

Le operazioni straordinarie d'impresa intracomunitarie: implicazioni fiscali

di [Fabio Carriolo](#)

Pubblicato il 24 Maggio 2010

Le implicazioni fiscali di un'operazione societaria straordinaria che coinvolge anche società estere.

Le operazioni straordinarie d'impresa: aspetti generali

Le operazioni straordinarie d'impresa (fusioni, scissioni, conferimenti, scambi di partecipazioni) sono volte, a prescindere dagli eventuali aspetti «abusivi», come ipotesi non realizzative, volte alla ristrutturazione del *business* (fondendo o scindendo più soggetti giuridico-economici, conferendo attivo, etc.), e perciò fiscalmente neutrali. Fanno però eccezione le operazioni che – ancorché formalmente non realizzative – di fatto comportano l'emersione di «redditi», rispetto alle quali si concentra l'attenzione del legislatore e si orientano le indicazioni di prassi. In tale contesto, il regime delle operazioni straordinarie «intracomunitarie» recepisce

nella sostanza i principi di neutralità fiscale che sono accolti nella normativa nazionale, con le cautele e le criticità che si cercherà di porre in luce nel presente contributo. Si intende in particolare esaminare il «destino» dei fondi in sospensione d'imposta nell'ambito delle operazioni intra-UE, le quali, allorquando non siano ricostituiti in una stabile organizzazione (nel prosieguo S.O.) facente capo al soggetto «estero», concorrono alla formazione del reddito della S.O. stessa.



Le operazioni intracomunitarie e la riforma del TUIR

Seguendo le evoluzioni normative che hanno condotto all'«assorbimento» nel TUIR del 2004 del *corpus* normativo riguardante le operazioni straordinarie tra diversi Paesi comunitari (D.Lgs. n. 544/1992),

sembra di notare (nel legislatore) una certa preoccupazione di migliorare l'integrazione tra le norme valevoli all'interno dello Stato e quelle che regolano i rapporti tra soggetti residenti in diversi Stati membri dell'Unione europea. Nell'ottica di una auspicabile «omogeneizzazione» della disciplina delle imposte dirette, quanto a presupposti, soggetti, basi imponibili, all'interno della UE, tale opzione è evidentemente rivolta all'eliminazione o almeno alla riduzione dei potenziali ostacoli alla concorrenza e all'ottenimento di condizioni di equità tra il trattamento riservato al residente in Italia e quello del residente in Germania, Spagna, Grecia, o in altri Paesi comunitari. La situazione che ne deriva è di totale permeabilità e trasparenza tra disciplina interna e disciplina «transfrontaliera», con il principio-guida dell'irrelevanza fiscale delle «differenze» di fusione e scissione, nonché dei maggiori valori emergenti sviluppati in relazione alle altre operazioni straordinarie.

Le operazioni straordinarie nella «direttiva fusioni»

La fonte comunitaria del regime fiscale di neutralità riservato alle operazioni straordinarie in ambito UE si rinviene nella direttiva del Consiglio del 23.7.1990, n. 434 (c.d. «*direttiva fusioni*»), pubblicata nella G.U.C.E. n. 225 del 20.8.1990. In particolare, l'art. 2 della direttiva dispone che deve intendersi per **fusione** l'operazione rientrante in una delle seguenti tipologie:

1. una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio, attivamente e passivamente, ad altra società preesistente;
2. due o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità dei valori patrimoniali attivi e passivi a una società da esse costituita, mediante l'assegnazione ai propri soci:
 - di titoli rappresentativi del capitale sociale dell'altra società
 - (ed eventualmente) di un saldo in contanti non eccedente il 10% del valore nominale (o, in mancanza di valore nominale), della parità contabile di tali titoli;
3. una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità dei valori patrimoniali attivi e passivi alla società che detiene la totalità dei titoli (azioni o quote) rappresentativi del suo capitale sociale.

Sono invece **scissioni**, secondo la direttiva comunitaria, le operazioni nell'ambito delle quali una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio, attivamente e passivamente, a due o più società preesistenti o nuove, mediante l'assegnazione ai propri soci, secondo un criterio proporzionale:

- di titoli rappresentativi del capitale sociale delle società beneficiarie del conferimento

- (ed eventualmente) di un saldo in contanti non eccedente il 10% del valore nominale (o, in mancanza del valore nominale) della parità contabile di tali titoli.

