

Fusioni di società internazionali e caratteristiche territoriali

di [Sonia Cascarano](#)

Publicato il 13 Agosto 2009

la disciplina fiscale prevista per le fusioni di società di diversi Stati membri UE

Risoluzione Agenzia delle Entrate, n. 21/E/2009

La risoluzione n. 21/E/2009 chiarisce l'applicazione della disciplina fiscale prevista dagli artt. 178 e 179 TUIR per le fusioni concernenti società di diversi Stati membri UE . L'Amministrazione finanziaria ha esaminato il caso di una società spagnola impegnata nel commercio dei capi di abbigliamento ed accessori, che riceveva gli ordini anche da clienti italiani. Si è definito che, al fine di svolgere la propria attività nel territorio dello Stato, la società in oggetto ha avuto la necessità di trasmettere tali ordini ad un deposito sito in Italia che:

- ritirare la merce dai fornitori italiani;
- stoccare la stessa presso i propri magazzini;
- predisporre i singoli lotti da consegnare ai clienti;
- consegnare la merce così predisposta ad Alfa o direttamente ai clienti italiani;
- raccogliere e trasmettere alla società spagnola i dati relativi al confronto tra gli ordini di acquisto e le vendite eseguite.

La società spagnola ha inteso acquistare una partecipazione di un'altra società al fine di disporre nel territorio italiano una struttura di deposito e di distribuzione: tale operazione ha comportato una duplicazione dei costi relativi al funzionamento dalla società acquisita, il cui sostenimento è valutato come non necessario e, pertanto, la società spagnola ha inteso concludere per una fusione per incorporazione della società italiana, il cui complesso aziendale è confluito in una installazione situata nel territorio dello Stato, qualificabile come stabile organizzazione e quindi ha acquisito delle



partecipazioni di controllo in altre società italiane con le quali esercitare l'opzione per il regime del consolidato fiscale nazionale. La società istante intende conoscere se, l'operazione descritta sia o meno qualificabile come fusione societaria assoggettata al regime fiscale di cui agli articoli 178 e 179 TUIR. L'art. 178, comma 1, lettera a) definisce i presupposti soggettivi della disciplina relativa alle operazioni in questione:

- i soggetti partecipanti devono essere fiscalmente residenti in Stati dell'Unione europea;
- tali soggetti devono essere fiscalmente residenti in Stati diversi dell'Unione europea;
- uno dei due soggetti deve essere fiscalmente residente in Italia, mentre l'altro soggetto deve essere residente in altro Stato membro.

L'art. 179, comma 1, inoltre, prevede che alle predette operazioni si applicano le disposizioni di cui all'art. 172; il successivo comma 6 stabilisce che si considerano realizzati a valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che formano oggetto dell'operazione di fusione tra soggetti residenti in Stati membri UE, a meno che essi non confluiscono a seguito della stessa in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. Individuati i punti cardine della questione al fine di verificare se l'operazione in oggetto sia di competenza degli articoli 178 e 179 e se la stessa possa beneficiare del regime della neutralità fiscale, occorre verificare la sussistenza o meno dei presupposti previsti dalle citate disposizioni. Si riprende la risoluzione n. 21/E/2009 dove si chiarisce che

“nell'ipotesi in cui la società spagnola appartenga ad una delle categorie giuridiche normativamente previste e sia sottoposta ad una delle imposte indicate nell'allegato B della direttiva n. 90/434, sarebbe soddisfatto il requisito soggettivo richiesto. Pertanto, la fusione in questione si potrebbe qualificare come comunitaria”.

Definito tale aspetto c'è bisogno di verificare quale sia il regime fiscale riservato e di verificare se il compendio aziendale della società che residua nel territorio dello Stato configuri o meno una stabile organizzazione. Per questo l'Amministrazione finanziaria precisa, come già fatto nella risoluzione n. 141/E del 10 aprile 2008, che

“non è possibile in sede di interpello, presentato ai sensi dell'art. 11, legge n. 212/2000, accertare se una determinata struttura integri o meno i requisiti per la sussistenza di una stabile organizzazione, in quanto coinvolge elementi di fatto verificabili in sede di controllo e non rientranti nell'ambito dell'interpello. Tuttavia, la stessa ritiene che - sulla base degli elementi forniti dall'istante - sia comunque possibile svolgere alcune considerazioni”.

