

## Fisco

Operazioni transfrontaliere. In arrivo il decreto che attua la decima direttiva

# La fusione comunitaria trova un nuovo Codice

## Coinvolte società di capitali di più Stati membri

Angelo Busani

Le fusioni transfrontaliere avranno tra breve, anche nel nostro Paese, un'apposita legislazione, che verrà dunque a colmare un vuoto normativo ormai incompatibile con la sempre più spiccata internazionalizzazione delle attività economiche esercitate dagli imprenditori italiani. La nuova legge italiana sarà contenuta in un decreto legislativo (di recepimento della direttiva 2005/56/Ce, la decima direttiva societaria) tra breve in pubblicazione sulla «Gazzetta Ufficiale».

La cosiddetta «fusione transfrontaliera» va distinta dalla «fusione internazionale» o «transnazionale»: con quest'ultima espressione si designa solitamente la fusione tra entità giuridiche di diversa nazionalità. Ma la fusione transfrontaliera (che è la materia disciplinata dal decreto legislativo in corso di emanazione), invece, è più propriamente una procedura di fusione che, coinvolgendo una o più società di capitali italiane e una o più società di capitali di altro Stato membro della Comunità europea, ha come risultato della fusione una società di capitali di uno Stato comunitario (articolo 1 della decima direttiva).

### La legge applicabile

Il primo problema che si pone in questi casi è quello della legislazione applicabile, dato che sono coinvolti soggetti appartenenti a diversi ordinamenti.

Su questo punto la decima direttiva (articolo 4, comma 1, lettera b), dispone che la società partecipante a una fusione transfrontaliera «rispetta le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale a cui è soggetta»: e quindi, per l'Italia, si tratta

di applicare la procedura di fusione «ordinaria», disposta nel Codice civile, così come integrata dalle specifiche norme sulla fusione transfrontaliera recate dal decreto legislativo in corso di emanazione.

Sempre nel decreto attuativo sarà contenuta una norma secondo cui, nel caso di conflitto tra le leggi applicabili alle varie società partecipanti alla procedura di fusione transnazionale, avrà la prevalenza quanto disposto dalla legge dello Stato cui appartiene la società che risulta dalla fusione (articolo 4 della bozza di decreto).

Un'altra norma «di principio» è poi quella secondo cui una società può partecipare a una fusione transfrontaliera solo se la sua legge nazionale consente una fusione domestica con una società di tipo equivalente a quella - appartenente a diverso Stato - che partecipa alla fusione transnazionale (articolo 3 della bozza di decreto).

### Il recesso

Se poi ci si addentra più nello specifico delle norme che dettagliano la procedura di fusione transnazionale, un ruolo di rilievo riveste innanzitutto la disposizione che, in caso di fusione transnazionale, aggiunge un nuovo caso di recesso rispetto a quelli previsti dalla normativa interna: l'articolo 5 della bozza di decreto per tutelare i soci di minoranza dissenzienti rispetto al fatto che una società italiana sia incorporata in società di altro Stato comunitario, prevede che essi possano, appunto, esercitare il diritto di recesso (così come il nostro ordinamento domestico già dispone, ad esempio, per il caso di trasformazione della società o di trasferimento della sede all'estero).

### Il progetto

Norme specifiche vengono poi dettate sul tema del progetto di fusione che, oltre a dover essere compilato così come dettato dal Codice civile, deve anche pure contenere alcune specifiche indicazioni, tra le quali: a) la legge regolatrice delle società partecipanti e la legge della società che risulterà dalla fusione; b) i vantaggi eventualmente riservati agli esperti che esaminano il progetto di fusione e ai membri degli organi di controllo delle società che partecipano all'operazione; c) le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione; d) le probabili ripercussioni della fusione transnazionale sui livelli occupazionali delle società partecipanti all'operazione.

