag. 233 e ss.

G. Melis, Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società, Dir. Prat. Trib. Intern., CEDAM, 2004, pag. 38 e ss.

G. Melis, Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi, Milano, 2009.

G. Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla Direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera, Rivista di Diritto Societario, 2007, fascicolo 1, pag. 48.

G. Tombesi e A. Dragonetti, Tassazione all'uscita (Exit tax): i dubbi interpretativi ancora irrisolti, Il Fisco n.15, 2015, pag. 1-1463.

G. Zizzo, La nozione di abuso nel nuovo art. 10bis dello Statuto dei diritti del contribuente, Il Corriere Giuridico, 2015, fascicolo 11, pag. 1337-1342.

G. Zizzo, Le riorganizzazioni societarie: il trasferimento all'estero o dall'estero della sede, Corr. Trib., 2008, pag. 3581.

G. Zizzo, Le riserve non in sospensione d'imposta nella fusione di società, Tributimpresa, 2004, fascicolo 4, pag. 63.

Gabelli e Rossetti, Riconoscimento gratuito del disavanzo di fusione: note minime sui capital gain realizzati da non-residenti, Fiscalità Internazionale, 2004, pag. 32 e ss.

Gaffuri, La tassazione dei redditi d'impresa all'estero. Principi generali, Milano, 2008, pag. 183 e ss.

Giuliani Thompson, Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee, Contratto e impresa/Europa, 2003, pag. 229 e ss.

Hailbronner, Thym, Common Market Law Review, 2011, pag. 1253 e ss.

J. M. Embid Irujo, Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali, Campobasso, Giuffrè, Milano, 2003.

L. Capo, Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria, Obbligazioni e contratti, Utet Giuridica, 2012, fascicolo 2, pag. 100-108.

L. Gaiani, Trasferimento in Italia di imprese estere e valore fiscale degli assets, Il Fisco n. 47, 2015, pag. 1-4536.

L. Lauricella, In attesa di un'apertura legislativa sul trattamento delle perdite nelle fusioni transfrontaliere, GT Rivista di Giurisprudenza Tributaria, 2013, fascicoli 8-9, pag. 653-656.

L. Potito, Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese - Quarta Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

- L. S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, pag. 44
- L. Tosi e R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale – Quinta Edizione*, Cedam, L.E.G.O. S.p.a., Vicenza, 2016.
- Lovisolò, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, Studi in onore di V. Uckmar, Cedam, Padova, 1997, pag. 798.
- M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio dell'abuso del diritto*, Padova, 2013, pag. 27 e ss.
- M. Beghin, *L'interposizione fittizia di persona e "l'evasione elusiva": spunti per la sistemazione della materia*, *Corr. Trib.* 2014, pag. 3613.
- M. Giaconia e D. Chiesa, *Fusioni Transnazionali: "Slalom" fra vincoli fiscali e lacune normative*, *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2011, fascicolo 11, pag. 5.
- M. Lang, *Has the case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?*, *European Taxation*, 2014, fascicolo 12, pag. 538 e ss.
- M. Manera, *Sulla "Neutralità" del concambio di partecipazioni*, *Diritto e Pratica Tributaria*, 2011, I Parte, pag. 575-595.
- M. Piazza, G. D'Angelo e M. Valsecchi, *Aspetti fiscali del trasferimento della sede in Italia*, *Il Fisco* n.1, 2015, pag. 1-56.
- M. Piazza e G. D'Angelo, *Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni*, *Il Fisco* n. 22, 2015, pag. 1-2134.
- M. Piazza e G. D'Angelo, *Trasferimento di sede in Italia al valore normale, esterovestizione, voluntary disclosure*, *Il Fisco* n. 23, 2015, pag. 1-2225.
- M. Piazza e M. Valsecchi, *Exit tax: questioni ancora aperte dopo l'emanazione delle norme attuative*, *Il fisco*, 2014, fascicolo 40, pag. 3943.
- M. Trivellin, *Attuazione della Dir. 2005/56/Ce relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, Padova, 2009.
- M. V. Benedettelli, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, pag. 569-620.
- Manera, *Il regime fiscale delle operazioni di riorganizzazione aziendale in ambito UE*, *Giur. Imp.*, 2000, fascolo 5, pag. 1403 e ss.
- Marasà-Ibba, *Il registro delle imprese*, Utet, Torino, 1997, pag. 120.
- Mastellone e Sacchetto, *La residenza, Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli, Torino, 2011, pag. 117.