Secondo quanto previsto dall'art. 162 TUIR, si qualifica come stabile organizzazione

“una sede fissa d'affari per mezzo della quale un'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato”;

l'art. 162, comma 4, fornisce una serie di esempi al ricorrere dei quali

“una sede fissa non può considerarsi come stabile organizzazione, in quanto la stessa svolge soltanto un ruolo preparatorio e ausiliario rispetto all'attività svolta dalla società estera. Tra queste attività preparatorie e ausiliarie rientra quella di deposito, esposizione o consegna di beni o merci appartenenti all'impresa, o immagazzinaggio dei beni o delle merci appartenenti all'impresa ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna”.

L'Amministrazione finanziaria ritiene, nell'ambito del caso in rubrica, che l'installazione della società spagnola verrebbe a detenere nel territorio dello Stato a seguito della fusione con l'altra società non si configurerebbe come una stabile organizzazione; infatti, la stessa svolgerebbe un ruolo ausiliario rispetto all'attività commerciale svolta dalla società spagnola limitandosi a ritirare la merce dai fornitori italiani, a stoccarla presso i propri magazzini e a predisporre dei lotti da cedere. L'assenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato definisce:

- che all'operazione di fusione in questione non sia applicabile la disciplina della neutralità fiscale;
- l'impossibilità di optare per il regime del consolidato fiscale nazionale.

L'Amministrazione è tornata sui requisiti necessari per il riconoscimento della sede fissa d'affari: operazioni come ritiro della merce dai fornitori italiani, deposito presso i propri magazzini non bastano per considerare la sede d'affari di una società estera quale stabile organizzazione di quest'ultima. L'agenzia delle Entrate, pur sottolineando che

“in sede di interpello...non è possibile accertare se una determinata struttura integri i requisiti per la sussistenza di una stabile organizzazione”,

è tornata, con la risoluzione n. 21/E del 27 gennaio, ad affrontare il tema, fornendo, al riguardo, utilissimi spunti interpretativi. Ci si interroga sulla sottrazione di una fusione intracomunitaria al regime realizzativo, con la opportunità per la società estera di esercitare, tramite la presunta stabile organizzazione, l'opzione per il consolidato nazionale. Nello specifico la società spagnola aveva individuato nella società italiana la struttura già esistente e più idonea allo svolgimento delle particolari attività già sopra menzionate: la società spagnola avrebbe acquisito una partecipazione nella società italiana e poi incorporato la stessa, il cui patrimonio sarebbe confluito in quella che per l'istante era una stabile organizzazione, in grado anche di acquisire partecipazioni di controllo in società italiane e di optare per il regime del [consolidato nazionale](#). Tutto, quindi, ruota intorno al riconoscimento dalla incorporata italiana quale stabile organizzazione della spagnola; da un lato, l'articolo 117, comma 2,

lettera b), del TUIR, ammette alla tassazione di gruppo le società non residenti esercitanti attività di impresa mediante una stabile organizzazione nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione nella consolidata, dall'altro, l'articolo 179 accorda il regime di neutralità fiscale alle fusioni per incorporazione transfrontaliere, a condizione che la società incorporata si trasformi in stabile organizzazione di quella incorporante. L'Agenzia ha definito la natura della fusione transfrontaliera si è interrogata sullo sviluppo dell'operazione straordinaria in regime di continuità di valori fiscali: sul punto, l'articolo 179, comma 6, afferma che

"si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni indicate alle lettere da a) a d) del comma 1 dell'articolo 178 (tra cui le fusioni), non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato".

L'Amministrazione, con la risoluzione 141/2008 afferma che

"la configurabilità in concreto di una stabile organizzazione investe complessi profili di fatto che possono essere appurati soltanto in sede di eventuale controllo",

ha proceduto a un'analisi in astratto sulla base dei dati forniti dall'istante. Il punto di partenza, inevitabilmente, è l'articolo 162, comma 4, del TUIR, in base al quale

"una sede fissa di affari non è comunque considerata stabile organizzazione se: a) viene utilizzata una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o di merci appartenenti all'impresa; b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna; c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; e) viene utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario; f) viene utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario".

