

Fondazione Luca Pacioli



LABORATORIO DI FISCALITÀ INTERNAZIONALE

PROFILI FISCALI DELLA SOCIETÀ EUROPEA

Studio n. 5

Documento n. 16 del 1° ottobre 2003

INDICE

1. Introduzione	Pag.	1
2. Le modalità di costituzione della società europea	“	2
3. La costituzione di una SE mediante fusione	“	3
3.1 <i>Esame dei sottocasi</i>	“	3
3.2 <i>La costituzione di una SE mediante fusione per incorporazione</i>	“	5
3.3 <i>La costituzione di una SE mediante fusione per unione</i>	“	12
4. La costituzione di una SE holding	“	13
4.1 <i>Esame dei sottocasi</i>	“	13
4.2 <i>La costituzione di una SE holding nello Stato di una delle società partecipanti</i>	“	14
4.3 <i>La costituzione di una SE holding in uno Stato terzo rispetto a quelli delle società partecipanti</i>	“	17
4.4 <i>La costituzione di una SE holding nello Stato delle società partecipanti</i>	“	18
5. La costituzione di una SE filiale	“	20
5.1 <i>Esame dei sottocasi</i>	“	20
5.2 <i>La costituzione di una SE filiale con conferimento di partecipazioni</i>	“	20
5.3 <i>La costituzione di una SE filiale con conferimento di rami d'azienda</i>	“	22
6. La trasformazione di società in SE	“	25
7. Il trasferimento della sede sociale di una SE	“	25
8. Considerazioni conclusive	“	28

PROFILI FISCALI DELLA SOCIETÀ EUROPEA

1. Introduzione

L'introduzione della società europea costituisce un'importante passo avanti nella realizzazione del mercato interno, e va di pari passo, dal punto di vista delle politiche comunitarie, con l'introduzione obbligatoria dei principi contabili internazionali per i bilanci consolidati delle società quotate. Entrambi questi tasselli faciliteranno ampiamente le imprese e i professionisti a svolgere la loro attività nell'Unione.

Dopo oltre 30 anni di discussione, gli Stati membri hanno finalmente approvato lo statuto, ossia la normativa regolamentare, della società europea: si tratta di un regolamento e di una direttiva, entrambi dell'8 ottobre 2001¹. La sigla è SE valida in tutta Europa, ossia *Societas Europaea*.

Dei profili di diritto commerciale comunitario della società europea si già occupato un primo studio della “Fondazione Luca Pacioli”, al quale rinviamo per un orientamento generale².

Ai fini del presente lavoro, appare opportuno ricordare che la società europea è una società per azioni e può essere utile richiamare le diverse modalità per la sua costituzione, le quali verranno quindi esaminate nelle loro implicazioni fiscali.

Al riguardo dobbiamo ricordare che il regolamento citato, che entrerà in vigore il 1° ottobre 2004, nulla dispone in termini di trattamento fiscale della SE, né in relazione all'imposizione delle operazioni che attengono alla sua costituzione e alle altre vicende societarie. Si deve quindi applicare il diritto tributario vigente, sia di fonte comunitaria, sia di fonte nazionale. Il primo, in particolare, è oggetto di modifiche, come si vedrà in seguito con maggior dettaglio, per includere nelle direttive la nuova forma giuridica di società europea.

Si consideri, infine, come la normativa sulla società europea preveda espressamente la possibilità di trasferimento della sua sede da uno Stato membro ad un altro Stato membro (art. 8), e come dalle operazioni in sede costitutiva o successive pos-

¹ Cfr. rispettivamente il Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) (*infra* citato come “Regolamento”, anche abbreviato in “Reg.”) e la Direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, entrambi in G.U.C.E. del 10 novembre 2001, n. L. 294.

² Cfr. FONDAZIONE LUCA PACIOLI, *La società europea*, studio n. 10, documento n. 26, Roma, 26 novembre 2002, cui *adde*, per tutti, AA.VV., *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, a cura di U. DRAETTA e F. PORCAR, Milano, 2002.

sano entrare in giuoco problematiche afferenti la presenza di stabili organizzazioni in paesi comunitari, che risultano trasferite da una società all'altra. Occorrerà, quindi, ricostruire altresì gli effetti fiscali di tali operazioni.

2. Le modalità di costituzione della società europea

La società europea può essere costituita in quattro modi diversi:

- (a) per fusione tra due o più società per azioni indicate nell'allegato I al Regolamento, costituite secondo le leggi di uno Stato membro ed aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, purché almeno due di esse siano soggette alla legge di Stati membri differenti (art. 2, c. 1, Reg.); la fusione può essere per incorporazione o propria (art. 17 Reg.);
- (b) come società holding la cui costituzione è promossa da almeno due società di capitali (per l'Italia s.p.a. e s.r.l.) aventi nazionalità di almeno due Stati membri differenti [art. 2, c. 2, lett. a), Reg.]; oppure che abbiano da almeno due anni una società sussidiaria o una succursale in un altro Stato membro (quindi potrebbero essere anche due società aventi nazionalità nel medesimo paese) [art. 2, c. 2, lett. b), Reg.]; in sede costituiva, gli azionisti delle due società promotrici conferiscono le loro azioni (almeno la maggioranza) delle medesime alla SE, diventando azionisti di quest'ultima; la SE, dal canto suo, diverrà holding rispetto alle società promotrici;
- (c) come società sussidiaria costituita da almeno due società di capitali (per l'Italia s.p.a. e s.r.l.) aventi nazionalità di almeno due Stati membri differenti [art. 2, c. 3, lett. a), Reg.]; oppure che abbiano da almeno due anni una società sussidiaria o una succursale in un altro Stato membro (quindi potrebbero essere anche due società aventi nazionalità nel medesimo paese) [art. 2, c. 3, lett. b), Reg.];
- (d) per trasformazione di una società che abbia da almeno due anni una sussidiaria in altro Stato della Comunità (art. 2, c. 4, Reg.).

Una SE può filiare altre SE, non applicandosi le eventuali norme nazionali che vietino l'ipotesi di unico azionista.

Come si può vedere, non è ammessa la costituzione di una società europea mediante la sottoscrizione diretta del capitale da parte degli azionisti, ma è richiesta la preesistenza di realtà societarie³.

Vediamo ora in estrema sintesi i requisiti per la costituzione:

- il capitale minimo è di € 120.000, salvo capitali più elevati prescritti dalle legislazioni nazionali per l'esercizio di determinate attività;
- la sede sociale deve essere posta all'interno della comunità e nello stesso Stato in cui si trova l'amministrazione centrale (la sede può essere trasferita

³ Cfr. A. MALATESTA, *Il regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria*, in AA.VV., *La società europea*, cit., 5 e ss. e spec. 12.

all'interno della comunità, senza che ciò possa qualificarsi come scioglimento o nuova costituzione, seguendo la procedura dettagliata prevista dall'art. 8 del Regolamento);

- la sigla SE deve precedere o seguire la denominazione sociale, con uso esclusivo per le SE, salvo quelle che l'utilizzavano in passato (art. 11 Reg.);
- la SE deve iscriversi nel Registro delle Imprese dello Stato in cui ha sede, previa conclusione di un accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori ai sensi della direttiva sulla società europea, con pubblicazione sulla GUCE.

La struttura di governo della SE vede quale organo sempre necessario l'assemblea degli azionisti e, relativamente al sistema di gestione, è prevista l'opzione statutaria tra il sistema dualistico e il sistema monistico. Nel primo, vi è un organo di direzione ed un organo di vigilanza: l'organo di direzione è nominato da quello di vigilanza o dall'assemblea; quello di vigilanza dall'assemblea; in alcuni casi, l'organo di vigilanza deve autorizzare quello di direzione al compimento di determinati atti gestori. Nel sistema monistico, invece, vi è un organo di amministrazione, nominato dall'assemblea. La durata delle cariche non può essere superiore a sei anni. Sono ammesse, quali membri di un organo, le persone giuridiche, salvi espressi divieti indicati dalla legislazione nazionale.

Le norme sul bilancio e sulla sua revisione sono quelle dello Stato in cui la SE ha sede.

3. La costituzione di una SE mediante fusione

3.1 *Esame dei sottocasi*

Come abbiamo visto, la SE può costituirsi in primo luogo mediante fusione tra società soggette alla legge di Stati membri differenti.

Ai fini dell'esame dei possibili sottocasi, assumiamo che le società partecipanti alla fusione siano solo due, rispettivamente designate come “società A” e “società B”.

Possono quindi presentarsi le seguenti ipotesi

- (a) con riguardo alla tipologia di fusione, si può avere:
 - (i) una fusione per incorporazione;
 - (ii) una fusione per unione;
- (b) con riguardo alle società partecipanti alla fusione, esse devono avere la “sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità”; quindi possiamo avere:
 - (i) la società A ha la sede e l'amministrazione centrale, e quindi la residenza fiscale, nello Stato A e la società B ha gli stessi elementi nello Stato B;
 - (ii) la società A ha la sede e l'amministrazione centrale, e quindi la residenza fiscale, nello Stato A, mentre la società B ha la sede nello Stato B e l'amministrazione centrale nello Stato C, per cui essa è fiscalmente residente

- in B per la normativa interna di B, e in C per la normativa interna di C e per l'applicazione della *tie-breaker rule*⁴ nella convenzione contro la doppia imposizione tra B e C;
- (c) una o entrambe le società partecipanti alla fusione possono avere o meno una stabile organizzazione nell'altro Stato o in uno paese terzo, sempre facente parte della UE; possiamo quindi avere che:
- (i) né A né B hanno stabili organizzazioni all'estero;
 - (ii) A ha una stabile organizzazione in B;
 - (iii) A ha una stabile organizzazione in C;
- (d) una o entrambe le società partecipanti alla fusione possono avere o meno un bene immobile nell'altro Stato o in un altro Stato membro; possiamo quindi avere che:
- (i) né A né B hanno un bene immobile all'estero;
 - (ii) A ha un bene immobile nello Stato B;
 - (iii) A ha un bene immobile nello Stato C.

In relazione ai diversi sottocasi, occorre esaminare le conseguenze fiscali della fusione sia per gli azionisti delle società A e B, sia in relazione all'imposizione delle medesime società.

I primi, a loro volta, possono essere sia persone fisiche, sia società, residenti o non residenti nello Stato in cui è fiscalmente residente la società.

In relazione alle diverse ipotesi formulabili, emerge un numero assai rilevante di sottocasi. Ai fini della nostra analisi, tuttavia, può essere sufficiente individuare alcune ipotesi ritenute più significative, esaminarne le conseguenze fiscali e poi ipotizzare alcune varianti, per osservarne le conseguenze in termini impositivi.

Nell'analisi che segue, si ipotizzano applicabili sia la direttiva “fusioni”⁵, sia quella c.d. “madre-figlia”⁶: difatti, benché oggi queste non prevedano la forma giuridica della società europea, è in corso, in sede comunitaria, la loro modifica per integrarne l'ambito applicativo a questa nuova tipologia di società.

Con particolare riferimento alla direttiva “madre-figlia”, inoltre, occorre altresì tener conto delle ulteriori modifiche in corso di approvazione, che attengono, tra l'altro, alla riduzione della soglia di partecipazione dal 25% al 10% e all'estensione alla stabili organizzazioni dei benefici della direttiva⁷.

