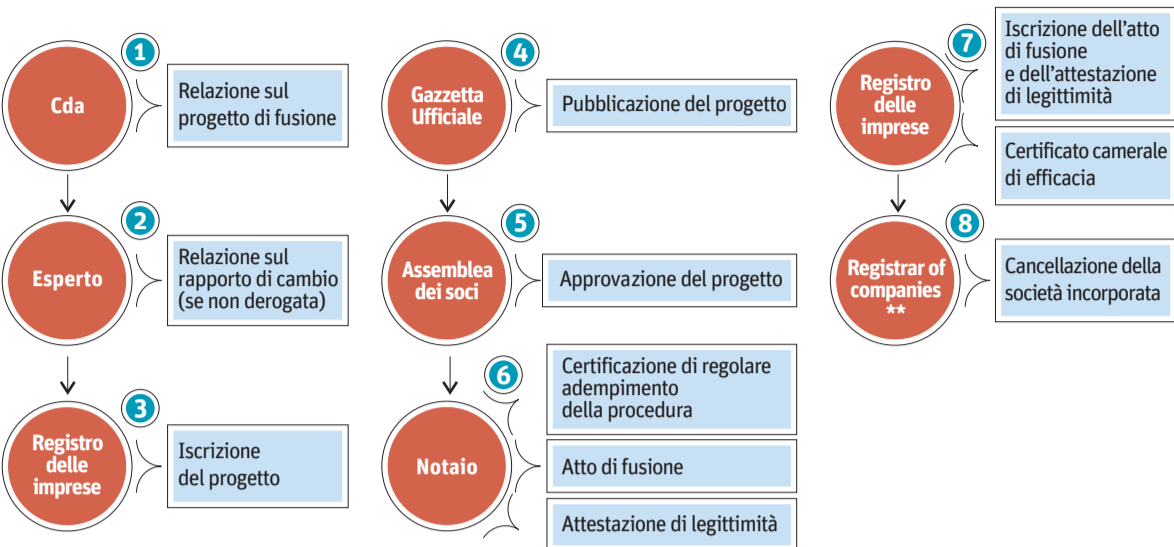


Fisco

I passi dell'iter

La fusione transnazionale *



(* Si ipotizza che la società italiana sia l'incorporante; (**) si intende il Registro dove è iscritta la società straniera incorporata



Il fisco

Un esempio di prelievo

Situazione ante fusione		
Azioni società italiana	2.000	Capitale 2.000
↓		
Incorporanda italiana		
Attività nette	1.500	Capitale 1.000 Riserve 500
Situazione post fusione		
Incorporante francese		
Stabile organizz. in Italia	2.000	Capitale 2.000
Disavanzo fusione	500	
↓		
Stabile organizzazione in Italia		
Attività nette al costo	1.500	
Imputazione disavanzo	500	

* FOCUS FISCALE *

La Cassazione «scivola» sull'abuso di diritto

di Mario Boidi

La recente sentenza della Corte di cassazione, sezione tributaria n. 8772 del 4 aprile 2008, non sembra allineata all'orientamento comunitario di cui all'altrettanto recente sentenza della Corte di giustizia, sezione II, 21 febbraio 2008, C425/06, che ha al contrario correttamente sottolineato come il concetto di "abuso di diritto" trovi applicazione solo in materia di Iva e non già in materia di imposizione diretta.

Conseguentemente, la posizione assunta dalla Suprema corte prima con il revirement giurisprudenziale del 2005 (sentenze 21 ottobre 2005 n. 20398, 26 ottobre 2005 n. 20816, 14 novembre 2005 n. 22932) utilizzando strumenti civilistici (illiceità della causa) in funzione anti-elusiva in materia fiscale e poi con le successive sentenze (5 maggio 2006 n. 10353, 29 settembre 2006 n. 21221, 13 ottobre 2006 n. 22023, 1° dicembre 2006 n. 25612, 4 maggio 2007 n. 10273) applicando direttamente alle imposte sui redditi il concetto di "abuso di diritto" fornito dalla Corte di giustizia ai soli fini Iva non può essere condivisa specie quando viene affermata (sentenza 8772/2008) che devono ritenersi irrilevanti le questioni sollevate avanti le Sezioni unite con le ordinanze 12301 e 12302 del 24 maggio 2006 e sulle quali le stesse Sezioni unite non si sono ancora pronunciate.