L'attività che la società italiana si sarebbe trovata di lì a poco a svolgere è stata ricondotta proprio nell'ambito di tali "ipotesi negative" di stabile organizzazione e per l'Agenzia la sede d'affari

"sembrerebbe configurarsi come mero deposito utilizzato sostanzialmente per la consegna dei capi di abbigliamento che la società di diritto spagnolo commercializza sul territorio italiano".

Perciò, niente consolidato e niente neutralità, con la società italiana che dovrà considerare i componenti del complesso aziendale incorporato dalla società spagnola realizzati al loro valore normale.

Per le partecipazioni si prescinde dal luogo

Nel titolo si sintetizza la portata della **sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 22/01/2009**. Con la sentenza causa C-377/07 la Corte di Giustizia ha censurato la normativa tedesca in materia di imposta

"sulle società nella parte in cui prevede due diverse modalità di tassazione delle partecipazioni societarie detenute da un soggetto residente secondo che dette partecipazioni riguardassero soggetti residenti, ovvero non residenti".

Il caso riguarda una società a responsabilità limitata con sede in Germania che deteneva delle partecipazioni in una società non residente e riportava nel bilancio relativo all'esercizio del 2001 una svalutazione di detta partecipazione iscrivendola ad un valore inferiore rispetto al valore contabile precedente, derivandone un minor utile di esercizio sul quale calcolare l'imposta sulle società. L'Amministrazione finanziaria tedesca opponeva che per l'esercizio 2001 le vicende relative alle partecipazioni in società estere erano fiscalmente neutrali, poiché gli utili non erano tassati mentre le svalutazioni e le minusvalenze da cessione non erano deducibili fiscalmente. Per il recupero si faceva riferimento alle regole di tassazione degli utili adottate in Germania che prevedono la neutralità fiscale delle partecipazioni in altre società residenti o meno, anche se, mentre per le partecipazioni in società residenti il nuovo sistema di tassazione entrava a regime dal 2002, per le partecipazioni in società non residenti, a parere dell'Amministrazione finanziaria, era anticipato al 2001. La controversia giungeva alla Cassazione federale che riteneva di sottoporre alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale concernente la compatibilità di tale disparità di trattamento, relativa ad un caso di svalutazione di partecipazioni anche per un breve periodo, con l'articolo 56 che vieta i comportamenti che restringono i movimenti di capitali all'interno dell'Unione europea. L'articolo 8 del KStG in materia di tassazione degli utili delle società, prima del 1 gennaio 2001 disponeva che la neutralità fiscale delle partecipazioni in società non residenti era ammessa a condizione che fossero possedute almeno il 10 per cento delle azioni o quote; la Steko riteneva che la svalutazione fosse deducibile per il 2001 dato che possedeva una partecipazione inferiore al 10 per cento. Così discorrendo si trattava di una svalutazione mentre la normativa tedesca in esame testualmente si riferisce a cessione di partecipazioni da cui derivi una minusvalenza: la modifica all'articolo 8 citato entrava in vigore dal 1° gennaio 2001 per le sole

partecipazioni in società non residenti, e ne veniva rinviata l'applicazione al 2002 per le partecipazioni in società residenti. Il governo nazionale riteneva che

“la svalutazione in bilancio di partecipazioni poteva essere assimilata quanto agli effetti economici ad una cessione a terzi” ed Inoltre che “non disconoscendo l'esistenza di una diversa modalità di tassazione tra partecipazioni in società residenti rispetto a società non residenti, ciò era dovuto a motivo "imperativo di interesse generale" di cui all'articolo 58 del Trattato”.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che una normativa che impone un diverso regime temporale di tassazione in casi analoghi non è compatibile con i principi del Trattato CE, nel caso in esame con l'articolo 56. Le misure nazionali ostative si possono manifestare con misure idonee a "limitare", "impedire" o anche "dissuadere" nel senso che un socio di una società che si trovi nelle condizioni della Steko potrebbe decidere di cedere delle partecipazioni in società sottoposte ad un trattamento fiscale penalizzante o a dissuadere un soggetto terzo ad acquistare partecipazioni nella medesima società. La disparità di trattamento limitata non ha rilevanza dato che il danno economico che ne può conseguire può essere anche considerevole: la rilevanza fiscale delle perdite derivanti dal possesso di partecipazioni in altre società è un dato di fatto che si manifesta allo stesso modo a prescindere dalla residenza delle società partecipate, come già precisato in altre decisioni (sent. 29 marzo 2007, C-347/04: "

Per quanto riguarda le perdite subite da tali società controllanti residenti per gli ammortamenti realizzati sul valore di loro partecipazioni in società controllate, queste società si trovano in una situazione analoga, che si tratti di partecipazioni possedute in società controllate stabilite in Germania o in altri Stati membri”).