⁴ Come è noto con tale espressione si indica la clausola contenuta nei trattati fiscali volta a dirimere i casi di doppia residenza fiscale. Sul punto cfr. per tutti BAKER P., *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, seconda ed., Londra, 1994, 127 e ss.; VOGEL K., *On Double Taxation Conventions*, terza ed., Londra, 1997, 259 e ss.; MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 191 e ss.

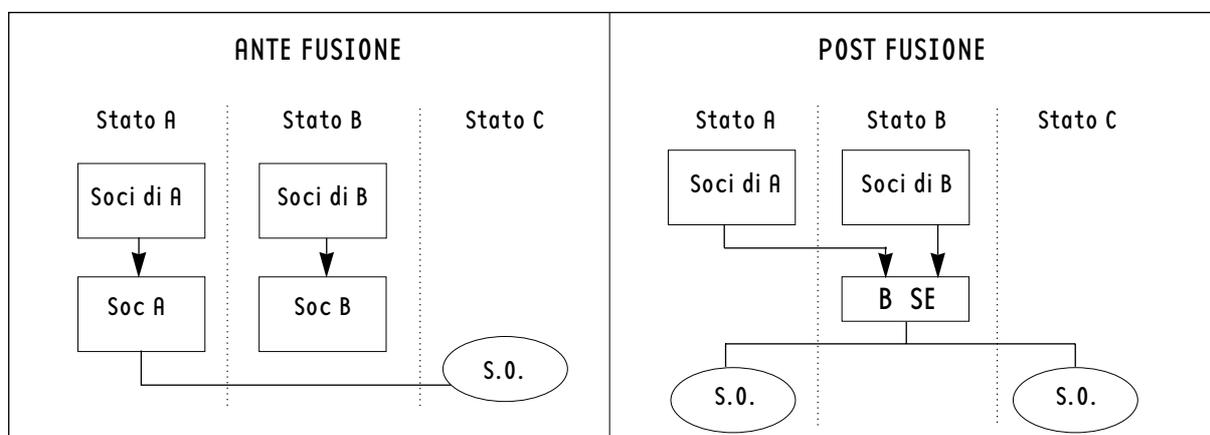
⁵ Indichiamo, seguendo una prassi ormai costante in ambito internazionale, come “direttiva fusioni” (“*Merger Directive*”) la Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni riguardanti società di Stati membri diversi, n. 90/434/CEE.

⁶ Si tratta, come è noto, della direttiva n. 90/435/CEE.

⁷ Cfr. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Proposal for a Council Directive amending Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*, COM (2003) 462 final, Bruxelles, 29 luglio 2003.

3.2 La costituzione di una SE mediante fusione per incorporazione

Esaminiamo innanzitutto il primo sottocaso, che può essere rappresentato graficamente come segue:



Come si può vedere, prima della fusione esistono due società, la società A, residente nello Stato A, ed avente soci ivi residenti, e la società B, residente nello Stato B, ed avente soci ivi residenti. In aggiunta, la società A ha una stabile organizzazione nello Stato C.

A seguito della fusione per incorporazione della società A nella società B, quest'ultima assume la forma giuridica di società europea. I soci di A si vedono annullare le loro azioni e ricevono l'assegnazione in concambio di nuove azioni di B, che è una società estera rispetto ad A.

Inoltre le attività, già possedute dalla società A, a seguito della fusione confluiscono in una stabile organizzazione della società B nello Stato A, mentre la stabile organizzazione di A nello Stato C diviene di proprietà della società B SE

A questo punto formuliamo alcune ipotesi, partendo dalle conseguenze della fusione per i soci di A. Normalmente, secondo il diritto interno, l'assegnazione di azioni in concambio a seguito di fusione comunitaria è fiscalmente neutrale, non dando luogo a realizzo di plusvalenze o minusvalenze. Questo principio è accolto dalla normativa italiana e dalla direttiva sulle riorganizzazioni societarie⁸.

Per i soci di A, dunque, la fusione è neutrale, ma le conseguenze attengono all'imposizione dei dividendi distribuiti da B SE, sia ai suoi soci originari, sia a quelli già della società incorporata A. Difatti:

- (a) se i soci di A sono persone fisiche e lo Stato A applica il sistema di imputazione per la tassazione dei dividendi, come avviene oggi in Italia, costoro – essendo nella nostra ipotesi tutti residenti nello Stato A – hanno diritto al credito d'imposta sui medesimi, di talché l'imposta sulle società si risolve, in

⁸ Cfr. art. 2, comma 5, d. lgs. n. 544 del 1992; art. 8, § 1, Direttiva fusioni; e art. 181, comma 4, della bozza di t.u.i.r. approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 settembre 2003, la cui entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2004 (*infra* citato come “bozza t.u.i.r. 2004”).

buona sostanza, in un acconto dell'imposta personale, con possibilità di rimborso o di versamento di un'imposta a conguaglio, a seconda dell'aliquota marginale del socio; in tal modo, *prima della fusione, non si verifica una doppia imposizione economica*; a seguito della fusione, invece, i soci già della società A, incorporata in B, si ritrovano ad essere soci di una società estera, di talché – sempre secondo la normativa italiana oggi vigente – a loro non spetta più il credito d'imposta per le imposte assolute dalla società estera B, mentre il dividendo concorre a formare il loro reddito complessivo ed è tassato con aliquote progressive; quindi, *dopo la fusione, si verifica una doppia imposizione economica*;

- (b) se i soci di A sono persone fisiche e lo Stato A applica – per le partecipazioni non qualificate (c.d. “investimenti di portafoglio”) – il sistema di ritenuta alla fonte a titolo d'imposta sui dividendi di fonte nazionale⁹ e la tassazione progressiva per i dividendi di fonte estera, come avviene oggi in Italia, a seguito della fusione, i soci già della società A, incorporata in B, si ritrovano ad essere soci di una società estera, di talché – sempre secondo la normativa italiana oggi vigente – a loro non spetterà più la tassazione a titolo d'imposta sui dividendi pagati dalla società estera B: i dividendi, quindi, concorreranno a formare il loro reddito complessivo e saranno tassati con aliquote progressive; quindi, *dopo la fusione, si verifica un aggravio di tassazione*¹⁰;
- (c) la posizione dei soci di A muta anche con riguardo all'applicazione delle ritenute in uscita sui dividendi: nel caso di dividendi di fonte nazionale, ragionando secondo il modello impositivo italiano oggi vigente, la ritenuta o non viene applicata allorché si opti per il sistema dell'imputazione o viene applicata a titolo d'imposta con l'aliquota del 12,50%; ove invece il socio sia non residente, questo è soggetto ad una ritenuta a titolo d'imposta sui dividendi di fonte italiana del 27%¹¹; detta ritenuta può essere rimborsata, fino a concorrenza dei quattro noni, dimostrando di aver assolto imposte all'estero; quindi la ritenuta si riduce, al massimo, al 15%, aliquota che peraltro corrisponde a quella del Modello OCSE per le partecipazioni non qualificate¹²; ne consegue che ove l'Italia corrispondesse allo Stato B, gli azionisti di A si troverebbero ad avere *un trattamento fiscale deteriore*, a seguito della fusione, rispetto agli azionisti di B, residenti in Italia; in tale ambito il progetto di riforma fiscale italiana non pare contenga innovazioni¹³, di talché si deve ritenere *l'illegittimità di siffatte disposizioni per contrasto con il diritto comunitario*;

⁹ Art. 27, 1° comma, d.p.r. n. 600 del 1973; deve trattarsi altresì di partecipazioni non relative all'impresa.

¹⁰ L'aggravio di tassazione è evidente, dato che la ritenuta a titolo d'imposta sui dividendi di fonte italiana è del 12,50%, mentre la prima aliquota dell'irpef è del 23% e quella massima è del 45%: l'aggravio di tassazione è quindi compreso tra il 10,5% e il 32,5%, pari alla differenza tra l'aliquota progressiva irpef e l'aliquota della ritenuta a titolo d'imposta.

¹¹ Art. 27, 3° comma, del d.p.r. n. 600 del 1973.

¹² Cfr. l'art. 10 del Modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione sul reddito e sul patrimonio.

¹³ Difatti l'art. 2 della bozza di d.lgs. di modifica del t.u.i.r. approvata dal Consiglio dei Ministri il 12 settembre 2003 modifica il 4° e 5° comma dell'art. 27 del d.p.r. n. 600, ma non il 3° comma nel quale è appunto prevista la ritenuta del 27%.

- (d) se i soci di A sono persone fisiche e lo Stato A applica il sistema di esenzione parziale dei dividendi, come avverrà in Italia con la riforma fiscale¹⁴, non vi sono più differenze di trattamento fiscale tra i dividendi di fonte interna e quelli di fonte estera, in quanto entrambi sono tassati, ad aliquote progressive, su parte del loro ammontare (in Italia, con la riforma fiscale, questa quota è del 40%), se si tratta di partecipazioni qualificate, o con una ritenuta alla fonte del 12,50% se si tratta di partecipazioni non qualificate¹⁵; quindi, sia prima sia dopo la fusione, la tassazione contempla una parziale doppia imposizione economica, ma *il sistema di tassazione non si modifica per effetto della fusione*;
- (e) se i soci di A sono società di capitali, lo Stato A potrebbe applicare il sistema d'imputazione per i dividendi di fonte nazionale e il sistema dell'esenzione per quelli esteri in attuazione della direttiva madre-figlia, come avviene oggi in Italia; in presenza di costi rilevanti per il socio avente forma societaria, le modalità di imposizione del dividendo di fonte interna fanno sì che l'imposta dovuta da questo possa essere inferiore all'ammontare del credito d'imposta, con possibilità di chiederne in tutto o in parte il rimborso o comunque di portarlo a credito, in compensazione delle imposte dovute in futuro o di altri tributi; nel sistema dell'esenzione applicato ai dividendi di fonte estera in base alla direttiva “madre-figlia”, tale possibilità di rimborso del credito d'imposta viene meno; quindi, *dopo la fusione, si avrebbe una penalizzazione del socio società di capitali*;
- (f) se i soci di A sono società di capitali, lo Stato A potrebbe applicare il sistema dell'esenzione sia per i dividendi di fonte interna, sia per quelli esteri, come avverrà nel sistema italiano a seguito della riforma fiscale¹⁶; quindi, *il sistema di tassazione non si modifica per effetto della fusione*;
- (g) a seguito della fusione, le percentuali di partecipazione dei soci di A e dei soci di B si diluiscono per effetto dell'aumento di capitale deliberato da B, necessario per emettere le nuove azioni da assegnare in concambio; in sistemi che prevedono regimi differenziati di imposizione dei dividendi a seconda della percentuale di partecipazione del socio, la riduzione di questa potrebbe portare, *per effetto della fusione, ad una penalizzazione nel trattamento fiscale*; ciò si verificherebbe nel diritto tributario italiano oggi vigente, nel quale i dividendi comunitari derivanti da partecipazioni di almeno il 25% sono tassati per il 5% del loro ammontare¹⁷, quelli afferenti partecipazioni di almeno il 20% sono tassati per il 40% del loro ammontare¹⁸ e quelli relativi a

¹⁴ Cfr. l'art. 47 della bozza di t.u.i.r. 2004.