I **conferimenti d'attivo** si qualificano invece come le operazioni mediante le quali una società conferisce, senza essere sciolta, la totalità, ovvero uno o più rami della propria attività, a un'altra società, mediante consegna di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria del conferimento. Infine, lo **scambio di azioni** è l'operazione mediante la quale una società acquista nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferirle la maggioranza dei diritti di voto di detta società, mediante l'attribuzione ai soci dell'altra società, in cambio dei propri titoli, di titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società, ed eventualmente di un saldo in contanti non eccedente il 10% del valore nominale (o, in mancanza di valore nominale), della parità contabile dei titoli consegnati in cambio.

Il confronto con il previgente art. 3 del D.Lgs. n. 544/1992

Nel disciplinare le fusioni, le scissioni e i conferimenti intracomunitari, l'art. 3 del D.Lgs. n. 544/1992 disponeva che i fondi in sospensione d'imposta iscritti nell'ultimo bilancio del soggetto conferente residente nello Stato concorrono a formare il reddito della S.O. italiana del soggetto non residente beneficiario, nella misura in cui essi non siano stati ricostituiti nelle scritture contabili della S.O. Insomma, la condizione per ottenere l'irrilevanza fiscale dei fondi, «trasferiti» da un soggetto all'altro per effetto di un'operazione straordinaria, è che i fondi stessi siano reintegrati nella contabilità del soggetto beneficiario. I fondi non possono insomma «scompare», con ciò ponendo in essere una sostanziale distribuzione ai soci, e tale regola è espressamente applicata anche nel caso in cui il soggetto beneficiario non residente disponga di una S.O. Tale ultima circostanza vale infatti ad attrarre presso la S.O. medesima i valori corrispondenti ai fondi non ricostituiti, con la conseguente sottoposizione a tassazione.

Il TUIR «versione 2004»

La rubrica del nuovo art. 180 si riferisce alle «riserve», e non ai «fondi», in sospensione d'imposta. Tale dizione è tuttavia abbandonata nel testo elaborato, il quale, sostanzialmente riproduttivo del predetto art. 3 del D.Lgs. n. 544/1992, prevede che

«nelle fusioni, nelle scissioni e nei conferimenti di cui all'articolo 178 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».

Un corretto inquadramento della norma secondo la *voluntas legis* può effettuarsi considerando che l'originaria versione della norma (anteriore alla definitiva approvazione e pubblicazione del decreto legislativo di riforma n. 344/2003), la ricostruzione delle riserve presso la S.O. doveva effettuarsi «(secondo) le disposizioni di cui all'articolo 174, commi 4 e 4 bis». Si tratta, nel testo definitivo, dell'art. 172, quinto comma, del TUIR, relativo alle operazioni di fusione «interne», secondo il quale le riserve in sospensione d'imposta iscritte nell'ultimo bilancio delle società fuse o incorporate concorrono al reddito della società risultante dalla fusione o incorporante se e nella misura in cui non siano state ricostituite nel suo bilancio, utilizzando prioritariamente l'avanzo di fusione. Tale regola non è applicabile per le riserve tassabili solo in caso di distribuzione la quale, se e nel limite in cui vi sia avanzo di fusione o aumento di capitale per ammontare superiore al capitale complessivo delle società partecipanti alla fusione al netto delle quote del capitale di ciascuna di loro già possedute dalla stessa o da altre, concorrono al reddito della società risultante dalla fusione o incorporante in caso di distribuzione dell'avanzo o di riduzione del capitale per esuberanza. Va a tale proposito precisato che il riferimento al «capitale esuberante», si impernia sul vecchio art. 2445, co. 1, del c.c., nel testo antecedente alla riforma societaria; si evidenzia però che dal nuovo art. 2445, co. 1 (art. 2482, co. 1, per le S.r.l.), come innovato a opera del D.Lgs. 17.1.2003, n. 6, è espunto ogni richiamo al capitale esuberante, mentre è menzionata la semplice riduzione del capitale (cioè ogni ipotesi di riduzione dello stesso)(1). All'aumento di capitale, all'avanzo da annullamento o da concambio che eccedono la ricostituzione e l'attribuzione delle predette riserve in sospensione d'imposta è applicato il regime fiscale delle riserve della società incorporata o fusa, diverse da quelle già attribuite o ricostituite, che hanno proporzionalmente concorso alla sua formazione.