La giurisprudenza comunitaria ricorda che "costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione di servizi (...) misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tali libertà" (sent. C-451 del 1999 della Corte di Giustizia).

Profili internazionali della fusione

Con la risoluzione n. 470/E del 3 dicembre 2008, l'Agenzia dell'Entrate, definisce che la disciplina nazionale in materia non discrimina in merito alla residenza delle società coinvolte nell'operazione e quindi il regime di neutralità fiscale previsto dall'articolo 172 del TUIR, può ritenersi applicabile anche nel caso in cui l'operazione di fusione societaria non sia disciplinata dalla direttiva comunitaria in materia e siano contemporaneamente rispettate le seguenti condizioni:

- l'operazione si qualifichi come fusione così come definita dalla legislazione civilistica italiana;

- i soggetti coinvolti abbiano una forma giuridica omologa a quella prevista per le società di diritto italiano;
- l'operazione produca effetti in Italia sulla posizione fiscale di almeno un soggetto coinvolto.

Il caso riguarda una società di diritto tedesco residente ai fini fiscali in Germania, dove esercitava la propria attività nel settore finanziario, che aveva intenzione di porre in essere un'operazione di fusione per incorporazione con altra società operante nel medesimo settore e appartenente al medesimo gruppo. La società incorporata esercitava la propria attività principalmente sui mercati internazionali, operando tramite la sede centrale, alcune succursali istituite in vari Paesi, di cui una in Italia ed alcune filiali costituite all'estero, nessuna residente ai fini fiscali in Italia. La fusione in esame ha interessato due società di diritto tedesco ed è disciplinata dalla normativa civilistica e fiscale applicabile in Germania; anche se, per effetto dell'operazione, ogni attività e rapporto giuridico riferibile alla stabile organizzazione italiana della società incorporata confluirà in una nuova stabile organizzazione in Italia della società incorporante. L'istante ha fatto presente che ai sensi della legislazione civile tedesca, la fusione produce effetti giuridici analoghi a quelli prodotti dall'analogia operazione regolata dal diritto civile italiano: inoltre, è stato precisato che le attività e le passività della incorporata verranno iscritte agli stessi valori di bilancio nelle scritture contabili della incorporante e che la stabile organizzazione in Italia non adotta i principi contabili internazionali Ias/Ifrs nella redazione delle scritture contabili. La società istante, considerato che il TUIR non disciplina in modo puntuale gli effetti fiscali delle fusioni regolate dalla legislazione di altri Stati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 90/434/Cee, ha chiesto chiarimenti in merito ai seguenti aspetti:

- se in relazione alla posizione della stabile organizzazione in Italia, la fusione possa essere effettuata in regime di neutralità senza realizzazione delle plusvalenze sui beni, incluso l'avviamento;
- conseguentemente, quale debba essere il costo fiscale al quale la "costituenda" stabile organizzazione debba iscrivere i beni nelle proprie scritture contabili;
- se ai fini delle imposte sui redditi italiane (cioè in relazione alla posizione della stabile organizzazione in Italia), la fusione possa essere retrodatata.

La disciplina nazionale in materia di fusioni prevede un regime di neutralità fiscale con riguardo ai beni delle società incorporate o fuse; infatti, ai sensi dell'articolo 172, comma 1, del TUIR

"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".

A livello comunitario, le operazioni di fusione sono disciplinate dalla direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990, modificata dalla direttiva 2005/19/Ce del 17 febbraio 2005, relativa al regime fiscale comune da

applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi d'azioni, che ha introdotto norme comuni a livello comunitario al fine di assicurare alle operazioni intra-UE un regime analogo a quello previsto dai diversi Stati per le operazioni interne. Al riguardo, considerando

“che tali operazioni non devono essere intralciate da restrizioni, svantaggi e distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri”,

la citata direttiva ha istituito

“per queste operazioni regole fiscali neutre nei riguardi della concorrenza, per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale”.