Vasegnalato anche il rinnovato ruolo della «Gazzetta Ufficiale». Almeno 30 giorni prima della data dell'assemblea convocata per approvare il progetto di fusione transfrontaliera, infatti, devono essere pubblicate diverse informazioni, tra cui: i dati anagrafici delle società partecipanti all'operazione e le modalità di esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza nonché le modalità con le quali costoro possono ottenere gratuitamente queste informazioni dalla società.



I contenuti. Ordinari e aggiunti

## Anche i lavoratori nella governance

Per una società italiana, la procedura di fusione transnazionale è la medesima che si deve applicare a una fusione domestica, con alcune particolarità dettate dal decreto in corso di emanazione.

Occorre innanzitutto che l'organo amministrativo rediga il progetto di fusione con il contenuto «ordinario» previsto nel Codice civile e con le «aggiunte» disposte dal decreto attuativo della decima direttiva, di cui s'è detto.

Il progetto va corredato dalla relazione dell'organo amministrativo anch'essa redatta con i criteri domestici ma integrata con alcuni contenuti nuovi: in particolare gli amministratori devono illustrare le conseguenze della fusione per i soci, i cre-

ditori e i lavoratori. La relazione va poi inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in loro mancanza, va messa a disposizione dei lavoratori per almeno trenta giorni; i rappresentanti dei lavoratori possono formulare un parere sull'operazione, che va allegato alla relazione degli amministratori.

Quanto alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, se la società risultante dalla fusione è una società azionaria, competente alla nomina degli esperti per la società italiana partecipante all'operazione è il Tribunale del luogo ove la società italiana ha la sede legale.

Le società partecipanti alla fusione possono tuttavia domandare la nomina di esperti comuni all'autorità amministrativa o giudiziaria competente nello Stato cui appartiene una delle società partecipanti all'operazione o la

società risultante dalla fusione (in Italia il Tribunale).

**I dipendenti**  
La fusione transnazionale sarà il «grimaldello» attraverso il quale il nostro ordinamento aprirà le sue porte alla partecipazione dei lavoratori alla governance societaria, scelta che, già vigente in altri Stati comunitari, il legislatore della recente riforma del diritto societario ha invece preferito non compiere.

Già s'è detto sopra dell'informatica preventiva che le nuove norme impongono di dirigere verso i lavoratori. L'articolo 19 della bozza di decreto attuativo dispone che, se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ha un numero medio di lavoratori (nei sei mesi antecedenti la pubblicazione del progetto di fusione) superiore a 500 unità, ed è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, occorre che la società italiana risultante dalla fusione applichi, per la partecipazione dei lavoratori e per la definizione dei loro diritti, la disciplina del regolamento Ce n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 e alcune norme del Dlgs 188/2005; e assume una forma giuridica che appunto preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione dei lavoratori.

È tuttavia disposto che alla quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o nel consiglio di sorveglianza della società italiana risultante dalla fusione può essere posto un limite massimo; peraltro, con la precisazione che, qualora in una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera i rappresentanti dei lavoratori costituiscono almeno un terzo dei membri dell'organo di amministrazione o di sorveglianza, la quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o nel consiglio di sorveglianza della società italiana risultante dalla fusione non può essere inferiore a un terzo.

L'amministrazione inoltre sostiene che «i beni del trust costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del trustee. Ciò che pale-

mente è una caratteristica tipica del trust, non comune alle altre ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione».

Anche questa affermazione non può essere seguita perché l'effetto del vincolo di destinazione è proprio quello, come identicamente accade nel trust, di isolare i beni vincolati dal patrimonio generale del soggetto e di assoggettarli a un regime giuridico a se stante.

