

Il trasferimento della società lussemburghese in Italia

di Ennio Vial

Introduzione

Nel presente intervento affrontiamo il caso del trasferimento in Italia di una società di diritto lussemburghese. Il primo aspetto da valutare attiene alla fattibilità civilistica dell'operazione. Una volta sdoganato questo primo elemento propedeutico, si pone il problema di valutarne gli impatti fiscali.

Esamineremo il caso di una Soparfi lussemburghese che ha iscritto all'attivo partecipazioni immobilizzate in società white list e liquidità.

Si supponga, infine, che i soci della società lussemburghese siano persone fisiche italiane legate da rapporti di parentela.

La fattibilità civilistica dell'operazione

L'operazione di trasferimento dall'estero all'Italia o viceversa di una società, senza che questo ne comporti la dissoluzione, può intervenire se entrambi i Paesi (quello di partenza e quello di approdo) ammettono la continuità giuridica dell'ente, ossia ammettono che la società continui ad esistere nonostante il mutamento di sede.

Tradizionalmente sia il Lussemburgo che l'Italia ammettono questa continuità.

Sul versante domestico, le fonti normative relative al trasferimento della sede di una società di diritto italiano verso uno Stato straniero sono esclusivamente l'art. 2369 e l'art. 2437 del codice civile relativi alle società per azioni, nonché l'art. 2473 relativo alle srl.

Il comma 5 dell'articolo 2369 stabilisce che per il trasferimento della sede all'estero di società azionarie che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in sede di seconda convocazione dell'assemblea, è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale.

La seconda fonte normativa sopracitata, l'art. 2437 c. 1 lett. c c.c. individua nel trasferimento della sede all'estero una delle possibili cause di recesso esercitabili dal socio che non ha concorso alla delibera in merito al trasferimento della sede (nello stesso senso anche l'art. 2473 relativo al recesso nelle Srl).

Importanti spunti, inoltre, possono essere estrapolati dalla Legge 31 maggio 1995 n. 218 che disciplina la riforma del diritto internazionale privato.

La citata legge ha stabilito i seguenti principi fondamentali:

1. le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (ad esempio una società costituita secondo la normativa civilistica spagnola seguirà la normativa di tale Stato). La legge italiana risulta comunque applicabile nel caso in cui la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale della società siano situati nel territorio dello Stato (ex art. 25 c. 1);
2. 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 (ex art. 25 c. 3).

In altre parole, l'efficacia del trasferimento della sede statutaria è subordinata ad un duplice rispetto normativo:

- la normativa del Paese di provenienza;
- e la normativa del Paese di destinazione

Questa impostazione trova conferma nella Risoluzione n. 9/E/2006 la quale afferma che *“la configurazione del trasferimento all'estero della sede sociale della società come evento estintivo impedirebbe la continuità giuridica dell'ente. Di conseguenza, non di trasferimento di sede si tratterebbe, quanto piuttosto di estinzione della società in un dato ordinamento e della sua ricostituzione in un ordinamento diverso”*.

Una società che trasferisce da uno Stato straniero in Italia la propria sede diviene società di diritto italiano senza necessità di costituirsi ex novo a condizione che il trasferimento della sede all'estero sia ammesso dalla legge dello Stato in cui si è costituita non considerando il trasferimento quale causa di estinzione del soggetto.

Nel caso in cui ricorrano le varie condizioni sopra prospettate l'operazione si concretizza in un trasferimento ed in una trasformazione di un soggetto già esistente anche per l'ordinamento italiano¹.

¹ Secondo la Sentenza n. 193 del 12 settembre 2006 della Commissione Tributaria di Vicenza l'acquisizione della residenza si perfeziona sin dalla data in cui l'atto di trasferimento è iscritto presso il Registro delle imprese in Italia.