È auspicabile che le medesime tengano invece nella dovuta considerazione la sentenza della Corte di giustizia, 5 luglio 2007, C321/05, che ha definito in modo esauritivo l'impossibilità di utilizzare il concetto di "abuso di diritto" nell'imposizione diretta, precisando espressamente che «la disciplina comunitaria osta alla tassazione di operazioni in materia di imposizione diretta nella misura in cui le norme di diritto interno relative all'elusione fiscale e all'abuso del diritto non erano applicabili per effetto del richiamo di cui all'articolo 11 della Direttiva 90/434/CEE» (Rassegna tributaria n. 1/2008, pagina 261 e commento di M. Andriola).

Ne consegue che avendo il legislatore nazionale previsto una specifica normativa anti-elusione (prima con l'articolo 10 della legge 408/90 poi con l'articolo 37-bis del Dpr 600/73) ogni ricorso a strumenti civilistici di carattere sostanziale (illiceità della causa) o interpretativi (estensione del concetto di abuso di diritto) è in assoluto contrasto con il divieto sancito dalla Corte di giustizia a disconoscere le operazioni poste in essere anche quando siano esclusivamente motivate da ragioni fiscali, ove non tornino applicabili per il nostro ordinamento le disposizioni di cui al citato, vigente articolo 37-bis e al precedente articolo 10 della legge 408/90.

D'altra parte la sentenza della Corte di giustizia 5/07/2007 dedica addirittura un capo della sua sentenza (punti da 37 a 48) sulla «possibilità di tener conto di un eventuale abuso di diritto», sottolineando come detto abuso in materia di imposizione diretta può essere contrastato solo ricorrendo a norme antiabuso esistenti nell'ordinamento interno e come motivi esclusivamente fiscali perseguiti dalle parti non possono di per sé far ritenere inesistenti le operazioni effettivamente poste in essere (Andriola commento citato).

Affermare quindi che le operazioni siano nulle se in abuso del diritto deve essere circoscritta alla materia dell'Iva e non già all'imposizione diretta, malgrado la giurisprudenza della Corte di cassazione (vedi anche A. Lovisolo - Diritto e Pratica Tributaria 4/2007 su sentenza 21221/2006), che viene a trovarsi in netto contrasto con quella della Corte di giustizia. Ma quale debba prevalere è abbastanza noto ai cultori del diritto.

Se poi si volesse ripiegare sul primitivo orientamento della illiceità della causa, la motivazione della sentenza 26 giugno 2007 n. 45, della Commissione tributaria regionale del Friuli Venezia Giulia (Giustizia Tributaria 2007 n. 43 con nota di G. Zizzo) impone una meditata riflessione sull'argomento per evitare di ricorrere a siffatta concettualizzazione.

Oggi è comunque necessario che l'incorporante estera mantenga in Italia una stabile organizzazione in cui entrano i beni posseduti dalla incorporanda italiana. È probabile che eventuali beni all'estero della incorporanda italiana vengano comunque tassati in quanto considerati destinati a finalità estranee all'impresa.