- Moschetti, Il principio della capacità contributiva, Padova, 1973, pag. 213.
- N. Sartori, Le riorganizzazioni transnazionali nelle imposte sul reddito, Torino, 2012, pag. 103.
- N. Sartori, Sul concetto di Stabile Organizzazione nelle riorganizzazioni transfrontaliere in uscita, *Fiscalità Internazionale*, 2009, pag. 294 e ss.
- O. Lobefaro, La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria. Trasformazioni, fusioni e scissioni nelle imposte sul reddito, CEDAM, 2014.
- OECD (2010), *Addressing tax risks involving bank losses*, OECD Publishing, 2010, pag. 53.
- P. Kindler, Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza “Sevic” della corte di giustizia e l’attuazione della direttiva 2005/56/Ce in Germania, *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2006, I, pag. 479.
- P. Kindler, Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, 2009, pag. 549 e ss.
- P. Laroma Jezzi, Migrazione fiscale e societaria nell’ambito di fusioni e scissioni transfrontaliere, *Corr. Trib.*, 2014, fascicolo 8, pag. 2185.
- P. M. Tabellini, *L’elusione della norma tributaria*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 29.
- P. Menti, Attuazione della dir. 2005/56/Ce, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (d.leg. 30 Maggio 2008, n.108), *Nuove leggi civ.*, 2009.
- P. Piantavigna, *Abuso del diritto fiscale nell’ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 71.
- P. Santin, La neutralità fiscale delle operazioni di riorganizzazione intracomunitaria tra diritto nazionale ed europeo, *Rassegna Tributaria* n.4, 2013, pag. 930.
- P. Valente e M. Magenta, Fusione mediante scambio di azioni ed elusione fiscale: interviene la Corte CE, *Le Società*, 1998, fascicolo 21.
- P. Valente, Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento, *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995, pag. 289.
- Pedrotti, Le operazioni straordinarie intra-Ue nella direttiva n. 43/1990 e nel t.u.i.r., *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2009, pag. 197 e ss.
- Perrino, La riforma della disciplina delle fusioni di società, *Riv. Soc.*, 2003, pag. 527 e ss.
- Perrino, *I rimedi societari, Europa diritto privato*, 2002, fascicolo 1, pag. 92 e ss.

R. Lupi, D. Stevanato, M. Secco e A. Righini, Trasferimento della sede sociale all'estero: quale sorte per le perdite pregresse?, *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, fascicolo 9, pag. 1152.

R. Lupi, Illegittimità delle regole CFC se rivolte a paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza *Schweppes*, *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, pag. 1591.

R. Lupi, Operazioni transnazionali ed elusione: la Corte censura il metodo e non il merito, *Il Fisco*, 1997.

R. Lupi, Primi appunti in tema di fusioni, scissioni e conferimenti transnazionali, *Boll. Trib.*, 1992, pag. 1299-1303.

R. Michelutti, Fusione transfrontaliera in entrata e retrodatazione fiscale, *Corriere Tributario*, 2010, fascicolo 36, pag. 2979.

R. Michelutti e A. Prampolini, Oggetto, presupposto e momento impositivo della exit tax, *Corriere Tributario*, 2013, fascicolo 45, pag. 3559.

R. Michelutti e A. Prampolini, Riporto delle perdite nella exit tax, *Corriere Tributario*, 2013, fascicolo 46, pag. 3655.