Gli orientamenti della Corte di Giustizia Europea

I trasferimenti nell'ambito della UE devono essere valutati anche sotto il profilo dei principi fondamentali sanciti dal trattato istitutivo dell'Unione Europea. Nel caso di specie i principi in discorso sono quelli di cui all'art. 49 e 54 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea².

Il percorso che ha portato a sancire la necessità di riconoscere a livello europeo il cambiamento di stato di una società è stato tortuoso ed il principio è stato sancito in modo inequivocabile per la prima volta con la sentenza Cartesio del 2008 dove sostanzialmente si afferma la necessità di riconoscere la trasformazione internazionale³.

Pertanto, non si può imporre la teoria dell'incorporazione in quanto il Paese di approdo avrà il diritto di disciplinare la società neo arrivata secondo la propria legislazione.

Questi principi sono stati recepiti da molti Paesi comunitari, tuttavia la trasformazione internazionale non è ancora pacificamente accettata dalla generalità degli Stati⁴.

L'esperienza professionale, tuttavia, non ha mai incontrato criticità in relazione al Lussemburgo.

² Art. 49 (ex art. 43)

Le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento 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, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

Art. 54(ex art. 48)

Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.

³ Sentenza CARTESIO 16/12/2008.

E' la sentenza della svolta. Non si può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta. Viene sancito il principio della trasformazione internazionale.

⁴ Lo Studio del Notariato 283-2015/I segnala i casi della Germania e dell'Ungheria. In Germania, in particolare, la giurisprudenza risulta particolarmente oscillante.

Sono comunque frequenti i casi in cui, forse per l'impreparazione dei consulenti esteri, questo tipo di operazione non pare ammessa e l'unica via percorribile sia quella della costituzione di una newco in Italia, seguita dalla fusione della società estera.

Gli orientamenti notarili

Il tema del trasferimento in Italia di una società estera è stato peraltro affrontato dallo studio del Notariato 283-2015/I che affronta, tra le altre, queste tre problematiche:

- è necessaria l'iscrizione nel registro delle imprese italiano?
- si applica la disciplina estera o quella domestica?
- è necessaria la perizia di stima?

In relazione al primo punto, si segnala come l'iscrizione nel Registro delle imprese rappresenti un adempimento imprescindibile (art. 7 c. 2 n. 6 D.P.R. 7 dicembre 1995 n. 581). In questi casi trova applicazione l'art. 2508 c.c. relativo all'apertura in Italia di una sede secondaria⁵.

E' quindi necessario indicare cognome, nome, data e luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello stato con l'indicazione dei relativi poteri.

In relazione alla questione della legge applicabile, si deve rilevare come quella italiana sia determinante in relazione alle modalità illustrate di iscrizione nel registro imprese; tuttavia, si deve tener presente che fino all'avvenuta iscrizione, la società è ancora regolata dalla legge estera.

La decisione dovrà quindi competere al CDA o all'assemblea a seconda delle regole previste nel Paese di provenienza.

In base all'art. 25 della L. 218/95 vige la teoria dell'incorporazione mitigata dalla successiva regola secondo cui si applicano le leggi dello stato in cui ha la sede dell'amministrazione o l'oggetto dell'attività. Non si può, pertanto, prescindere dall'applicazione della legge italiana per cui lo statuto deve essere conforme alle regole di una struttura societaria del nostro Paese e, trattandosi di un documento destinato all'iscrizione nel registro delle imprese, l'atto deve rivestire la forma autentica prescritta dall'art. 11 del D.P.R. 581/1995 e che lo stesso sia preventivamente depositato presso un notaio (art. 106 Legge Notarile).

Una ulteriore questione attiene alla necessità di versare il capitale sociale in sede di ingresso nel nostro Paese. Lo Studio del Notariato esclude questa necessità in quanto non si configura la costituzione di una società visto che la stessa già esiste. Si pone, tuttavia, il problema di distinguere i casi in cui il Paese di provenienza preveda degli idonei strumenti di

⁵ Il comma 1 dell'articolo 2508 stabilisce che *“Le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali. Esse devono inoltre pubblicare, secondo le medesime disposizioni, il cognome, il nome, la data e il luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri”*.

verifica del capitale o no. Nel secondo caso, pur rimanendo ferma la non necessità di versare tale capitale, lo stesso dovrebbe comunque essere periziato.