La ricostituzione dei fondi in sospensione d'imposta nel TUIR: le operazioni straordinarie

«interne» Per quanto attiene alle operazioni straordinarie realizzate tra soggetti residenti in Italia, con particolare riferimento alle operazioni di fusione e scissione, si rammenta quanto segue. La società risultante dalla fusione o la società incorporante ha l'obbligo di ricostituire nel proprio bilancio i fondi in sospensione di imposta iscritti nell'ultimo bilancio delle società fuse o incorporate. I fondi ivi considerati sono distinti in:

- fondi tassabili in ogni caso, qualunque sia la causa che ne ha determinato l'estinzione;
- fondi tassabili nel solo caso di distribuzione.

I fondi tassabili in ogni caso, in mancanza di ricostituzione, concorrono a formare il reddito nel primo esercizio chiuso dopo la fusione. La Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 131/E del 18.9.2001 ha precisato che è possibile ricostituire le riserve in sospensione di imposta dell'incorporata anche

utilizzando il capitale dell'incorporante, purché nella nota integrativa sia evidenziato il vincolo cui viene sottoposto il capitale dell'incorporante. Relativamente ai fondi tassabili nel solo caso di distribuzione, i presupposti per l'imposizione si verificheranno solo nelle ipotesi di:

- riduzione del capitale sociale per esuberanza;
- liquidazione della società.

In presenza di:

- avanzo di fusione
- (o) aumento di capitale superiore al capitale complessivo delle società partecipanti alla fusione al netto delle partecipazioni possedute,

i fondi tassabili solo in caso di distribuzione concorrono a formare il reddito della società risultante dalla fusione o incorporante solo in caso di distribuzione dell'avanzo o di riduzione del capitale sociale. In difetto di avanzo di fusione o di aumento di capitale, e nel caso in cui l'avanzo o l'aumento di capitale siano inferiori all'ammontare dei fondi, questi si considerano estinti e pertanto non suscettibili di distribuzione e tassazione. Relativamente alle operazioni di scissione societaria, l'art. 173, nono comma, del TUIR, dispone che:

- le riserve in sospensione d'imposta iscritti nell'ultimo bilancio della società scissa devono essere ricostituiti dalle beneficiarie secondo le quote proporzionali indicate al quarto comma;
- se la scissione è parziale, i fondi della scissa si riducono in corrispondenza;
- se la sospensione d'imposta dipende da eventi che riguardano specifici elementi patrimoniali della scissa, i fondi devono essere ricostituiti dalle beneficiarie che acquisiscono tali elementi.

La regola generale in relazione alle modalità di ripartizione dei fondi è dunque quella dell'attribuzione degli stessi alle società partecipanti in proporzione alle quote di patrimonio netto contabile a ciascuna trasferite o rimaste, mentre in caso di eventi riguardanti specifici elementi patrimoniali della società scissa esistenti alla data di effetto della scissione è stabilito che i fondi devono essere ricostituiti dalle beneficiarie che acquisiscono tali elementi. La seconda parte del nono comma, che riguarda il regime di tassazione dei fondi in sospensione d'imposta nell'ipotesi di mancata ricostituzione, fa integrale rinvio all'art. 172, commi quinto e sesto, con la precisazione che i riferimenti ivi previsti alla società incorporante o risultante dalla fusione devono intendersi effettuati alle società beneficiarie. In virtù di tale rinvio:

- i fondi in sospensione d'imposta iscritti nell'ultimo bilancio della società scissa concorrono a formare il reddito delle società beneficiarie se e nella misura in cui non siano stati ricostituiti nei loro bilanci;
- i fondi tassabili solo in caso di distribuzione, se e nel limite in cui vi sia avanzo di scissione o aumento di capitale per ammontare superiore al capitale complessivo delle beneficiarie sommato al capitale della scissa annullato per effetto della scissione, al netto delle quote del capitale di

ciascuna di esse già possedute dalla stessa o da altre, concorrono a formare il reddito delle società beneficiarie in caso di distribuzione dell'avanzo o di riduzione del capitale per esuberanza;

- i fondi che anteriormente alla scissione sono stati imputati al capitale della scissa si intendono trasferiti nel capitale delle beneficiarie e concorrono a formare il reddito in caso di riduzione del capitale per esuberanza.