R. Rizzardi, Abuso del diritto: svolta della Corte di cassazione e della Corte di giustizia UE, *Corr. Trib.*, 2011, pag. 663.

Reimer, The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hoffmann's Analysis in Double taxation within the European Union, *Rust, Amsterdam*, 2011, pag. 87.

Rescio, Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione, riflessioni sulla direttiva 2005/56/Ce in materia di fusione transfrontaliera, *R.d.s.*, 2007, fascicolo I, pag. 55.

Rolle, La disciplina fiscale delle fusioni transfrontaliere. Alcune questioni aperte dopo la Dir. 2005/56/Ce, *Fiscalità Internazionale*, 2009, pag. 23 e ss.

S. Balsamo Tagnani, Mobilità transnazionale e stabilimento delle società nell'odierno mercato unico europeo, *Contratto e Impresa, Europa*, 2015, pag. 285-316.

S. Dorigo, Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea, *Cedam, Lavis (TN)*, 2012.

S. Giglio, Il contrasto all'elusione fiscale e l'abuso del diritto nei principali ordinamenti europei, *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, *Cedam*, 2011, pag. 98-132.

Sacchetto, La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete, *Giappichelli*, 2001, sezione I, pag. 137.

Sacchetto e Amatucci, L'imposta sul reddito delle persone giuridiche, in Trattato di diritto tributario, Padova, 1994, pag. 91.

Sanchez, Fluxa, 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, 2005, pag 221.

Santagata, Le fusioni in Trattato delle società per azioni, Utet, Torino, 2004, pag.59 e ss.

Sarli, Trasformazione-Fusione-Scissione (Art. 2498-2506-quater), Comm. Rif. Soc., Milano, 2006, pag. 843 e ss.

Schneeweiss, Exit taxation after Cartesio: the European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, Intertax, 2009, 363 e ss.

T. Ballarino, Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie, Rivista Societaria, 2003, pag. 675 e ss.

T. Onesti, Alcune considerazioni sul trattamento contabile delle differenze di annullamento nella fusione per incorporazione, Rivista dei Dottori Commercialisti, 2003, fascicolo 6, pag. 1283 e ss.

Tassani, Trasferimento di residenza ed exit tax nel diritto comunitario: l'esperienza italiana, Studi tributari europei, 2009, pag. 31 e ss.

V. Ficari, Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex Art. 10-bis della L. n. 212/2000, Riv. Trim. Dir. Trib., 2016, pag. 324.

V. Liprino, Il difficile equilibrio tra libertà di gestione e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Part Service, Riv. Dir. Trib., 2008, pag 113 e ss.

V. P. Pistone, L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di giustizia dell'unione Europea, 2012, pag. 431.

Vogel, World-wide or source taxation of income, Rassegna Tributaria, 1988, pag. 259 e ss.

SENTENZE

Sentenza Cadbury Schweppes del 12 settembre 2006, causa C-196/04.

Sentenza Cartesio del 18 dicembre 2008, causa C-210/06.

Sentenza Centros del 9 marzo 1999, causa C-212/97.

Sentenza Daily Mail del 27 settembre 1988, causa C-81/87.

Sentenza Hughes de Lasteyrie du Saillant dell'11 marzo 2004, causa C-9/02.

Sentenza Inasti, causa C-53/95, par. 10

Sentenza Leur-Bloem del 17 luglio 1997, causa C-28/95.

Sentenza Lidl Belgium GmbH & Co. KG v Finanzamt Heilbronnparagrafi del 15 maggio 2008, causa C-414/06.

Sentenza N, 7 settembre 2006, C-470/04.

Sentenza National Grid Indus BV del 29 novembre 2011, causa C-371/10.

Sentenza SEVIC System AG del 13 dicembre 2005, causa C-411/03.

Sentenza Reyners, causa C-2/74 par. 24.

Sentenza del 14 settembre 2006, causa C-386/04.

Sentenza del 21 febbraio 2013, causa C-123/11.