La suddetta perizia, al contrario, non è richiesta se nel Paese di provenienza vi è un rispetto delle tutele poste a garanzia della corretta formazione del capitale. Lo Studio propone proprio il caso delle SA lussemburghesi.

Sul tema del trasferimento della sede della società estera in Italia sono intervenute anche tre massime del Notariato del Triveneto che proponiamo in versione integrale nella successiva tabella.

Massima	Sintesi
E.C.1. – (LEGITTIMITÀ DEL TRASFERIMENTO IN ITALIA DELLA SEDE DI SOCIETÀ ESTERA CON MUTAMENTO DELLA “LEX SOCIETATIS” – 1° pubbl. 9/14)	<p>Si ritiene ammissibile il trasferimento in Italia della sede legale di una società costituita in uno Stato estero con contemporaneo suo assoggettamento all'ordinamento giuridico italiano (c.d. mutamento della "lex societatis") e adozione di una forma societaria propria del nostro ordinamento interno (c.d. "trasformazione internazionale").</p> <p>Ai fini dell'iscrivibilità della società nel registro delle Imprese italiano, sarà necessario il deposito ex art. 106 l.n. presso un Notaio italiano di una copia autentica dell'atto estero di trasferimento della sede in Italia (munito, ove necessario, della apostille ai sensi della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, ovvero della legalizzazione), debitamente tradotta ed asseverata.</p> <p>Il notaio depositario potrà effettuare l'iscrizione nel Registro imprese solo dopo aver effettuato con esito positivo il controllo di legalità.</p> <p>L'atto di trasferimento in Italia di una società costituita all'estero potrà anche essere ricevuto direttamente da un notaio italiano, conformemente alle leggi degli Stati interessati ex art. 25 della L. 218/95.</p>

<p>E.C.2. – (CONTROLLO DEL NOTAIO DEPOSITARIO DI ATTO ESTERO AI FINI DELL'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE DI UNA SOCIETA' PROVENIENTE DA UN ORDINAMENTO STRANIERO – 1° pubbl. 9/14)</p>	<p>Al notaio depositario di un atto di trasferimento in Italia di società di capitali estera, con contemporaneo assoggettamento all'ordinamento interno, è affidato il controllo di legalità di cui all'art. 2436 c.c.. Egli, pertanto, potrà procedere all'iscrizione nel competente registro delle imprese della società trasferita, solo dopo aver verificato che la stessa, assumendo la forma di una società italiana, abbia tutti i requisiti essenziali richiesti dalla normativa interna per il tipo societario adottato. [...]</p> <p>Nel caso di società di persone, il notaio italiano dovrà rifiutarsi di ricevere in deposito l'atto estero di trasferimento in Italia di società straniera con mutamento della lex societatis qualora non ricorrano le condizioni previste dalla legge, poiché per dette società il controllo di legalità avviene ex ante, tant'è che l'iscrizione nel registro imprese può avvenire anche su richiesta dei soli amministratori o dei soci ai sensi dell'art. 2296 c.c..</p>
<p>E.C.3. – (CONTROLLO DELL'EFFETTIVITA' DEL CAPITALE SOCIALE DELLA SOCIETA' ESTERA CHE SI TRASFERISCE IN ITALIA – 1° pubbl. 9/14)</p>	<p>Per poter iscrivere nel registro imprese italiano una società proveniente dall'estero che si sia "trasformata" in società di capitali italiana, occorre verificare l'effettività del suo capitale sociale.</p> <p>Tale verifica non è necessaria per quei tipi di società il cui capitale si sia formato in uno Stato comunitario che abbia recepito le direttive U.E. in tema di formazione e verifica del capitale (stima dei conferimenti).</p> <p>Nelle altre ipotesi, invece, sarà necessario verificare l'effettiva consistenza del capitale attraverso uno dei procedimenti previsti dall'art. 2500-ter, comma 2, c.c.</p>

Profili fiscali dell'operazione: la società

Un tema particolarmente dibattuto tra gli operatori in passato atteneva alla valutazione fiscale degli elementi dell'attivo e del passivo della società neo residente. Era incerto se si dovesse utilizzare il costo storico o il valore normale.