¹⁵ Cfr. l'art. 2 della bozza di d.lgs. di modifica del t.u.i.r. approvata dal Consiglio dei Ministri il 12 settembre 2003, il quale modifica l'art. 27, 4° comma, del d.p.r. n. 600 del 1973, prevedendo che i dividendi di fonte estera derivanti da partecipazioni non qualificate e non relative all'impresa sono soggetti ad una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta del 12,50%.

¹⁶ Cfr. l'art. 90 della bozza di t.u.i.r. 2004, che prevede la tassazione sul 5% dell'ammontare dei dividendi.

¹⁷ Art. 96-bis t.u.i.r.

¹⁸ Art. 96 t.u.i.r.; la soglia del 20% è relativa alle società non quotate; per quelle quotate si riduce al 10% ex art. 2359 c.c..

partecipazioni inferiori al 20% sono tassati per il loro intero ammontare; con la riforma fiscale italiana, invece, viene meno la rilevanza della soglia di partecipazione ai fini della spettanza dell'esenzione del 95% dell'ammontare dei dividendi¹⁹, per cui *la penalizzazione sopra indicata a seguito della fusione non si verifica.*

Si può dunque, concludere, sul punto, che:

- (i) la condizione per cui la costituzione di una SE mediante fusione per incorporazione non dà luogo a trattamenti fiscali peggiorativi dei dividendi che verranno ai soci della SE è che gli Stati interessati applichino il metodo dell'esenzione, totale o parziale, senza discriminazioni tra dividendi di fonte nazionale e dividendi di fonte estera e che non si applichino differenziazioni nel regime fiscale a seconda della soglia di partecipazione;
- (ii) un regime fiscale che, a seguito della costituzione della SE, produca una penalizzazione fiscale per i soci, costituisce verosimilmente una misura fiscale contraria alla libertà di stabilimento, in quanto appunto ostacolo alla medesima, e come tale in violazione del diritto comunitario secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁰;
- (iii) il regime fiscale dei dividendi vigente oggi in Italia si porrebbe, con riguardo alla SE, certamente in violazione del diritto comunitario;
- (iv) il regime fiscale dei dividendi disegnato dalla riforma fiscale italiana che entrerà in vigore nel 2004 è in linea con il diritto comunitario, non dando luogo ad imposizioni più gravose a seguito della costituzione della SE, con *l'unica eccezione del trattamento discriminatorio* (per le partecipazioni non qualificate e non relative all'impresa) *dei soci non residenti* (soggetti ad una ritenuta del 27%, riducibile a seguito di rimborso a non meno del 15%) *rispetto a quelli residenti* (soggetti ad una ritenuta a titolo d'imposta del 12,50%);
- (v) nel panorama europeo, simili ostacoli alla costituzione di una SE dovuti agli aggravati di tassazione che si verificano per effetto della “fusione costitutiva”, appaiono presenti in diversi paesi²¹, indicati nei punti che seguono;
- (vi) in particolare, aggravati di tassazione sono ascrivibili per le persone fisiche al passaggio dal sistema d'imputazione per i dividendi nazionali a quello classico (ossia della piena e doppia imposizione) e per effetto dell'applicazione di maggiori ritenute alla fonte in uscita dei dividendi dalla SE; questo si verifica in Finlandia (ove è in vigore un sistema d'imputazione totale), nel Regno Unito, in Spagna e in Francia (nei quali paesi vige un sistema di imputazione parziale); gli aggravati di tassazione sono stimabili, applicando le aliquote personali massime, nella misura rispettivamente del 29%, del 15%, del 26% e di circa il 10%; per i paesi che applicano il metodo classico d'imposizione, si

¹⁹ Art. 90 della bozza di t.u.i.r. 2004.

²⁰ Cfr. da ultima la sentenza della Corte di Giustizia in c. C - 168/01, depositata il 18 settembre 2003; in precedenza cfr. C. Giustizia CE, 12 dicembre 2002, C - 324/00, *Lankhorst-Hohorst*, in ECR, 2002, I, 11779, con la quale è stata dichiarata illegittima la normativa tedesca sulla *thin capitalization*.

²¹ L'analisi comparatistica è tratta dallo studio della FEE, *Position Paper on Tax Treatment of the European Company (Societas Europaea)*, Bruxelles, in corso di preparazione.

- verificano aggravati di tassazione, anche per effetto delle ritenute in uscita, stimabili in misura pari al 25% in Austria e all'11,25% in Belgio;
- (vii) per le società, la diluizione della percentuale di partecipazione che la porti al di sotto di certe soglie “qualificate” è suscettibile di generare aggravati di tassazione in Spagna (17,5%), in Finlandia (10%), in Francia (6,5%), in Austria (34%), in Belgio (11,25%), in Irlanda (25%), nel Regno Unito (30%)²²;
 - (viii) non tutte le legislazioni fiscali dei paesi membri assicurano la neutralità del concambio di azioni per i soci²³: ciò non avviene in Belgio e in Germania, a seguito della mancata (per il primo Stato) o incompleta (per il secondo Stato) attuazione della direttiva fusioni; in Francia e nei Paesi Bassi la neutralità è subordinata all'autorizzazione dell'autorità fiscale all'operazione; in Grecia il concambio è soggetto ad un'imposta di trasferimento del 5%; nel Regno Unito l'operazione deve qualificarsi come “riorganizzazione” secondo il diritto interno.

Osserviamo, a questo punto, le conseguenze per la Società A: il suo patrimonio, a seguito della fusione, confluisce nella società B, che incorpora la prima. Verificandosi un trasferimento di residenza fiscale con riguardo alla titolarità dei beni d'impresa dallo Stato A allo Stato B, l'operazione non genera plusvalenze o minusvalenze *a condizione* che i beni d'impresa già della società A confluiscono in una stabile organizzazione della società B nello Stato A. In tale ipotesi, infatti, i beni mantengono il loro regime fiscale di “beni d'impresa” con riguardo alla giurisdizione fiscale dello Stato A, che potrà tassare le plusvalenze ad essi relativi al momento del successivo realizzo da parte di B²⁴.

La “condizione” della stabile organizzazione, quindi, potrebbe essere intesa, in prima battuta, come un “onere” per la società A al fine di poter beneficiare del regime di neutralità fiscale previsto per la fusione, anche ai sensi della direttiva comunitaria. Per altro verso, può essere vista come un “diritto” dello Stato A, giacché in mancanza di stabile organizzazione, questo perderebbe la possibilità di tassare, in futuro, i plusvalori realizzati sui beni già di A.

Esistono, tuttavia, situazioni nelle quali la semplice fusione per incorporazione di A in B non consente che si mantenga una stabile organizzazione in A, e ciò porta alla tassazione delle plusvalenze sui beni dell'incorporata. Ciò accade quando A sia una società che detenga beni d'investimento, che goda di “redditi passivi” e cioè che non svolga attività d'impresa in senso “attivo”. Ad esempio, ove A limiti la sua attività alla semplice detenzione di immobili locati, o di marchi, brevetti e

²² Le percentuali indicate sono relative all'aggravio massimo che potrebbe verificarsi.

²³ I dati comparatistici sono tratti da FEE, *Position Paper*, cit., e da IBFD, *Survey on the Societas Europaea*, Amsterdam, 2003, inedito

²⁴ Sul principio di neutralità fiscale cfr. l'art. 4, § 1, alinea 2, della direttiva fusioni, che appunto subordina tale trattamento al mantenimento di una stabile organizzazione nel paese dell'incorporata; nella normativa italiana vigente cfr. l'art. 2, comma 7, del d.lgs. n. 544 del 1992, per il quale “si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni ... [di riorganizzazione societaria, esclusi le permutate e gli scambi di azioni] non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato...”. In senso conforme è l'art. 181, comma 6, della bozza di t.u.i.r. 2004.

altri beni immateriali dai quali percepisce royalty, oppure ancora svolga attività di mero investimento passivo sui mercati finanziari o sia una società holding ed operi senza l’ausilio di personale e di strutture aziendali, non si potrà configurare la sussistenza di una stabile organizzazione per mancanza di quella caratteristica “produttiva” che concettualmente la caratterizza. La società B, quindi, si troverà a possedere un immobile in A, o una partecipazione, o dei beni immateriali, ma non una stabile organizzazione in A, con la conseguenza che lo Stato A sarà legittimato a tassare, come realizzate per effetto della fusione, le plusvalenze dei beni della società A.

Questo problema, allo stato attuale, costituisce un limite della direttiva fusioni, e un indubbio ostacolo alla realizzazione di operazioni straordinarie in ambito europeo e, *a fortiori*, alla costituzione mediante fusione di una SE. E’ tuttavia difficile ipotizzare, argomentando in base ai principi del Trattato e stanti anche i limiti propri della direttiva, una violazione del diritto comunitario, anche se l’approccio particolarmente coraggioso ai problemi fiscali del mercato interno, adottato dalla Corte di Giustizia, non esclude che in futuro possa essere emanata una pronuncia “additiva” che, oltre alla disapplicazione della norma, porti – ad evitare evidenti salti d’imposta – a suggerire una diversa soluzione, come ad esempio una sospensione o differimento d’imposta da parte dello Stato A, magari tutelato dalla prestazione di idonee garanzie al futuro pagamento dell’imposta da parte di B S.E²⁵.

Relativamente al problema della stabile organizzazione della società A nello Stato C, stabile organizzazione che per effetto della fusione diviene di proprietà della società B SE, lo Stato C non ha diritto, in base alla direttiva fusioni, di tassare i plusvalori latenti della stabile organizzazione per effetto del trasferimento della stessa dalla società A alla società B²⁶. La posizione dello Stato A, invece, è diversa: se esso, come accade in Italia, applica il principio di imposizione dei redditi su base mondiale, questo ha il diritto di tassare i plusvalori latenti della stabile organizzazione in C al momento della fusione, poiché in seguito non avrà più alcun diritto di tassarli al momento dell’effettivo realizzo. Tuttavia, al fine di evitare una doppia imposizione sui medesimi plusvalori per effetto della tassazione prima nello Stato A per effetto della fusione o poi nello Stato C per effetto del realizzo dei beni della stabile organizzazione, il primo Stato deve dedurre dall’imposta nazionale l’imposta che lo Stato C avrebbe potuto prelevare, in assenza della direttiva, sui predetti plusvalori: si tratta quindi, in buona sostanza, di un credito d’imposta per imposte “figurative” assolate all’estero²⁷. Anche qui potrebbero essere ripetute le considera-

²⁵ Spunti in questo vengono dalla stessa giurisprudenza comunitaria: cfr. ad esempio C. Giust., 21 novembre 2002, C – 436/00, § 59, ove si evidenzia che una misura che potrebbe preservare la coerenza fiscale del sistema senza pregiudicare l’esercizio della libertà fondamentale di stabilimento potrebbe essere la concessione, da parte del contribuente, di una garanzia per assicurare il pagamento dell’imposta in caso di definitiva emigrazione all’estero.

²⁶ Cfr. l’art. 10, § 1, direttiva fusioni.