La direttiva 90/434/CEE è stata recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo 544/1992 e attualmente la disciplina inerente il regime fiscale applicabile alle operazioni straordinarie fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell'Unione europea è contenuta nel TUIR. L'agenzia delle Entrate ha chiarito come il caso prospettato non rientri nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria recata dalla direttiva 90/434/CEE, in quanto quest'ultima è applicabile a operazioni di ristrutturazione aziendale realizzate tra società appartenenti a Stati membri diversi dell'Unione europea. La questione interpretativa sottoposta all'esame dell'Amministrazione finanziaria si sostanzia in una fusione per incorporazione domestica realizzata tra due società tedesche, che investe profili internazionali con riferimento alla posizione fiscale della stabile organizzazione della società incorporata. Tale circostanza non precluderebbe in linea di principio all'operazione prospettata di inserirsi nel regime di neutralità fiscale recato dall'articolo 172 del TUIR, con riferimento alla posizione della stabile organizzazione in Italia. La disciplina nazionale in materia di fusioni, nel prevedere un regime di neutralità fiscale con riguardo ai beni delle società incorporate o fuse, non distingue in merito alla residenza delle società coinvolte, disponendo in via generale che 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”;

ne deriva che il regime di neutralità fiscale previsto può ritenersi applicabile anche nel caso in cui l'operazione non sia disciplinata dalla citata direttiva comunitaria e siano contemporaneamente rispettate le condizioni su richiamate. L'Amministrazione definisce come una conferma a quanto sostenuto si rinviene, anche, nelle modifiche apportate Finanziaria 2008 all'articolo 176 del TUIR e quindi nel fatto che il regime di neutralità fiscale previsto per i conferimenti di azienda è applicabile anche nel caso in cui

“...il conferente o il conferitario è un soggetto non residente, qualora il conferimento abbia ad oggetto aziende situate nel territorio dello Stato” (articolo 176, comma 2, del TUIR).

Il legislatore ha ritenuto

“opportuno estendere il regime di neutralità fiscale di cui all’articolo 176 del Tuir, attualmente valevole solo per i conferimenti d’azienda, ovunque collocate, tra soggetti residenti, anche ai conferimenti tra soggetti non residenti di aziende collocate in Italia,

in quanto la circostanza che l’azienda conferita sia collocata in Italia garantisce il riflettersi della sua vicenda fiscale in Italia anche dopo l’operazione di riorganizzazione aziendale; quindi anche i conferimenti effettuati tra soggetti non residenti con riferimento ad aziende situate in Italia non sono disciplinati dalla citata direttiva comunitaria. L’Agenzia ha, inoltre, precisato che

“la circostanza che nell’articolo 172 del TUIR non figuri una disposizione analoga a quella di cui all’articolo 176, comma 2, non pregiudica l’applicabilità del regime di neutralità fiscale previsto per le fusioni domestiche alla fattispecie prospettata. Infatti, si è ritenuto che quanto affermato esplicitamente dal legislatore fiscale in materia di conferimenti d’azienda valga per le fusioni in re ipsa, senza bisogno di particolari specificazioni poiché si tratta di operazioni che anche dal punto di vista civilistico non sono realizzative”.

L’Agenzia delle Entrate ha ritenuto che in relazione alla fusione prospettata trovi applicazione il disposto dell’articolo 172 del TUIR con riferimento alla posizione fiscale della stabile organizzazione in Italia della società incorporata, a condizione che per effetto dell’operazione, ogni attività, passività e rapporto giuridico riferibile a detta stabile organizzazione italiana confluisca nella stabile organizzazione in Italia della società incorporante. La società incorporante subentrerà nella medesima posizione fiscale dell’incorporata in ordine agli elementi dell’attivo e del passivo relativi alla suddetta stabile organizzazione; inoltre si è ritenuto che, nei limiti previsti dall’articolo 172, comma 9, del TUIR, sia possibile retrodatare la fusione anche ai fini delle imposte sui redditi italiane. Sonia Cascarano 13 Agosto 2009