La questione è stata finalmente normata ad opera dell'art. 166-bis del Tuir introdotto dall'art.12, c. 1, D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147.

Il comma 1 stabilisce, recependo gli orientamenti della migliore dottrina, che si deve utilizzare il valore normale.

E' previsto infatti che *“I soggetti che esercitano imprese commerciali provenienti da Stati o territori inclusi nella lista di cui all'articolo 11, comma 4, lettera c), del decreto legislativo 1 aprile 1996, n. 239, che, trasferendosi nel territorio dello Stato, acquisiscono la residenza ai fini delle imposte sui redditi assumono quale valore fiscale delle attività e delle passività il valore normale delle stesse, da determinarsi ai sensi dell'articolo 9”*.

Dalla lettera della norma emerge che l'utilizzo del valore normale è tuttavia subordinato a due condizioni:

- l'impresa deve giungere da un paese sostanzialmente incluso nella white list di cui al D.M. 4.9.1996;
- il soggetto che trasferisce la sede in Italia deve esercitare una impresa commerciale.

In relazione alla prima questione, si segnala che a seguito dei D.M. 09.08.2016 e D.M. 23.03.2017 la white list di cui al D.M. 4.9.1996 si è notevolmente ampliata comprendendo anche Paesi che tradizionalmente erano considerati paradisiaci.

Più delicata appare invece la seconda questione in quanto non si può ritenere che la holding lussemburghese svolga propriamente una attività di impresa commerciale.

Sul punto, tuttavia, si segnala la R.M. 69/E del 5 agosto 2016, dove l'Agenzia ha modo di precisare che il presupposto consistente nell'esercizio di un'impresa commerciale, cui è subordinato il regime dell'art. 166-bis deve intendersi riferito a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa secondo l'ordinamento domestico, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi⁶.

⁶ Secondo la risoluzione, tale conclusione appare coerente con la ratio dell'articolo 166-bis del TUIR, volto a ripartire correttamente la potestà impositiva tra le giurisdizioni coinvolte nell'operazione di trasferimento ed evitare, conseguentemente, che plusvalori e minusvalori che sono maturati fuori dal reddito d'impresa italiano possano concorrere alla formazione dello stesso.

L'Agenzia conclude evidenziando che l'attività svolta dalla società lussemburghese (una holding che detiene partecipazioni in società immobiliari) non costituisca un ostacolo per applicazione dell'articolo 166-bis del TUIR.

Nel caso proposto della holding lussemburghese con partecipazioni white e con liquidità possiamo quindi rilevare come, in sede di approdo in Italia, si dovrà utilizzare il valore corrente in luogo del costo storico, valore generalmente rilevato nei bilanci.

La liquidità pura, intesa come depositi bancari, presenterà un valore corrente equivalente al valore di bilancio.

Diversamente, le partecipazioni saranno valutate ad un valore generalmente differente rispetto al costo storico.

Il trasferimento di società paradisiache

Il comma 2 dell'art. 166 affronta il caso, invero ragionevolmente improbabile, del trasferimento da Stati o territori diversi da quelli di cui al comma 1, ossia il trasferimento da Paesi diversi da quelli white.

In questo caso, il valore delle attività e delle passività è assunto in misura pari al valore normale di cui all'articolo 9, così come determinato in esito all'accordo preventivo di cui all'articolo 31-ter del DPR 600/1973.