²⁷ In questo senso dispone infatti l’art. 10, § 2, della direttiva fusioni e l’art. 2, comma 6, del d.lgs. n. 544 del 1992, sostanzialmente riprodotto nell’art. 181, comma 5, della bozza di t.u.i.r. 2004.

zioni sopra svolte in relazione alla c.d. “condizione” della stabile organizzazione, nel senso che imposizioni derivanti dalla fusione costitutiva della SE – seppure giustificate dall’esigenza di evitare salti d’imposta – possono costituire in pratica un ostacolo alla realizzazione di dette operazioni, onde potrebbe essere preferibile l’identificazione di una soluzione alternativa di sospensione d’imposta.

Con riguardo alla possibilità di riporto delle perdite fiscali della società A ai fini della determinazione del reddito fiscale della stabile organizzazione della società B, vige il principio secondo il quale esse sono riportabili nei modi e con i limiti previsti per operazioni avvenute in ambito domestico²⁸; vige altresì il principio di mantenimento dei regimi di esenzione e di sospensione d’imposta delle riserve della società incorporata²⁹.

Relativamente, quindi, alle regole afferenti la tassazione delle società coinvolte nella fusione, si può concludere affermando che:

- (a) il diritto fiscale italiano, vigente e riformato, appare in linea con i principi di diritto fiscale comunitario espressi dalla direttiva fusioni; tuttavia, la stessa direttiva fusioni non sembra rimuovere del tutto gli ostacoli fiscali afferenti la costituzione mediante fusione di una SE³⁰;
- (b) a livello europeo la situazione è abbastanza complessa e indicativa di notevoli violazioni del diritto comunitario³¹:
 - (i) relativamente *all’attuazione della direttiva*, il Belgio non ha emanato le norme di recepimento della direttiva fusioni, ritenendola inutile in mancanza di una disciplina civilistica che regolasse tali operazioni effettuate su base transnazionale e la Germania non ha dato attuazione alla direttiva fusioni relativamente alle fusioni e scissioni comunitarie con argomentazioni simili a quelle belghe, mentre sono ivi regolate le operazioni di trasferimento di attività e scambio di azioni;
 - (ii) in punto di *neutralità della fusione* per le società partecipanti, essa è negata in Belgio e in Germania per la mancata attuazione della direttiva fusioni; in Danimarca e in Francia è subordinata alla previa approvazione dell’autorità fiscale; nel Regno Unito manca una specifica norma al riguardo;
 - (iii) con riguardo al *riporto delle perdite*, la Danimarca e il Lussemburgo non lo consentono a seguito di fusione in quanto esso non è previsto neppure in relazione ad operazioni effettuate in ambito nazionale; per ragioni di mancata attuazione delle direttiva, questa possibilità è negata anche in Belgio e in Germania, seppure tale riporto sia consentito per le fusioni realizzate all’interno del paese; in Grecia, nonostante la direttiva sia stata generalmente attuata, tale possibilità è negata alle operazioni comunitarie mentre è consen-

²⁸ Cfr. l’art. 6 della direttiva fusioni e l’art. 4 del d.lgs. n. 544 del 1992, sostanzialmente riprodotto nell’art. 183 della bozza di t.u.i.r. 2004.

²⁹ Cfr. l’art. 5 della direttiva fusioni e l’art. 3 del d.lgs. n. 544 del 1992, sostanzialmente riprodotto nell’art. 182 della bozza di t.u.i.r. 2004.

³⁰ Sulle carenze dell’attuale testo della direttiva fusioni cfr. per tutti COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Company Taxation in the Internal Market*, [allegato a COM (2001) 582 final], SEC (2001) 1681, Bruxelles, 23 ottobre 2001, 232 e ss. del dattiloscritto.

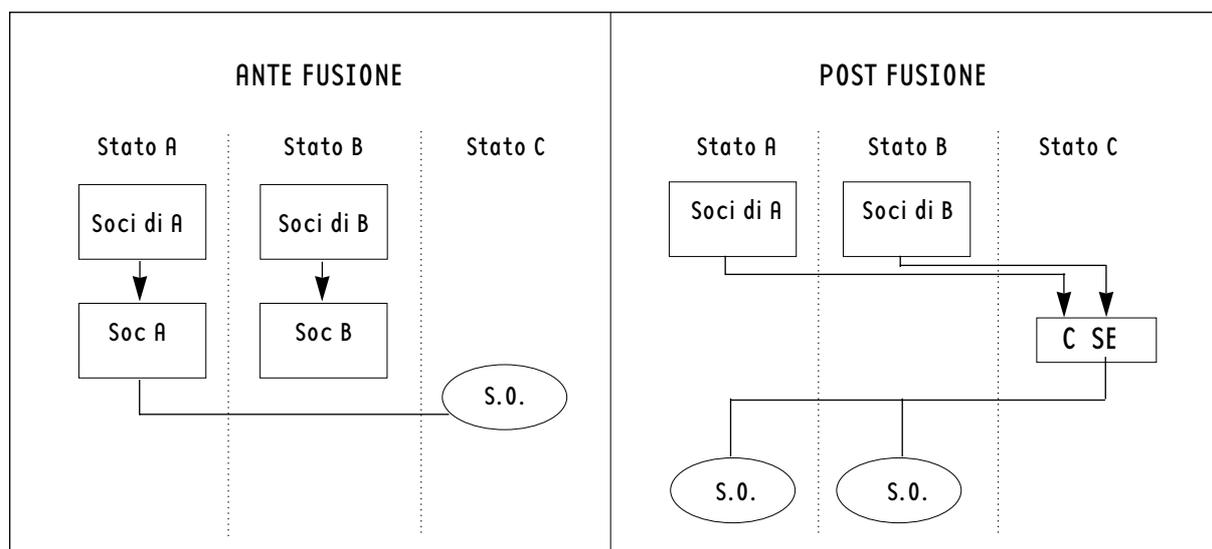
³¹ I dati comparatistici sono tratti da FEE, *Position Paper*, cit., e da IBFD, *Survey*, cit.

tita in quelle interne; in Portogallo il riporto delle perdite, anche per le fusioni domestiche, è soggetto ad autorizzazione; in Spagna, in mancanza di norme espresse, si dubita del diritto ad un riporto delle perdite in caso di operazioni comunitarie, mentre ciò è pacificamente previsto per le operazioni interne; nel Regno Unito il riporto, anche per le operazioni interne, è soggetto a varie limitazioni;

- (iv) sul principio di mantenimento dello *status di esenzione o di sospensione d'imposta delle riserve* la Danimarca e l'Irlanda non prevedono norme al riguardo, dato che tali tipologie di riserve sono sconosciute nel loro ordinamento interno;
- (v) in diversi paesi il fatto che la società A, dopo la fusione diventi una stabile organizzazione può determinare *un aumento del carico fiscale complessivo sul reddito*: in particolare, vi sono diverse limitazioni alla deducibilità da parte della stabile organizzazione delle c.d. “spese di regia” e diversi ordinamenti (Spagna, Danimarca, Francia, Irlanda, Spagna e Svezia) non consentono la deduzione in capo alla stabile organizzazione degli interessi passivi allocati a questa da parte della sede principale di una società holding.

3.3 La costituzione di una SE mediante fusione per unione

Esaminiamo ora l'ipotesi in cui la costituzione della SE avvenga mediante fusione per unione, con costituzione di una nuova società in un terzo paese comunitario rispetto a quello delle società partecipanti alla fusione; questa ipotesi può essere rappresentata graficamente come segue:



Al fine di non ripetere quanto già esposto in precedenza, ci limitiamo a segnalare le principali differenze in termini di trattamento impositivo rispetto al caso sopra indicato di fusione per incorporazione:

- (a) i dividendi provenienti da C SE diventano di fonte estera non soltanto per i soci di A, ma anche per quelli di B: quindi, anche nei loro confronti, si pongono le problematiche di non discriminazione sopra indicate, sia in termini di modalità impositive del reddito, sia in relazione all'applicazione delle ritenute alla fonte sui dividendi in uscita da C;
- (b) la “condizione” di mantenimento di una stabile organizzazione, al fine di evitare l'imposizione dei plusvalori latenti in sede di fusione si applica non soltanto per A ma anche per la società B;
- (c) la stabile organizzazione di A nello Stato C viene “incorporata” nella società C SE; anche qui manca qualsiasi diritto di tassare eventuali plusvalori da parte dello Stato C, visto che mantiene il suo diritto a tassare i plusvalori al momento del realizzo, come pure sussiste il diritto dello Stato A di tassare i plusvalori latenti, attribuendo il credito d'imposta “figurativo” sopra ricordato;
- (d) nel panorama europeo non emergono differenze di rilievo rispetto alle osservazioni già sopra svolte, sia in punto di neutralità fiscale del concambio per i soci, sia ai fini della imposizione delle società partecipanti alla fusione, e segnatamente con riguardo al principio di neutralità, al riporto delle perdite, al mantenimento dello *status* fiscale di certe riserve.

4. La costituzione di una SE holding

4.1 *Esame dei sottocasi*

La SE holding viene creata, come si è visto, mediante conferimento, da parte dei soci delle società promotrici, delle loro azioni nella SE in sede costitutiva.

Le società partecipanti devono avere nazionalità di almeno due Stati membri differenti oppure devono possedere da almeno due anni una società sussidiaria o una succursale in un altro Stato membro; in quest'ultimo caso potrebbe trattarsi anche di società aventi nazionalità nel medesimo paese.

Anche qui le varianti che si possono presentare sono notevoli; ad esempio si potrebbe trattare:

- (a) di due società di Stati membri differenti;
- (b) di due società aventi sede nel medesimo Stato membro ed aventi una succursale o una sussidiaria in un terzo Stato, comune o meno alle due società;
- (c) di società le cui azioni potrebbero essere relative ad una stabile organizzazione all'estero di una società socia delle società interessate; ecc.

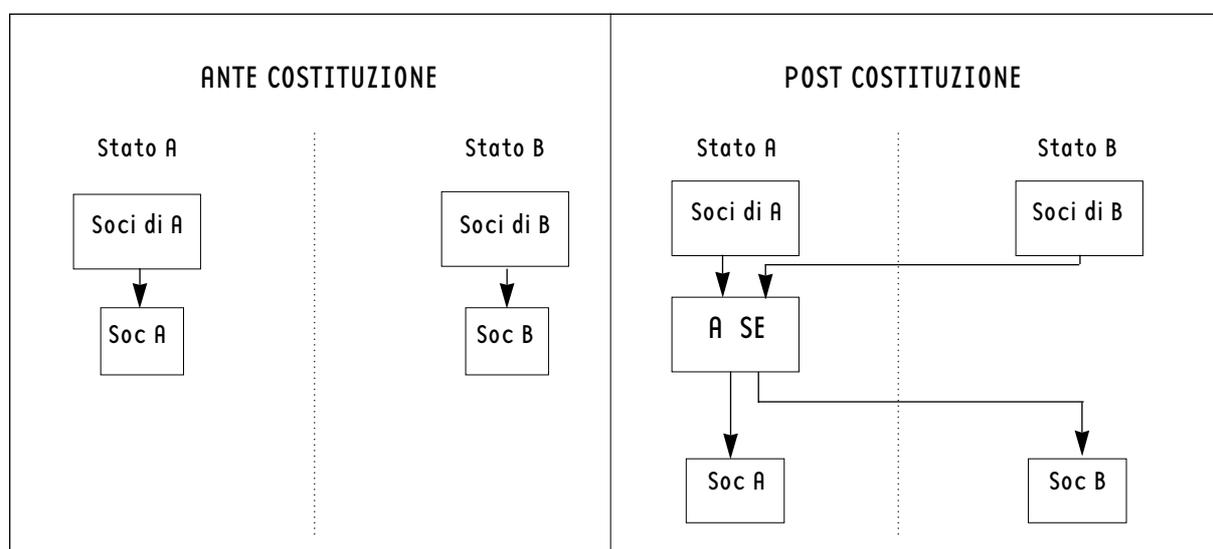
Il numero dei casi possibili impone, anche in tal caso, una scelta in termini di significatività, scelta che ci conduce, anche sulla scorta di quanto proposto in sede internazionale³², di limitare l'esame alle seguenti tre ipotesi, che verranno discusse nei successivi paragrafi:

³² Cfr. IBFD, *Survey*, cit.