A CURA DI Associazione nazionale tributaristi italiani (Anti)

Decima direttiva. Per le norme di attuazione prevale la società incorporante in caso di contrasto

Fusioni Ue in otto mosse

Sciolto l'intrico di norme: ogni società adotta il proprio ordinamento

PAGINA A CURA DI Annalisa Pescatori*

Fusioni transfrontaliere da sempre in "salita" in Italia. Almeno fino all'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina di attuazione della decima Direttiva n. 2005/56/Ce (il decreto legislativo di attuazione è stato approvato dal Governo il 21 maggio scorso). Queste operazioni, infatti, erano di difficile attuazione da parte di una società italiana, a causa della necessità di risolvere alcuni difficili problemi: in particolare, era necessario conoscere se l'ordinamento cui apparteneva la società straniera coinvolta nell'operazione di fusione consentisse il merger con una società italiana; così come era necessario comprendere quali fossero le norme applicabili nel caso in cui vi fosse disomogeneità o conflitto tra le norme disciplinatrici della procedura di fusione nel Codice civile italiano e quelle recate dalla legge disciplinatrice della fusione nello Stato cui apparteneva la società straniera coinvolta nell'operazione.

Il recepimento della decima Direttiva da parte dei vari Stati armonizza dunque le procedure applicabili all'interno dell'Unione europea, designa qual è la legge da seguire in caso di conflitto tra le norme dei vari ordinamenti coinvolti nella procedura di fusione e, pertanto, rende finalmente possibili queste operazioni di concentrazione transfrontaliere.

NUOVE REGOLE

Se il soggetto italiano entra in una compagnia di un altro Stato i soci non consenzienti hanno diritto al recesso

La filosofia del provvedimento è che ciascuna società partecipante all'operazione resta regolata dal proprio diritto nazionale e che, nel caso in cui le leggi appli-

cabili alle varie società abbiano punti di conflitto, prevale la legge nazionale della società incorporante. Più precisamente: a) ogni società applica le regole dell'ordinamento cui essa appartiene; le società italiane dunque applicano il Codice civile e le norme del decreto legislativo di recepimento, ove esse derogano o integrano il disposto codicistico; b) se le norme dei vari ordinamenti coinvolti nel merger dispongono soluzioni divergenti su un dato punto, la società incorporanda cessa di applicare il proprio diritto nazionale per soggiacere alle regole dell'ordinamento in cui essa viene assorbita; c) le regole dell'ordinamento della società incorporante si applicano anche, seppur non sussista conflitto tra leggi, ove lo disponga l'ordinamento che afferma l'altra prevalenza normativa (è ad esempio il caso che capita per la procedura di fusione che coinvolga, quale incorporanda, una società italiana: in tal caso, la data di efficacia della fusione è stabilita dall'ordinamento

nel quale opera la società incorporante, al quale il nostro dunque si rimette). Come detto, inoltre, dato che la procedura da seguirsi da parte delle società italiane è quella prevista dal nostro Codice civile - e sintetizzata in otto mosse nel grafico qui sopra ipotizzando che la società italiana sia incorporata - il Dlgs di recepimento della Decima direttiva altro non fa che integrare, su alcuni punti, la disciplina codicistica. In particolare: a) viene previsto che i soci non consenzienti abbiano diritto di recesso qualora la società italiana venga incorporata in una società di altro Stato membro; b) è disposto che il progetto di fusione sia incrementato, rispetto a quello "ordinario", su alcune materie (ad esempio: la specificazione delle legislazioni applicabili e la considerazione delle probabili ripercussioni sui livelli occupazionali delle società che si fondono); c) è resa obbligatoria la pubblicazione della notizia della fusione sulla Gazzetta Ufficiale;

d) sono disposti specifici contenuti aggiuntivi per la relazione dell'organo amministrativo con la quale si progetta l'operazione di fusione. Una particolare attenzione è poi posta sulla tematica della congruità del rapporto di cambio: se la società risultante dalla fusione è una società azionaria (o equivalente, secondo la legislazione dello Stato dell'incorporante) l'esperto per la società italiana è nominato dal Tribunale del luogo ove la società ha sede. Se le società partecipanti all'operazione scelgono invece di avere un esperto comune, esso è designato da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità alla legge applicabile a una delle società partecipanti alla fusione o alla società risultante dalla fusione (in Italia, l'autorità è poi sempre il Tribunale). Infine, della relazione si può fare a meno, se lo decidono all'unanimità i soci di tutte le società partecipanti all'operazione.