In sostanza, valgono le stesse regole previste per i soggetti provenienti da paesi white ma serve un preventivo accordo con l'Amministrazione.

In assenza di accordo, la norma prevede che il valore fiscale delle attività e passività trasferite è assunto, per le attività, in misura pari al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore normale, determinato ai sensi dell'articolo 9, mentre per le passività, in misura pari al maggiore tra questi.

In sostanza, il criterio di valutazione porta alla massimizzazione della possibile plusvalenza.

Il comma 3 stabilisce che con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le modalità di segnalazione dei valori delle attività e delle passività oggetto di trasferimento. In caso di omessa o incompleta segnalazione, si applica la sanzione amministrativa prevista dall'art. 8, co. 3-bis, D.Lgs. 18.12.1997, n. 471, commisurata all'importo non indicato.

Si tratta, in sostanza, della sanzione prevista per i costi paradisiaci di cui all'art. 110 c. 10 del Tuir pari al 10% dell'importo non indicato, con un minimo di 500 euro e un massimo di 50.000 euro.

Profili fiscali dell'operazione: i soci

Da ultimo, affrontiamo il caso della fiscalità in capo ai soci italiani.

Il trasferimento di residenza in Italia della società estera, infatti, presenta delle conseguenze anche in capo ai soci fiscalmente residenti in Italia. Poiché il trasferimento avviene in continuità giuridica, non interviene il dissolvimento e la ricostituzione della stessa, per cui non vi sono distribuzioni di riserve.

L'operazione va tuttavia valutata sotto il profilo della CFC white di cui all'art. 167 c. 8-bis⁷.

Il trasferimento di residenza in Italia non comporta automaticamente la chiusura dell'esercizio sociale della società lussemburghese, stante il principio della continuità giuridica.

Se, ad esempio, il trasferimento avviene ad ottobre, per tutto l'esercizio la società sarà considerata fiscalmente residente in Lussemburgo in quanto l'art. 73 c. 3 prevede che la residenza deve essere valutata per la maggior parte del periodo di imposta.

Ciò comporta che, se la società lussemburghese presenta un livello impositivo inferiore alla metà della tassazione virtuale italiana calcolata secondo l'Ires effettiva, alla data del 31 dicembre (data di chiusura dell'esercizio della controllata) il reddito verrà imputato per trasparenza ai soci italiani che la controllano.

Nell'analisi dovrà essere incluso anche il conteggio dei plusvalori latenti derivanti dal trasferimento all'estero (dal Lussemburgo all'Italia). Nel caso di specie abbiamo già avuto modo di segnalare come la liquidità non generi plusvalori, mentre le partecipazioni sono suscettibili di avere un valore normale diverso (e spesso superiore) al costo storico di iscrizione in bilancio.

Sarà a questo punto cruciale valutare se le partecipazioni beneficiano del regime pex di cui all'art. 87 o rientrano nel regime ordinario dell'art. 86, ad esempio nel caso di partecipazioni detenute in società immobiliari di gestione.

⁷ La CFC black, in questo caso, non può trovare applicazione, essendo il Lussemburgo un Paese comunitario.

Nel primo caso non vi saranno particolari conseguenze in capo ai soci⁸. Diversamente, nel secondo caso, la plusvalenza risulterà tassata integralmente.

Va ricordato come la tassazione per trasparenza della CFC white non opera in ipotesi di mero collegamento ma ai fini della verifica della sussistenza del controllo

comma 1, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5, del tuir.

19 dicembre 2017

Ennio Vial

⁸ Si segnala, al riguardo, che il paragrafo 5.1. lett. g) del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 16 settembre 2016 stabilisce che *“l'imposizione italiana nei limiti del 5 per cento del dividendo o della plusvalenza, previsto negli articoli 87, comma 1, lettera c) e 89, comma 3, del TUIR, si considera equivalente a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l'integrale indeducibilità dei costi connessi alla partecipazione”*.