- (a) conferimento di azioni di società localizzate in due Stati membri differenti a favore di una SE localizzata in uno dei due Stati membri;
- (b) conferimento di azioni di società localizzata in uno Stato membro da parte di una stabile organizzazione all'estero del socio, localizzata nel medesimo Stato membro, a favore di una SE localizzata in uno Stato terzo;
- (c) conferimento di azioni da parte di due società, localizzate nel medesimo Stato, l'una avente una stabile organizzazione e l'altra una società sussidiaria localizzate a loro volta nello stesso secondo Stato, a favore di una SE localizzata nel primo Stato.

4.2 La costituzione di una SE holding nello Stato di una delle società partecipanti

L'operazione può essere rappresentata graficamente come segue:



Come si può vedere, prima della costituzione la situazione è relativamente semplice: vi sono due società, A e B, residenti rispettivamente nello Stato A e nello Stato B, i cui soci sono residenti nello Stato in cui la società è localizzata. I soci di A e di B conferiscono le loro partecipazioni nella SE di nuova costituzione, avente sede nello Stato A, ottenendo in cambio azioni della SE, la quale assume la veste di holding per le società A e B.

Si possono fare al riguardo le seguenti notazioni:

- (a) i soci di B si trovano, dopo il conferimento, a percepire dividendi di fonte estera, con le conseguenze sopra indicate³³;
- (b) sia i soci di A sia i soci di B subiscono, per effetto del conferimento, una diluizione della percentuale di partecipazione, che può avere effetti fiscali penalizzanti, come sopra evidenziato³⁴;

³³ Cfr. *supra* § 3.2.

³⁴ Cfr. *supra* § 3.2.

- (c) a norma dell’art. 33 Reg., le partecipazioni conferite devono assicurare alla SE “più del 50% dei diritti di voto permanenti”; deve trattarsi, in altri termini, di partecipazioni di controllo;
- (d) il conferimento da parte dei soci di B ricade quindi nell’ambito applicativo del c.d. “scambio di azioni” previsto dalla direttiva fusioni, visto che la società conferitaria (ossia la SE) acquista, per effetto del conferimento, la maggioranza dei diritti di voto nella società B³⁵ e visto che l’operazione ha carattere transfrontaliero comunitario³⁶: ne consegue che per i soci conferenti (di B) vige il regime di neutralità fiscale, secondo il quale l’operazione di conferimento non dà luogo ad imposizione delle plusvalenze sulle partecipazioni e le azioni ricevute in cambio assumono il valore fiscalmente riconosciuto di quelle conferite;
- (e) nella panoramica degli ordinamenti fiscali comunitari, il principio di neutralità fiscale dello scambio di azioni comunitario è generalmente applicato, con l’unica (nota) eccezione del Belgio che non ha dato attuazione alla direttiva fusioni;
- (f) esistono tuttavia alcune limitazioni che potrebbero costituire ostacoli alla costituzione di una SE holding; in particolare³⁷:
 - (i) in Danimarca, in Francia e nei Paesi Bassi, è richiesta la previa approvazione dell’operazione da parte dell’autorità fiscale;
 - (ii) in Finlandia il regime di neutralità fiscale viene meno se il contribuente perde la residenza fiscale nel paese nei tre anni successivi all’operazione;
 - (iii) in Germania è posta la condizione che il valore fiscale delle azioni conferite sia mantenuto in regime di continuità da parte della società conferitaria;
 - (iv) in Grecia l’operazione di scambio è soggetta ad un’imposta di trasferimento del 5%;
- (g) per i soci di A, invece, l’operazione costituisce un conferimento “domestico” di partecipazioni, dato che i conferenti sono residenti, la partecipazione conferita è in una società residente e la società conferitaria è pure residente nel paese; di conseguenza, si applica il regime fiscale interno; nel diritto fiscale italiano, vigente e riformato, il conferimento in società è considerato “cessione a titolo oneroso”³⁸, con la conseguenza che esso è considerato evento idoneo ad integrare la fattispecie del realizzo delle plusvalenze latenti sulle partecipazioni conferite; per le persone fisiche, la tassazione avviene oggi mediante imposta sostitutiva del 12,50% per le partecipazioni non qualificate e del 27% per quelle qualificate; nel regime post riforma, il trattamento fiscale non muterà per le partecipazioni non qualificate mentre le plusvalenze su quelle qualificate concorreranno a formare il reddito complessivo del contribuente per il 40% del loro ammontare³⁹; per le società, la tassazione delle

³⁵ Art. 8 della direttiva fusioni.

³⁶ Art. 1 della direttiva fusioni.

³⁷ I dati comparatistici sono tratti da FEE, *Position Paper*; cit., e da IBFD, *Survey cit.*

³⁸ Art. 9, comma 5, t.u.i.r., che non risulta oggetto di modifiche nella bozza di decreto di riforma fiscale.

³⁹ Art. 67 bozza t.u.i.r. 2004.

- plusvalenze sarà integrale, a meno che non si tratti di partecipazioni immobilizzate detenute da almeno dodici mesi, nel qual caso la plusvalenza è esente da imposizione⁴⁰;
- (h) nella panoramica europea⁴¹ l'imposizione delle plusvalenze in sede di conferimento azionario domestico da parte di persone fisiche avviene in Finlandia, Francia e Paesi Bassi; negli altri paesi, l'esenzione è subordinata a particolari condizioni o alla previa approvazione dell'autorità fiscale;
 - (i) qualora il conferente sia una società, la maggioranza dei paesi comunitari accorda l'esenzione della plusvalenza, subordinatamente al superamento di certe soglie quantitative (con l'eccezione del Belgio, dell'Irlanda, del Lussemburgo) e, talora, alla previa approvazione dell'autorità fiscale; ad esempio:
 - (i) in Austria l'esenzione compete purché la partecipazione conferita rappresenti almeno il 25% del capitale della società partecipata o consenta al conferente di acquisire la maggioranza dei diritti di voto nella società conferitaria;
 - (ii) in Spagna, nei Paesi Bassi e in Svezia l'esenzione si applica soltanto se il conferente acquista la maggioranza del capitale della società conferitaria;
 - (iii) nel Regno Unito l'esenzione si estende a tutti i soggetti conferenti, siano essi società o persone fisiche, purché sia conferito almeno il 25% delle azioni della società oggetto del conferimento;
 - (iv) ulteriormente, in Germania, Finlandia e Spagna, l'esenzione spetta soltanto se la conferitaria acquista la maggioranza dei diritti di voto della società oggetto del conferimento, condizione questa peraltro richiesta anche dal Reg.;
 - (j) appare quindi di tutta evidenza che i soci di A potrebbero subire oneri fiscali per effetto del conferimento delle loro partecipazioni ad A SE, con la conseguenza che, nella loro prospettiva, appare preferibile conferire le azioni ad una SE avente sede in un altro Stato membro, beneficiando così della neutralità fiscale prevista per lo scambio di azioni comunitario;
 - (k) considerato che a norma dell'art. 7 del Reg. “la sede sociale della SE deve essere situata all'interno della Comunità, nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale”, appare evidente come la differenza di trattamento tra conferimenti domestici e conferimenti comunitari possa assumere, nella prospettiva della SE, una rilevanza tutt'affatto nuova;
 - (l) in particolare, se allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario non pare che la c.d. “discriminazione a rovescio”⁴² possa assumere, di per sé, carattere di illegittimità, nella prospettiva della SE tale discriminazione configura un ostacolo alla costituzione di SE e una distorsione nel mercato interno stante la pressione a localizzare la sede sociale della stessa in uno Stato diverso da quello di residenza della maggioranza dei soci conferenti, con

⁴⁰ Art. 88 bozza t.u.i.r. 2004.

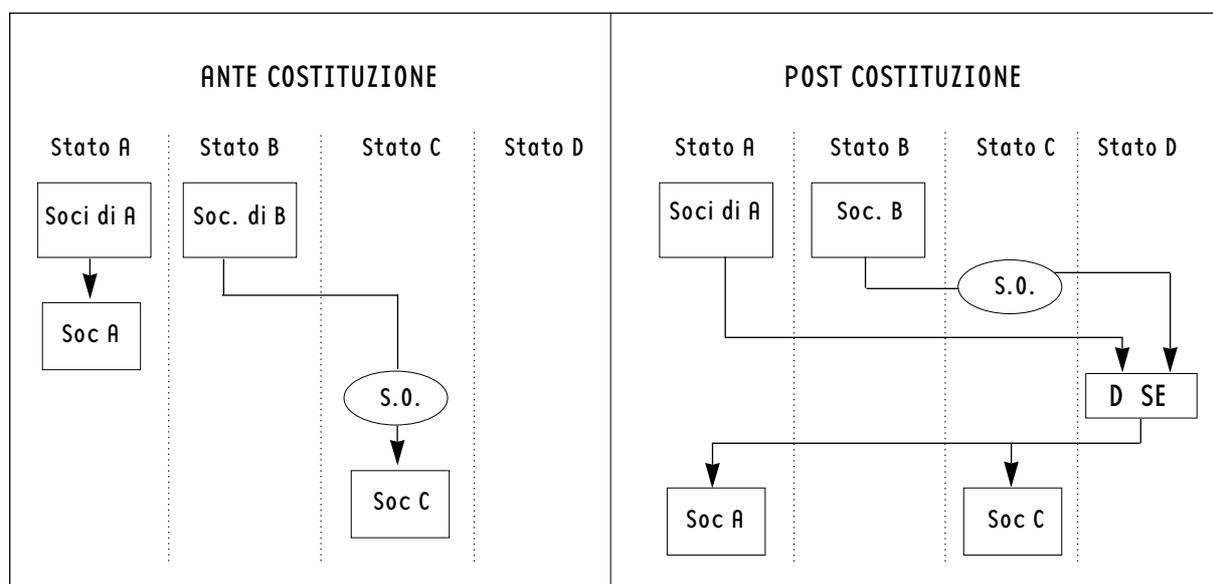
⁴¹ Cfr. FEE, *Position paper*, cit..