Ricostruzione delle riserve e dei fondi: peculiarità della scissione

In relazione alla ricostituzione dei fondi e delle riserve tassabili nel solo caso di distribuzione, è stato rilevato⁽²⁾ che, a differenza della fusione, la **scissione** comporta il trasferimento in capo alle beneficiarie, in caso di scissione totale, dell'intero patrimonio netto, e dunque delle singole poste ideali dello stesso, tra le quali i fondi tassabili solo in sede di distribuzione. Relativamente alle riserve di rivalutazione (leggi 2.12.1976 n. 576; 19.3.1983 n. 72; 29.12.1990 n. 408; 30.12.1991 n. 413), il Ministero delle Finanze aveva chiarito che occorre distinguere le seguenti due situazioni:

1. beni rivalutati ancora esistenti all'atto della scissione:

- se i beni permangono nel patrimonio della scissa, anche la riserva di rivalutazione deve continuare a essere iscritta nel bilancio societario;
- se i beni rivalutati sono attribuiti alla beneficiaria, anche la corrispondente riserva va attribuita a quest'ultima;

2. beni rivalutati ceduti anteriormente alla scissione: in tale evenienza, la riserva in sospensione d'imposta va riprodotta nei bilanci delle singole società partecipanti alla scissione in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite alle beneficiarie o rimaste in capo alla scissa.

La relazione illustrativa

In sede di relazione governativa a quella che allora era una «bozza» di Testo Unico (nella versione originaria del 1986), era stato affermato che il principio del subentro della società risultante dalla fusione o incorporante negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sul reddito rappresentava *«la ricezione nella sfera tributaria del principio enunciato nell'art. 2504, codice civile»* (nel testo attuale, dall'art. 2504-bis, primo comma). Per i fondi in sospensione d'imposta,

« ... la società nuova o incorporante deve rispondere dei debiti d'imposta in sospeso così come ne rispondeva la società fusa o incorporata; essa quindi o subentrerà nella situazione di sospensione del debito o dovrà assolverlo subito, computando nel suo reddito imponibile l'ammontare del fondo, a seconda che questo figuri o non figuri nel suo bilancio. E poiché il fondo in sospensione, al pari di ogni altra componente del patrimonio netto delle società fuse o incorporate, si estingue all'atto della fusione, sarà necessario, per conservare lo stato di sospensione, che la società risultante dalla fusione o incorporante lo ricostituisca nel proprio bilancio, attingendo all'eventuale avanzo di fusione o in altro modo (non essendo ciò rilevante ai fini fiscali)».

Detta regola vale per quei fondi (la maggioranza) la cui disciplina prevede la cessazione della sospensione e il recupero a tassazione quale che sia la causa che ha determinato l'estinzione del fondo. Non può invece valere, com'è evidente, per i fondi (come ad esempio la riserva di rivalutazione monetaria di cui alle leggi nn. 576/1975 e 72/1983, e alle successive leggi nn. 408/1990, 413/1991 e 342/2000) che sono tassabili nel solo caso di distribuzione. In tale ultimo caso, essendo consentita l'imputazione del fondo a capitale senza applicazione dell'imposta, salvo recupero della stessa se il capitale è poi ridotto con rimborso ai soci (che l'art. 47, sesto comma, come già la L. n. 904/1977, considera distribuzione di utili), si è disposto che la sospensione permanga anche se il fondo non viene ricostituito e che si consideri distribuzione la successiva riduzione, con rimborso ai soci, del capitale della società risultante dalla fusione o incorporante. Disciplina, questa, che vale anche per l'ipotesi che il fondo, prima della fusione, sia stato imputato al capitale della società fusa o incorporata.

L'exit tax

Come è noto, esiste nell'ordinamento giuridico-tributario italiano una disposizione normativa in base alla quale l'ipotesi del trasferimento all'estero della sede societaria viene inquadrata come ipotesi di «realizzo» dei beni aziendali. L'art. 166 del TUIR prevede infatti, in continuità con l'art. 20-bis del Testo Unico ante-riforma, che:

- il trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti in una S.O. situata nel territorio dello Stato (primo comma, primo periodo);
- tale regola vale anche se successivamente i componenti confluiti nella S.O. residente ne sono distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero. Per le imprese individuali e le società di persone si applica l'art.

17, primo comma, lettere g) e l) (primo comma, secondo periodo);

- **i fondi in sospensione d'imposta**, inclusi quelli tassabili in caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza, sono soggetti a imposizione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della **S.O.** (secondo comma).

L'esame della normativa in parola consente di affermare che i fondi in sospensione di imposta già presenti nel bilancio del soggetto italiano conferente e che non vengano ricostituiti in capo alla S.O. italiana sono tassabili (in capo a tale S.O.) sia nel caso in cui abbia luogo un'operazione straordinaria intracomunitaria, sia nel caso in cui avvenga formalmente il trasferimento all'estero della sede della società. In ambedue le ipotesi il regime di sospensione d'imposta viene quindi meno, e ciò si spiega considerando che si tratta di ipotesi il cui effetto può essere del tutto analogo/equivalente. La delocalizzazione del *business* societario può infatti avvenire sia mediante il trasferimento della sede (praticabile in base ai principi generali e ai principi comunitari sulla libertà di stabilimento), sia utilizzando un'operazione straordinaria a norma degli artt. 178-181 del Testo Unico.