* Studio legale Girmaldi e Associati, Milano

Obblighi. L'intervento del notaio

Adempimenti certificati

Rispetto alla fusione "interna" e in merito alla procedura deliberativa del progetto di fusione, il nuovo provvedimento introduce novità di assoluto rilievo.

La nuova legge stabilisce innanzitutto che, dopo l'approvazione del progetto da parte dell'assemblea dei soci, la società italiana deve munirsi, presso un notaio, di un «certificato attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione» (cosiddetto "certificato preliminare"). In particolare, il certificato attesta, tra l'altro: - l'avvenuta iscrizione presso il Registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera; - l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori ovvero la sussistenza dei presupposti (ad esempio, il consenso dei creditori alla stipula anticipata dell'atto di fusione) che consentono l'attuazione della

fusione prima del decorso del suddetto termine; - l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera. L'espletamento di questa procedura consente di arrivare alla fase della stipula dell'atto di fusione. A questo punto, il "certificato preliminare" di ciascuna società partecipante all'operazione e l'atto di fusione (che in Italia deve essere un atto pubblico e che all'estero deve essere, se non un atto pubblico, comun-

que un atto di un notaio) debbono essere consegnati al notaio italiano (se la società incorporante è italiana) o alla corrispondente autorità dello Stato cui appartiene la società incorporante, al fine del rilascio di una "attestazione" circa l'avvenuto «controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera» (cosiddetto "certificato definitivo").

Questa attestazione, in particolare, certifica che: a) le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano approvato un identico progetto comune; b) siano stati redatti i certificati preliminari alla fusione

transfrontaliera relativi a ciascuna delle società partecipanti alla stessa, attestanti il regolare adempimento, in conformità alla legge applicabile, degli atti e delle formalità preliminari alla fusione transfrontaliera.

Infine, l'atto di fusione, i "certificati preliminari" e la predetta attestazione definitiva vanno depositati presso il Registro delle imprese. Qualora a essere incorporata sia una società italiana, il Registro delle imprese straniero rilascia un certificato di avvenuta efficacia della fusione il cui deposito presso il Registro imprese italiano determina la cancellazione della società italiana.

Il regime fiscale. Rinvio alla disciplina interna

Continuità e neutralità sono i cardini del prelievo

Marco Piazza

Gli aspetti tributari delle fusioni intracomunitarie sono disciplinati nell'articolo 179, commi 1, 4 e 6 e negli articoli 180 e 181 del Testo unico, i quali contengono ampi rinvii alla disciplina della fusione nazionale. I principi generali che ispirano le fusioni transfrontaliere sono i seguenti.

● Neutralità: - la fusione non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate. Tuttavia, è necessario che la fusione non comporti l'uscita dei beni esistenti in Italia dal reddito d'impresa. Pertanto, si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto di fusioni, non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione in Italia o se - pur essendovi confluiti - ne vengano

successivamente distolti. Una simile previsione - se non accompagnata da norme idonee a evitare doppie imposizioni, come del resto la legge fa per il caso in cui la società italiana incorporata abbia stabili organizzazioni all'estero (articolo 179, comma 3 del Testo unico).

IL PRIMO CRITERIO

L'atto non costituisce realizzo né distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni coinvolti

co) - potrebbe essere considerata confliggente con il principio della libertà di stabilimento (si veda Il Sole 24 Ore di lunedì 17 marzo); - inoltre, per i soci, l'eventuale cambio di azioni o quote non comporta realizzo di plusvalenze né di minusvalenze.