⁴² Come è noto si parla di “discriminazione a rovescio” con specifico riguardo all'imposizione sui redditi allorché il trattamento dei non residenti sia meno oneroso di quello previsto per i residenti.

ricadute anche in termini occupazionali e, più in generale, di allocazione delle risorse; in tal senso si potrebbe affermare che le diverse norme fiscali che trattano in termini peggiorativi i soci residenti nello stesso paese di localizzazione della SE danno luogo ad una limitazione ingiustificata delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE e quindi sono illegittime in quanto in contrasto con il diritto comunitario.

4.3 La costituzione di una SE holding in uno Stato terzo rispetto a quelli delle società partecipanti

L'operazione può essere rappresentata graficamente come segue⁴³:



In questo caso, i soci di A conferiscono le loro azioni nella società A, mentre le azioni nella società C sono conferite da una stabile organizzazione in C della società B.

Anche qui, per non ripetersi, si può richiamare quanto esposto nel paragrafo precedente, con le seguenti osservazioni aggiuntive:

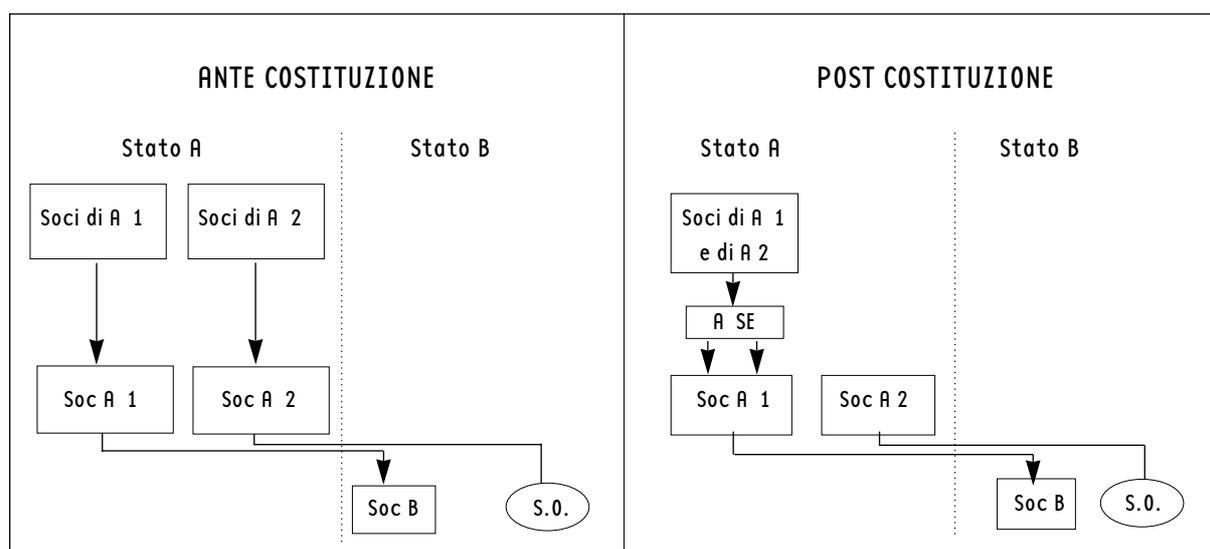
- (a) per entrambi i conferenti i dividendi diventano di fonte estera, così come per entrambi si verifica una diluizione della partecipazione;
- (b) nel caso di specie il regime proprio dello scambio azionario è quello comunitario, per cui è generalmente assicurata la neutralità del conferimento in termini di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti delle partecipazioni conferite, che vengono assunti dalle partecipazioni ricevute in cambio del conferimento;

⁴³ Cfr. IFBD, *Survey, cit., passim*.

- (c) il fatto che il conferimento sia fatto da una stabile organizzazione estera pone il problema della neutralità fiscale sia con riguardo alla stessa, sia nei confronti della casa madre estera: ipotizzando un sistema, come quello italiano, che assoggetta ad imposizione i redditi delle stabili organizzazioni estere⁴⁴ ciò non dovrebbe dar luogo ad alcuna conseguenza apprezzabile in termini impositivi, rendendosi applicabile per entrambe il regime di neutralità della direttiva fusioni

4.4 La costituzione di una SE holding nello Stato delle società partecipanti

L'operazione può essere rappresentata graficamente come segue⁴⁵:



In questo caso, i soci di A1 e di A2 conferiscono le loro partecipazioni nella società A SE. L'operazione ha quindi carattere interamente nazionale, non coinvolgendo alcun trasferimento né della società B né della stabile organizzazione di A2 in B.

In una prospettiva italiana ed assumendo il regime post riforma, abbiamo visto come il conferimento dia luogo ad imposizione della plusvalenze sulle partecipazioni conferite, salva l'ipotesi di esenzione prevista per quelle immobilizzate detenute da società da oltre un anno.

Ciò potrebbe indurre gli operatori a preferire una diversa localizzazione della SE, ad esempio nello Stato B, per beneficiare della neutralità fiscale del conferimento previsto dalla direttiva fusioni.

Possiamo qui affrontare il tema dell'applicazione di norme antielusive previste dalla normativa interna, tema che invero è comune a diversi casi sino ad ora esaminati.

⁴⁴ Come è noto, invece, in altri paesi, come la Francia e il Lussemburgo, le stabili organizzazioni estere sono esenti da imposizione nello Stato di residenza della sede principale.

⁴⁵ Cfr. IFBD, *Survey, cit., passim*.

Ipotizziamo che i soci delle due società italiane A1 e A2 decidano di effettuare il conferimento a favore di una SE localizzata nello Stato B anziché in Italia. Ipotizziamo altresì che siano assolutamente chiare e incontrovertibili le valide ragioni economiche che inducono alla costituzione della SE, ma che i soci confessino che la SE avrebbe ben potuto aver sede in Italia, ma che la sua localizzazione estera è stata scelta soltanto al fine di poter evitare l'applicazione dell'imposizione sui conferimenti e quindi al solo scopo di beneficiare del regime di neutralità fiscale previsto dalla direttiva fusione. In tal caso potrebbe essere applicabile, in prima battuta, l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, con l'effetto di rendere inopponibile l'operazione all'amministrazione finanziaria. Possiamo tuttavia discutere se, in questo specifico caso, la riserva in tema di applicazione delle clausole anti-abuso nazionali contenuta nell'art. 11 della direttiva fusioni si renda applicabile nel caso di specie. La norma comunitaria fa infatti salve le norme antielusive nazionali allorché le operazioni siano poste in essere senza valide ragioni economiche, quali la razionalizzazione o la ristrutturazione delle società partecipanti all'operazione. Ma, nell'esempio in esame, le valide ragioni economiche sul *se* fare l'operazione vi sono. Soltanto la localizzazione viene decisa allo scopo di superare un *ostacolo fiscale* alla sua realizzazione, ostacolo non presente allorché si segua non la via nazionale ma quella comunitaria.

Per tentare di prender posizione al riguardo occorre porre mente all'art. 11 della direttiva, ora richiamato, e leggerlo alla luce del primo “considerando” del Reg., per il quale “il completamento del mercato interno ed il miglioramento della situazione economica ... presuppongono, oltre all'eliminazione degli ostacoli agli scambi, una ristrutturazione dei fattori produttivi ... A questo scopo è *indispensabile* che le imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali possano progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria”⁴⁶. Occorre pure considerare il principio fissato dalla Corte di Giustizia nel caso *de Groot* per la quale il diritto comunitario non contiene specifici requisiti con riguardo ai mezzi con cui gli Stati membri debbano occuparsi della materia fiscale, eccezion fatta per il principio secondo cui la fiscalità non deve dar luogo a discriminazioni, dirette o indirette, sulla base della nazionalità, o a *ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali* garantite dal Trattato CE⁴⁷.

In questa prospettiva a noi pare che la norma nazionale che prevede un trattamento peggiore per i conferimenti a favore di una SE localizzata nello stesso Stato in cui risiedono i conferenti non possa essere considerata di per sé illegittima per il diritto comunitario. Cionondimeno, l'applicazione della norma antielusiva volta ad impedire la “via comunitaria” degli scambi di azioni, in presenza di valide ragioni economiche sulla necessità di porre in essere l'operazione, ma basata sull'assenza di valide ragioni per la localizzazione della sede della società europea in un altro Stato membro, a nostro avviso sarebbe contraria al diritto comunitario, in quanto costituirebbe un ostacolo alle libertà fondamentali del Trattato.

⁴⁶ Corsivo nostro.

⁴⁷ Cfr. C. Giust., 12 dicembre 2002, C – 385/00, in ECR, 2002, I, 11819.

5. La costituzione di una SE filiale

5.1 Esame dei sottocasi

La SE affiliata può essere creata come società figlia costituita da almeno due società di capitali aventi nazionalità di almeno due Stati membri differenti; oppure che abbiano da almeno due anni una società sussidiaria o una succursale in un altro Stato membro (quindi potrebbero essere anche due società aventi nazionalità nel medesimo paese).

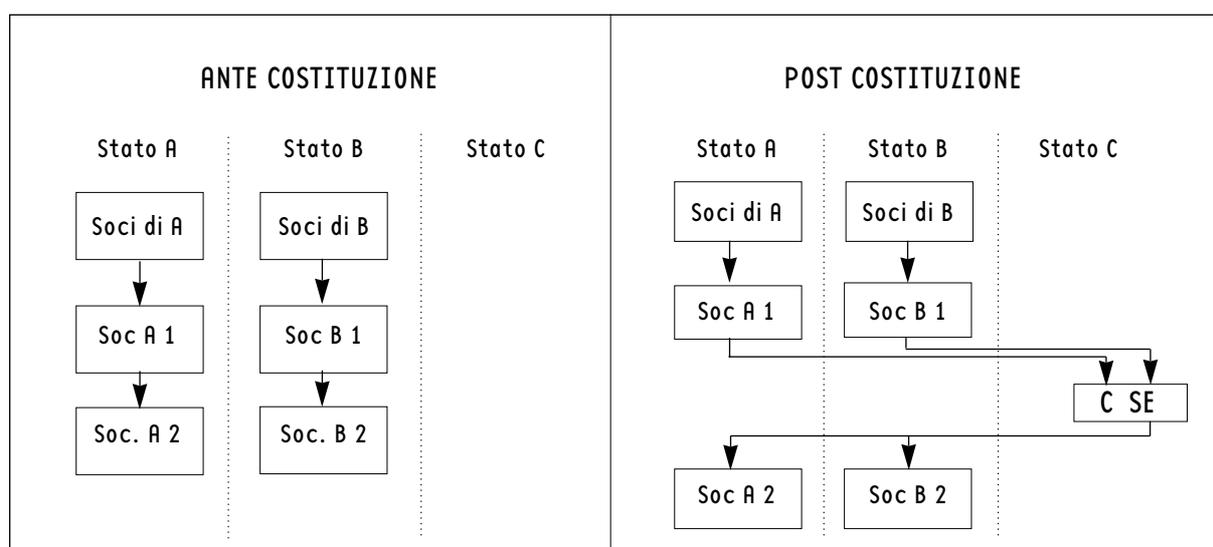
Si tratta quindi di realizzare, da parte delle società costituenti, un conferimento a favore della SE, che può consistere in partecipazioni in altre società, in denaro, in aziende o rami d'azienda, ovvero in altre attività.