Altro la circolare non dice per giustificare il differente trattamento dei due casi: se quindi si pensa che gli unici due argomenti utilizzati per giustificare l'assunto sono deboli e comun-

No al credito d'imposta virtuale sugli asset italiani dell'incorporata

## Lotta alla doppia imposizione, ma la neutralità non è totale

Marco Piazza

Superati gli ostacoli procedurali di ordine civilistico sulle fusioni transfrontaliere sarà più applicata anche la direttiva 434 del 23 luglio 1990 (modificata, da ultimo, con direttiva 19 del 17 febbraio 2005), che disciplina il regime fiscale delle operazioni straordinarie internazionali e che è stata recepita in Italia con gli articoli 178 e se-

### LO SDOPPIAMENTO

I soggetti coinvolti non coincidono del tutto: a livello tributario la platea comprende enti pubblici e privati commerciali

guenti del Testo unico.

La definizione di «fusione» contenuta nell'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 2005/56/Ce - e tradotta in forma sintetica nella norma italiana - corrisponde esattamente a quella contenuta nell'articolo 2, paragrafo 1 della direttiva 1990/434/Cee, riprodotta nell'articolo 178 del Testo unico. Quindi, il campo di applicazione è coincidente.

Sotto l'aspetto soggettivo, invece, le direttive non coincidono perché quella civile si riferisce solo alle fusioni fra società di capitali, mentre quella fiscale anche a quelle con enti pubblici o privati non societari, a condizione che abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale.

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, che fanno ampio rinvio alla disciplina della fusione nazionale (si veda la sintesi nella tabella qui sotto).

Come si può notare, la neutralità fiscale delle fusioni transfrontaliere non è totale. Affinché i beni esistenti in Italia della società italiana incorporata non si considerino destinati a finalità estranee all'impresa e quindi la plusvalenza resti fiscalmente «sospesa», fino al realizzo dei beni stessi, è necessario che l'incorporante non residente attribuisca questi beni a una sua stabile organizzazione in Italia. Occorre, cioè, che i beni restino vincolati a un'attività commerciale svolta in Italia. Ciò ostacola le operazioni

in cui la società italiana è priva d'impresa, come accade per le holding pure, le immobiliari e le altre società il cui scopo è la mera detenzione di beni senza che vi sia un'organizzazione che, attraverso la gestione di tali beni, li renda oggetto o strumento di un'attività commerciale.

### Le posizioni Ue

È possibile, infatti, in questi casi, che si verifichi un fenomeno di doppia imposizione giuridica (in entrambi gli ordinamenti). Questo ostacolo è in conflitto con la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha posto limiti stringenti all'applicazione dell'exit tax da parte degli Stati membri in caso di trasferimenti di residenza delle persone fisiche (causa C-9/02 Hughes de Lasteyrie du Saillant/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, GU C 94 del 17.4.2004, pagina 5; causa C-470/04 N/Inspecteur van de Belastingssdienst Oost/kantoor Almelo, 7 settembre 2006); giurisprudenza che, secondo la Commissione europea (COM 825 def, 19 dicembre 2006) ha portata estensiva ai

trasferimenti di sede delle società e quindi - riteniamo - a ogni operazione straordinaria che abbia effetti equivalenti.

Lo scopo deve essere quello di evitare che l'operazione transfrontaliera comporti una doppia imposizione. Dal documento della Commissione (pagina 5) emerge, in pratica, che gli Stati membri dispongono di diverse alternative per risolvere queste disparità. Per gli Stati membri che - come l'Italia - presumono una cessione (imponibile), all'atto del trasferimento transfrontaliero è necessario che sia previsto già un meccanismo che permetta di accreditare ogni imposta applicata dal nuovo Stato di residenza sulle stesse plusvalenze.

L'Italia adotta questa tecnica con riferimento ai beni appartenenti a stabili organizzazioni all'estero di società residenti in Italia che trasferiscano la propria sede all'estero o che siano incorporate o scisse in società comunitarie non residenti (articolo 179, comma 3 del Testo unico, che concede una sorta di credito d'imposta virtuale), ma non, invece, con riferimento ai beni della società incorporata esistenti in Italia.