L'ammissibilità del trasferimento della sede societaria in mancanza di estinzione del soggetto

La problematica del trasferimento della sede della società dall'estero in Italia, nell'ambito dell'UE, è stata esaminata dall'Agenzia delle Entrate nella successiva risoluzione n. 9/E del 17.1.2006, sotto il profilo della continuità giuridica dell'ente. Nel caso di specie, si trattava di una società che aveva trasferito la propria sede legale dalla Spagna in Italia, la quale aveva chiesto se dovesse o meno essere considerata residente fiscalmente in Italia per il periodo di imposta 1° gennaio – 31.12.2004, con la conseguente soggezione alle imposte sui redditi ovunque prodotti o unicamente sui redditi prodotti nel territorio dello Stato. Alla luce della L. 31.5.1995, n. 218 («*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*»), secondo l'Agenzia,

« ... le società straniere che hanno in Italia la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale devono sottoporsi a una sorta di "trasformazione giuridica" per conformarsi al nostro ordinamento», anche se «il trasferimento della sede legale indicata nello statuto è efficace solo se posto in essere conformemente agli ordinamenti dello Stato di provenienza e dello Stato di destinazione».

Pur in mancanza di una norma espressa, secondo la risoluzione

« ... deve ritenersi ammesso il trasferimento senza estinzione, in quanto l'art. 2437 cod. civ., nel considerare il trasferimento all'estero della sede sociale causa di recesso

per i soci, implicitamente presuppone che esso non abbia natura dissolutoria».

Pertanto, secondo le norme del codice civile italiano, il trasferimento in Italia della sede sociale non causa l'estinzione della società e non ne pregiudica quindi la continuità giuridica, a condizione che anche nell'ordinamento di provenienza la disciplina del trasferimento di sede segua il medesimo principio e non costituisca dunque evento estintivo. Le conseguenze di ordine fiscale relative al trasferimento in Italia dall'estero o, viceversa, dall'Italia verso l'estero della sede sociale dipendono dalla continuità giuridica o meno dell'ente ai sensi dell'art. 25, terzo comma, della L. n. 218/1995.

Conclusioni

Sembra a chi scrive, a un livello medio di approfondimento, che la «riforma del TUIR» del 2004 (D.Lgs. 12.12.2003, n. 344) intendesse conseguire l'obiettivo dell'univocità tra il trattamento delle operazioni straordinarie intracomunitarie e quello riservato alle società nazionali. Può essere altresì osservato che il concetto di S.O. – adottato al fine di individuare il centro d'imputazione dei rapporti tributari che fanno capo a un soggetto non residente (comunitario) – è entrato a far parte del diritto comunitario «vivente», anche se con alcune variazioni rispetto al Modello OCSE, ed è stato poi codificato nel «nuovo» TUIR. I fondi in sospensione d'imposta possono concorrere al reddito della S.O., poiché quest'ultima si identifica, sostanzialmente, con il soggetto non residente, per quanto attiene alle relazioni dello stesso con lo Stato italiano. In capo alla «sede fissa di affari» del soggetto estero, se presente, può quindi avvenire la ricostituzione dei fondi; se ciò non avviene, il regime di sospensione d'imposta viene meno: così, se i fondi medesimi non sono ricostruiti nelle scritture contabili della S.O. (e non già in quelle proprie del soggetto beneficiario estero), essi si considerano comunque attribuiti alla stessa, e perciò in capo a essa recuperabili a tassazione. Se invece la S.O. manca, occorre far riferimento a quanto affermato dall'art. sesto comma, ove il legislatore ha puntualizzato 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, 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».

NOTE 1) L'«esuberanza» del capitale non costituisce quindi più l'obbligatoria giustificazione della riduzione facoltativa dello stesso, ma può affiancarsi ad altre ipotesi; la modificazione apportata sembra però più apparente che reale, poiché, normalmente, l'impresa societaria sarà abbastanza capitalizzata per conseguire l'oggetto sociale (e dovrà comunque rispettare i limiti minimi prescritti). 2) Cfr. Leo,

Monacchi, Schiavo, «*Le imposte sui redditi nel testo unico*», VI ed., Giuffrè, Milano 1999.

24 maggio 2010 Fabio Carriolo