Anche qui la società europea può essere localizzata o in uno dei due Stati delle società aventi nazionalità diversa, o nello Stato in cui hanno sede le società aventi una filiale o una succursale in altro Stato membro,

Possiamo sin d'ora rilevare come il conferimento di denaro e quello di singoli beni o attività non dia luogo a particolari problemi, risolvendosi il primo in un'operazione priva di effetti sul piano impositivo e considerandosi generalmente realizzate le plusvalenze derivanti dal conferimento dei secondi. Esamineremo quindi, nei prossimi paragrafi, le ipotesi afferenti il conferimento di partecipazioni e di aziende, ragionando, in relazione a ciascuna di esse, in funzione anche della localizzazione della sede della SE.

5.2 La costituzione di una SE filiale con conferimento di partecipazioni

L'operazione può essere rappresentata graficamente come segue:



Il caso prevede che le società A1 e B1 conferiscano le rispettive partecipazioni nella C SE, che diviene loro figlia, e a sua volta è holding intermedia di gruppo con riguardo alle società A2 e B2.

Si tratta dunque di un conferimento di partecipazioni da parte di società. I relativi profili fiscali possono essere esaminati in relazione all'ipotesi che la SE abbia sede in uno dei due Stati membri delle società socie – e che quindi, per una di esse, il conferimento avvenga in ambito domestico – oppure, come nella figura sopra indicata, che la SE abbia sede in uno Stato terzo. In questa prospettiva, con riguardo alle società conferenti, può essere apprezzato il grado di neutralità della normativa a seconda che l'operazione abbia carattere interno o transfrontaliero.

Nel diritto italiano vigente il conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento da parte di società può essere realizzato in regime di neutralità fiscale⁴⁸, ossia in termini analoghi a quanto avviene in ambito comunitario secondo la direttiva fusioni. Per la società conferente, quindi, non vi sono differenze tra operazioni in ambito nazionale e operazioni in ambito comunitario, di talché si può affermare che il regime fiscale, a tale riguardo, è neutrale, nel senso che non influenza – per tale ragione – le scelte di localizzazione della SE.

Negli altri Stati membri tale carattere di neutralità dei sistemi fiscali nazionali appare verificato, con l'unica eccezione del Belgio, per le ragioni già dette. In altri paesi, pur essendovi la neutralità, essa è subordinata a condizioni, quali:

- (a) in Danimarca e in Francia è richiesta la previa approvazione dell'operazione da parte dell'autorità fiscale;
- (b) in Germania è richiesto che il valore da attribuirsi alle azioni conferite sia pari a quello fiscalmente riconosciuto in capo al conferente;
- (c) in Grecia è applicabile la nota imposta sui trasferimenti del 5%.

Si tratta di valutare ora la neutralità dell'operazione in relazione al soggetto ricevente, in particolare per quanto attiene al valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita.

A questo riguardo si può rilevare che:

- (a) nell'ambito dei conferimenti domestici di partecipazioni in neutralità fiscale secondo il diritto italiano vigente, la SE conferitaria deve attribuire alle partecipazioni ricevute il valore fiscalmente riconosciuto che esse avevano per le conferenti; qualora la conferitaria attribuisca alla partecipazione ricevuta un valore maggiore, questo si considera anche quale valore di realizzo per la conferente;
- (b) la norma italiana è assai simile a quella francese, che appunto pone un collegamento tra valore di realizzo e valore attribuito alla partecipazione dalla conferitaria, e a quella olandese;
- (c) in Austria vige in generale il medesimo principio, salvo che in alcuni casi ove il valore da assumere ai fini fiscali è quello di mercato;
- (d) in Belgio, Danimarca, Germania, Irlanda, Spagna, Svezia e Regno Unito, le partecipazioni possono essere iscritte a valori correnti;
- (e) in Finlandia, Grecia, Lussemburgo e Portogallo mancano specifiche disposizioni, per cui si prospettano diverse soluzioni in via interpretativa.

⁴⁸ Art. 3 del d.lgs. n. 358 del 1997.

A questo riguardo occorre rilevare che le norme che impongono l’iscrizione della partecipazione in capo alla conferitaria allo stesso valore fiscale che essa aveva in capo alla conferente non realizzano la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti ma una doppia tassazione economica: la continuità deve sussistere soltanto in capo alla conferente, nel senso che alla partecipazione ricevuta in cambio del conferimento deve essere attribuito il valore fiscalmente riconosciuto che aveva quella conferita⁴⁹.

I sistemi che non consentono di iscrivere la partecipazione ricevuta dalla conferitaria a valore corrente, quindi, da un lato pongono un ostacolo fiscale alla costituzione della SE figlia, dando luogo a doppie imposizioni; dall’altro lato si presentano come “non neutrali”, poiché influenzano, in negativo, la possibile localizzazione della SE, la quale vedrà privilegiare quei paesi in cui tale fenomeno di doppia imposizione non si verifica.

Alla luce delle osservazioni sopra svolte possiamo quindi valutare la normativa fiscale italiana post riforma. Venuto meno il regime di neutralità fiscale, il conferimento dà luogo a plusvalenze esenti purché siano verificate le condizioni previste per il privilegio di affiliazione⁵⁰; la conferitaria assume quale valore fiscalmente riconosciuto quello corrente delle partecipazioni, valore che potrà assumere rilevanza in concreto, ai fini impositivi, allorché la partecipazione sia ceduta prima dei dodici mesi o sia iscritta nell’attivo circolante: in queste ipotesi, infatti, le plusvalenze sono tassabili e le minusvalenze sono deducibili.

Si deve quindi rilevare la perfetta neutralità del sistema fiscale italiano post riforma in termini di localizzazione della sede della SE. Anzi, tale neutralità dà luogo ad una caratteristica di *tax appeal* per lo stabilimento di sedi di società europee.

5.3 La costituzione di una SE filiale con conferimento di rami d’azienda

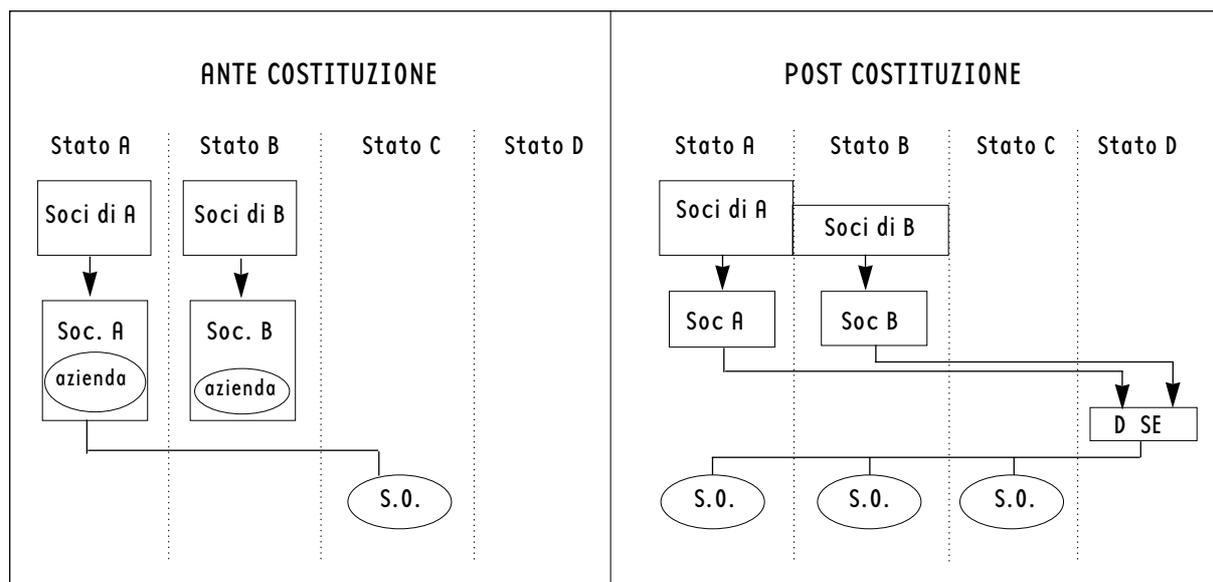
L’operazione può essere rappresentata graficamente come segue:

⁴⁹ Un esempio chiarirà meglio il problema. Si immagini che la società A1 abbia acquistato la partecipazione in A2 per 100; che la partecipazione si sia rivalutata a 180 e che questa venga conferita nella SE. La SE, poco dopo, vende a Z la partecipazione per 180. Contemporaneamente la società A1 vende a Z la partecipazione in SE per 180. Dall’operazione complessiva emerge una plusvalenza di 80, imputabile alla società A1. Difatti, la SE incassa 180 e il nuovo socio Z la mette in liquidazione, recuperando 180 che è pari all’importo pagato ad A1. Costui, liquidata la SE, si ritrova quindi con la partecipazione in A2, pagata 180, pari al suo valore corrente.

Nel caso in cui la società conferitaria abbia iscritto la partecipazione per 180, essa non realizzerà alcuna plusvalenza, che invece emergerà in capo ad A1 in sede di vendita della partecipazione nella SE.

Qualora invece la SE iscriva la partecipazione per 100, emerge una plusvalenza di 80 sia in sede di cessione della partecipazione in A2, sia per effetto della vendita, da parte di A1, della partecipazione in SE. Ne consegue che la plusvalenza è tassata due volte, una volta in capo ad A1 (correttamente) e una volta in capo alla SE (con doppia imposizione).

⁵⁰ Ossia, come già rilevato, il possesso della partecipazione per almeno dodici mesi e la sua classificazione come immobilizzazione finanziaria: art. 88 bozza t.u.i.r. 2004.



Come si può vedere, la società A conferisce alla SE un ramo d'azienda e la sua stabile organizzazione in C, mentre la società B conferisce il suo ramo d'azienda.

Nell'ambito della direttiva fusioni, la neutralità fiscale è assicurata purché i rami d'azienda confluiscono in stabili organizzazioni nel paese in cui essi erano localizzati, secondo le norme per i trasferimenti di attivo⁵¹.

La normativa italiana, vigente e riformata, confermano la “condizione” della stabile organizzazione e quindi appaiono, sotto questo profilo, rispettose del principio fissato dalla direttiva⁵².

Per altro verso, i valori fiscalmente riconosciuti delle attività e passività afferenti il ramo d'azienda conferito si mantengono in regime di continuità nei confronti della società conferitaria; anche le riserve in sospensione d'imposta mantengono il loro status fiscale⁵³.

In questo tipo di operazione, non si dovrebbe porre un problema di riporto delle perdite, che attengono al soggetto e non al ramo d'azienda. Poiché con il conferimento il soggetto conferente continua ad esistere, sarà costui ad avere il diritto di riporto delle perdite.

Nella panoramica degli ordinamenti fiscali europei si può rilevare che:

- (a) il *principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti* tra conferente e conferitaria è rispettato in tutti i paesi membri; tuttavia, se nella maggior parte di essi questo opera automaticamente, in Danimarca e in Francia è richiesta la previa approvazione dell'autorità fiscale all'operazione, mentre nei Paesi Bassi l'applicazione del principio è subordinata alla condizione che la partecipazione ricevuta dalla società conferente e le partecipazioni nella stessa società non siano cedute prima del compimento di un triennio; in Svezia la normativa contiene alcune limitazioni derivanti sia dalla necessità di previa richiesta dell'autorità fiscale, sia dalla natura delle attività conferite;

⁵¹ Art. 4 della direttiva fusioni.