### Come opera il prelievo

Gli aspetti tributari (si indicano gli articoli del Tuir) delle fusioni intracomunitarie

<b>Beni delle società fuse</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 1	La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento
<b>Beni non confluiti nella stabile organizzazione</b> Articolo 179, comma 6	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 situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente alle predette operazioni i componenti conferiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti
<b>Avanzo e disavanzo di fusione</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, commi 1 e 10-bis	Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporate non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute da altre. I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo derivante dall'annullamento o dal cambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società incorporata o fusa, 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, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti. I maggiori valori iscritti in bilancio sono fiscalmente riconosciuti se la società incorporante o risultante dalla fusione esercita l'opzione per il pagamento dell'imposta sostitutiva di cui all'articolo 176, comma 2-ter
<b>Concambio</b> Articolo 179, comma 4	Le operazioni di fusione non comportano realizzo di plusvalenze né di minusvalenze sulle azioni o quote data del cambio, il cui valore fiscale viene assunto dalle azioni o quote ricevute, ripartendosi tra tutte in proporzione dei valori alle stesse attribuiti ai fini della determinazione del rapporto di cambio. Gli eventuali conguagli concorrono a formare il reddito dei soci della società incorporata o fusa, fatta salva l'applicazione dell'articolo 47, comma 7, e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87
<b>Subentro negli obblighi e diritti</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 4	Dalla data in cui ha effetto la fusione la società risultante dalla fusione o incorporate subentra negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sui redditi, salvo quanto stabilito per le riserve della società incorporata e in materia di riporto delle perdite
<b>Riserve in sospensione d'imposta</b> Articolo 180	I fondi in sospensione di imposta iscritti nell'ultimo bilancio del conferente residente concorrono a formare il reddito della stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente beneficiario nella misura in cui non siano stati ricostituiti nelle scritture contabili della stabile organizzazione
<b>Altre riserve</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 6	All'aumento di capitale, all'avanzo da annullamento o da concambio che eccedono la ricostituzione e l'attribuzione delle riserve in sospensione d'imposta, si applica il regime fiscale delle riserve della società incorporata o fusa, diverse da quelle in sospensione d'imposta già attribuite o ricostituite, che hanno proporzionalmente concorso alla sua formazione. Si considerano non concorrenti alla formazione dell'avanzo da annullamento il capitale e le riserve di capitale fino a concorrenza del valore della partecipazione annullata
<b>Perdite fiscali</b> Articolo 181	Le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni e nei limiti di cui all'articolo 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente ammessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza
<b>Reddito della frazione di esercizio</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 8	Il reddito delle società fuse o incorporate relativo al periodo compreso tra l'inizio del periodo di imposta e la data in cui ha effetto la fusione è determinato, secondo le disposizioni applicabili in relazione al tipo di società, in base alle risultanze di apposito conto economico
<b>Fusione retroattiva</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 9	L'atto di fusione può stabilire che ai fini delle imposte sui redditi gli effetti della fusione decorrano da una 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
<b>Obblighi di versamento</b> Articolo 179, comma 1 e articolo 172, comma 10	Gli obblighi di versamento, inclusi quelli relativi agli acconti d'imposta ed alle ritenute operate su redditi altrui, dei soggetti che si estinguono per effetto delle operazioni medesime, sono adempiti dagli stessi soggetti fino alla data di efficacia della fusione ai sensi dell'articolo 2504-bis, comma 2, del Codice civile; successivamente a tale data, i predetti obblighi si intendono a tutti gli effetti trasferiti alla società incorporante o comunque risultante dalla fusione
<b>Stabili organizzazioni all'estero</b> Articolo 179, comma 3	Le plusvalenze della stabile organizzazione del conferente residente sono imponibili a titolo di realizzo al valore normale, con deduzione dalla relativa imposta, fino al suo totale assorbimento, dell'ammontare della imposta che lo Stato, dove è situata la stabile organizzazione, avrebbe effettivamente prelevato in assenza delle norme della direttiva comunitaria 23 luglio 1990, n. 90/434. Il beneficiario non residente subentra al conferente residente per tutti i diritti e gli obblighi tributari