Le nuove azioni mantengono il costo e la stratificazione storica delle azioni cambiate. Sono tassati come plusvalenze gli eventuali conguagli;

- l'avanzo o disavanzo di fusione non sono fiscalmente rilevanti. I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo non sono imponibili nei confronti dell'incorporante o della società risultante dalla fusione. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, con riconciliazione nel quadro RV del modello Unico. È possibile affrancarli pagando l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 176, comma 2-ter del Testo unico.

● Continuità: - dalla data in cui ha effetto la fusione la società risultante dalla fusione o incorporante subentra negli obblighi e nei

L'anticipazione



Sul Sole 24 Ore di lunedì 17 marzo scorso si annunciava l'imminente adozione dello strumento legislativo di attuazione della decima direttiva societaria (2005/56/Ce) sulle fusioni transfrontaliere (il cui schema di Dlgs è stato poi approvato dal Consiglio dei ministri lo scorso 21 maggio). Una legislazione necessaria a colmare un vuoto normativo ormai incompatibile con la sempre più spiccata internazionalizzazione delle attività economiche esercitate dagli imprenditori italiani

diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sui redditi;

- i fondi in sospensione di imposta iscritti nell'ultimo bilancio del conferente residente concorrono a formare il reddito della stabile organizzazione in Italia della incorporante nella misura in cui non siano stati ricostituiti nelle scritture contabili della stabile organizzazione;

- le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni (test di vitalità) e nei limiti (valore del patrimonio netto della società che trasmette le perdite) di cui all'articolo 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza;

- l'atto di fusione può stabilire un effetto retroattivo a data non anteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società fuse o incorporate o a quella, se più prossima, in cui si è chiuso l'ultimo esercizio della società incorporante.

Disciplina nazionale. Applicazione da chiarire

Dubbi sulle operazioni extracomunitarie

Mentre il regime delle fusioni intra-Ue appare ormai sufficientemente definito, non altrettanto può dirsi per quelle con soggetti extracomunitari. Dal punto di vista fiscale, non risulta ufficialmente chiarito se sia applicabile la disciplina nazionale delle fusioni e scissioni (articoli 172 e 173 del Dpr 917/86), tenuto eventualmente conto degli effetti degli articoli 85, comma 2, e 86, comma 1, lettera c, in tema di destinazione di beni a finalità estranee all'impresa. Ci pare, che a determinare condizioni, queste norme siano applicabili. Infatti:

- in base all'articolo 25, comma 2 della legge 218/95, le fusioni di società con sede in Stati diversi hanno efficacia solo se poste in essere conformemente alla legge di detti Stati;

- se una norma analoga esiste nello Stato in cui è situata l'altra società interessata alla fusione, l'operazione deve considerarsi una fusione anche per l'Italia; - poiché, letteralmente, l'articolo 172 del Testo unico riguarda

definire le condizioni della fusione transfrontaliera;

h) le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

i) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione. La nuova norma inoltre consente che il conguaglio in denaro proposto ai soci per il cambio delle loro partecipazioni possa anche essere superiore al 10% (limite stabilito dal nostro Codice civile) se la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società risultante dalla fusione transfrontaliera consente il conguaglio in danaro in misura superiore a questa percentuale.

La norma che recepisce la decima direttiva, inoltre, dispone che (a differenza di quanto disposto dal Codice civile per le fusioni interne, che non dispone più la pubblicazione del progetto di fusione in Gazzetta Ufficiale, ma prescrive "solo" la sua iscrizione nel Registro delle imprese), almeno 30 giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione transfrontaliera devono essere pubblicate nella Gazzetta Ufficiale italiana, per ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera, le seguenti informazioni:

a) il tipo, la denominazione, la sede statutaria e la legge regolatrice;

b) il Registro delle imprese nel quale è iscritta e il relativo numero di iscrizione;

c) in relazione all'operazione di fusione transfrontaliera, le modalità di esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza nonché le modalità per ottenere gratuitamente dalla società stessa queste informazioni.

d) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società risultante dalla fusione transfrontaliera;

e) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera utilizzati per

M. Pi.