\* ULTIMO COMMA \*

## Fisco asimmetrico sui beni «destinati»

di Angelo Busani

Fisco diseguale per situazioni analoghe. E senza giustificazioni. Il ragionamento dell'amministrazione finanziaria in tema di tassazione del trust - esplicitato nella circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008 - presenta diverse palesi incongruenze e si presta pertanto a notevoli rilievi critici, che ne mettono fortemente in dubbio la fondatezza.

Innanzitutto dà adito a per-

plexità la evidente disparità di trattamento tra la tassazione dei vincoli di destinazione e il trust, che pure è una sottospecie del genere «vincolo di destinazione»: la differenza tra i due casi determina la conseguenza che il vincolo di destinazione non traslativo (ad esempio, il fondo patrimoniale) è tassato con l'imposta fissa mentre il trust auto-dichiarato deve essere colpito, secondo

l'amministrazione, da tassazione proporzionale.

La giustificazione della diversità di trattamento tra vincolo e trust sarebbe che «il trust si differenzia dagli altri vincoli di destinazione in quanto comporta la segregazione dei beni sia rispetto al patrimonio personale del disponente sia rispetto a quello dell'interstatario di tali beni». L'affermazione è errata perché la segre-

gazione si determina bensì nella sfera del trustee, mentre nulla di simile capita nel patrimonio del disponente, per la semplice ragione che il disponente si spoglia definitivamente della proprietà del bene.

L'amministrazione inoltre sostiene che «i beni del trust costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del trustee. Ciò che pale-

mente è una caratteristica tipica del trust, non comune alle altre ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione».

Anche questa affermazione non può essere seguita perché l'effetto del vincolo di destinazione è proprio quello, come identicamente accade nel trust, di isolare i beni vincolati dal patrimonio generale del soggetto e di assoggettarli a un regime giuridico a se stante.

Altro la circolare non dice per giustificare il differente trattamento dei due casi: se quindi si pensa che gli unici due argomenti utilizzati per giustificare l'assunto sono deboli e comun-

que entrambi sbagliati, ne deriva che la differenza tra i due casi non ha senso.

La considerazione che il ragionamento dell'agenzia delle Entrate non sia congruo trova poi ulteriore suffragio quando si legge il capitolo della circolare 3/E dedicato all'imposta ipotecaria e catastale. Sotto questo aspetto, l'amministrazione afferma innanzitutto che le imposte proporzionali sono dovute «solo per le disposizioni e gli atti ad effetto traslativo».

Già qui c'è una contraddizione, in quanto, appena qualche pagina prima, la circolare ha affermato l'applicazio-

ne della tassazione proporzionale anche al trust auto-dichiarato, ove non vi è alcun effetto traslativo.

Sul punto specifico del trust, inoltre, il Fisco afferma laconicamente: «la peculiarità del trust rispetto agli altri vincoli di destinazione, che ha ispirato le considerazioni svolte in precedenza, non rileva anche ai fini delle imposte ipotecaria e catastale le quali, quindi, anche in caso di trust, sono dovute in misura proporzionale con esclusivo riferimento agli atti ad effetto traslativo». Null'altro viene spiegato e quindi non si capisce perché il trust debba essere con-

siderato in modo diverso a seconda se ci si trovi nel campo dell'imposta di donazione oppure nel campo dell'imposta ipotecaria e catastale.

Altra considerazione assai poco chiara è quella secondo cui vanno tassati con imposta ipotecaria proporzionale «i trasferimenti eventualmente effettuati durante la vigenza del vincolo»: deve essere chiarito che questa espressione non può essere riferita ai passaggi da un trustee all'altro (ad esempio, per morte, rinuncia o revoca del primo) nel corso della vita del trust, che è evento assolutamente neutrale.