⁵² Cfr. l'art. 2, comma 7, del d.lgs. n. 544 del 1992 e l'art. 181, comma 6, della bozza di t.u.i.r. 2004.

⁵³ Art. 3 del d.lgs. n. 544 del 1992 e art. 183 della bozza di t.u.i.r. 2004.

- (b) il *principio di mantenimento dello status fiscale delle riserve* esenti e in sospensione d'imposta opera generalmente in tutti i paesi, salvo in quelli che non prevedono tali tipologie di riserve (Danimarca, Irlanda, Spagna e Regno Unito); in Francia e in Svezia deve essere formulata espressa richiesta in tal senso all'autorità fiscale;
- (c) alcuni Stati consentono che il ramo d'azienda conferito mantenga il diritto al *riporto delle perdite*: si tratta di una specifica scelta sistematica (ossia la rilevanza delle perdite in relazione all'oggetto piuttosto che al soggetto) dei singoli ordinamenti, la quale può assumere rilievo ai fini del diritto comunitario soltanto allorché tale diritto sia previsto per le operazioni in ambito nazionale e negato per le operazioni in ambito transnazionale, dando luogo a discriminazioni illegittime; in particolare:
- (i) il Belgio, la Danimarca, la Finlandia, la Germania, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, la Spagna e la Svezia non consentono il riporto delle perdite in caso di conferimento di ramo d'azienda da parte della conferitaria, né per le operazioni domestiche, né per quelle internazionali;
 - (ii) l'Austria, l'Irlanda e il Regno Unito, seppure con alcune limitazioni, lo consentono per entrambe le ipotesi;
 - (iii) la Francia e il Portogallo lo consentono previa approvazione dell'autorità fiscale;
 - (iv) la Grecia opera in termini discriminatori, consentendolo per le operazioni nazionali e negandolo per quelle comunitarie.

Il conferimento della stabile organizzazione in C, da parte di A, dà luogo invece ad imposizione nello Stato A, giacché questo perde ogni diritto alla futura imposizione delle plusvalenze realizzate. Tuttavia, come si è già visto in precedenza, dall'imposta dovuta deve essere detratto il credito d'imposta “figurativo” per evitare una doppia imposizione nello Stato di residenza e in quello della fonte⁵⁴. Il diritto fiscale italiano, vigente e riformato, è in linea con i dettami della direttiva fusioni⁵⁵. Nella panoramica degli ordinamenti europei, deve essere evidenziato come la tassazione in capo alla conferente delle plusvalenze afferenti una stabile organizzazione in uno Stato terzo dipende dal sistema utilizzato dal paese della conferente per evitare la doppia imposizione: chi applica il sistema di tassazione del reddito mondiale con credito d'imposta per i tributi assolti all'estero, normalmente assoggetta ad imposizione la plusvalenza; chi, all'opposto, utilizza il criterio dell'esenzione dei redditi della stabile organizzazione non applica imposizioni in sede di conferimento della stessa. In particolare:

- (a) l'Austria, la Francia, il Lussemburgo, i Paesi Bassi e la Spagna, non tassando i redditi della stabile organizzazione all'estero, neppure assoggettano ad imposizione le plusvalenze derivanti dal suo conferimento;

⁵⁴ Relativamente alla compatibilità di tale disposizione con la libertà di stabilimento si rinvia alle osservazioni critiche svolte nei paragrafi dedicati alla costituzione della SE mediante fusione.

⁵⁵ Cfr. art. 2, comma 6, del d.lgs. n. 544 del 1992 e art. 181, comma 5, della bozza di t.u.i.r. 2004.

- (b) il Belgio e la Germania assoggettano ad imposizione le plusvalenze, concedendo tuttavia esenzioni per evitare doppie imposizioni in caso di tassazione nello Stato della fonte;
- (c) la Danimarca assoggetta le plusvalenze a tassazione, ad eccezione del conferimento di stabili organizzazioni site in Francia, Germania e Spagna, poiché i relativi trattati contro la doppia imposizione prevedono l'applicazione del metodo dell'esenzione; analogo principio vige in Finlandia;
- (d) la Grecia, l'Irlanda, il Portogallo, la Svezia e il Regno Unito tassano invece la plusvalenza.

6. La trasformazione di società in SE

Infine, la società europea può nascere per trasformazione di una società che abbia da almeno due anni una sussidiaria in altro Stato della Comunità. Si tratta quindi di un'ipotesi di trasformazione di forma giuridica, che in Italia è considerata neutrale sia per la società, sia per i soci; questo principio è previsto tanto nel diritto oggi vigente quanto in quello riformato, e quindi l'operazione di trasformazione non dà luogo a particolari problemi⁵⁶.

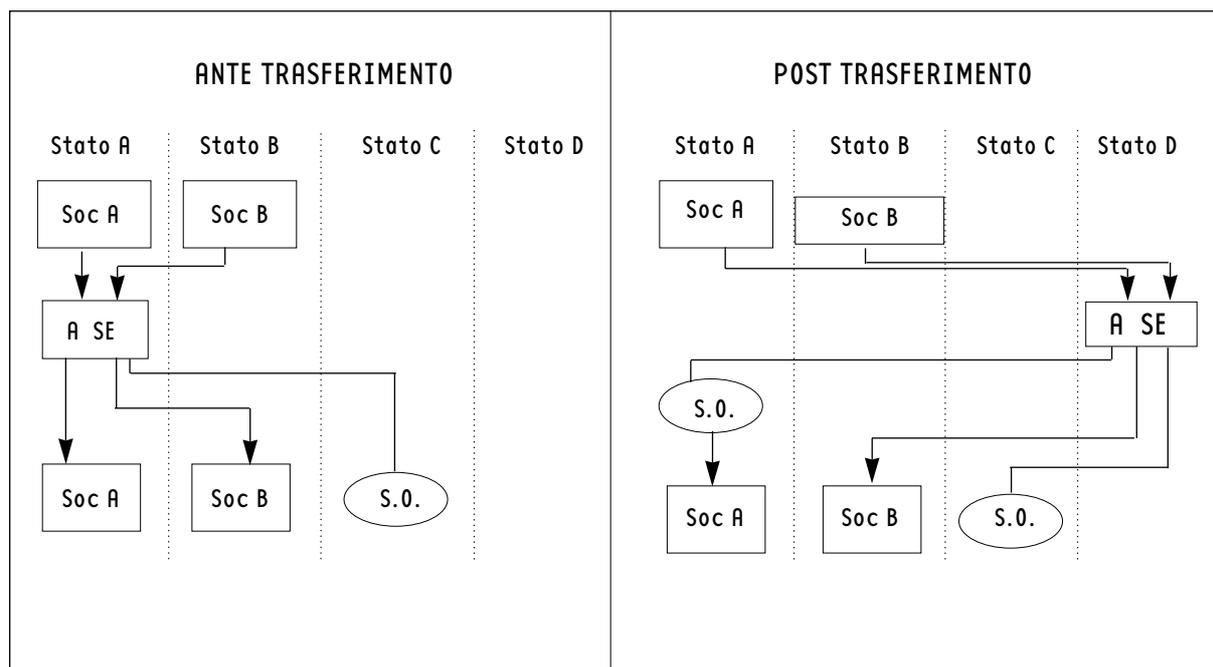
Nel diritto fiscale comparato europeo, il principio di neutralità della trasformazione sia per la società sia per i soci è vigente in tutti gli Stati membri.

7. Il trasferimento della sede sociale di una SE

Ultimato l'esame dei problemi afferenti la costituzione della società europea, occorre ricordare che la relativa normativa di diritto societario comunitario prevede per la prima volta in termini espliciti la possibilità per la società europea di trasferire la sua sede sociale da uno Stato membro ad un altro Stato membro, senza che ciò dia luogo a scioglimento nel paese di emigrazione e a nuova costituzione in quello di immigrazione (art. 8 Reg.).

Possiamo osservare graficamente l'operazione, per individuare i problemi che tale trasferimento comporta.

⁵⁶ Art. 122 t.u.i.r. e art. 172 della bozza di t.u.i.r. 2004.



La SE, prima del trasferimento, è residente nello Stato A ed è titolare di una partecipazione nelle sussidiarie A e B e di una stabile organizzazione in C.

A seguito del trasferimento della sua sede dallo Stato A allo Stato D, l'azienda localizzata nello Stato A confluisce in una stabile organizzazione, alla quale viene anche imputata la partecipazione nella società A. La SE mantiene la partecipazione nella sussidiaria B e nella stabile organizzazione in C.

La direttiva fusioni non contiene norme specifiche in tema di trasferimento della residenza fiscale, anche se nelle negoziazioni attualmente in corso per la sua modifica è previsto l'inserimento di una disposizione secondo la quale il trasferimento è fiscalmente neutro subordinatamente alla condizione che le attività e passività della società trasferita confluiscono in una stabile organizzazione nello Stato di emigrazione. La tassazione, quindi, dovrebbe essere limitata alle plusvalenze afferenti le stabili organizzazioni e le altre attività estere, visto che per effetto del trasferimento della residenza fiscale lo Stato di emigrazione perderebbe il diritto di tassare in futuro le plusvalenze. Tale tassazione, tuttavia, dovrebbe prevedere, analogamente alla norma già oggi contenuta nella direttiva fusioni in tema d'imposizione del trasferimento nella titolarità di stabili organizzazioni estere, la concessione di un credito d'imposta figurativo ad evitare una doppia imposizione, prima in sede di trasferimento della residenza fiscale della SE e poi in sede di realizzazione dei beni esteri da parte dello Stato della fonte.

Il diritto fiscale italiano, nella sua versione oggi vigente e in quella riformata, si pone in termini abbastanza evoluti al riguardo, contenendo una norma specifica sul trasferimento di sede, in base alla quale non vi è tassazione alla condizione che le attività e passività della società trasferita all'estero confluiscono in una stabile organizzazione in Italia; purché siano ricostituite nell'ambito di questa, anche le riserve godenti di regimi fiscali agevolativi mantengono il loro status fiscale⁵⁷.

⁵⁷ Art. 20-bis t.u.i.r., sostanzialmente riprodotto nell'art. 168 della bozza di t.u.i.r. 2004.

Peraltro, sono assoggettate necessariamente ad imposizione le plusvalenze afferenti le stabili organizzazioni all'estero e – in via interpretativa – quelle relative ai beni situati all'estero diversi dalle stabili organizzazioni. Sempre in via interpretativa si può affermare che i soci residenti della società emigrata non subiscono imposizioni per effetto dell'emigrazione⁵⁸.

La normativa italiana, tuttavia, si rivela carente sotto due profili.

In primo luogo non consente, a differenza di quella comunitaria, la deduzione dall'imposta italiana sulle plusvalenze delle stabili organizzazioni estere il tributo estero “figurativo” che potrebbe essere percepito nello Stato della fonte all'atto del realizzo, generando così un rischio di doppia imposizione, di difficile soluzione anche alla luce dei trattati contro la doppia imposizione⁵⁹. La norma interna sul credito d'imposta estero parrebbe risolvere questo problema, laddove consente una nuova determinazione dell'imposta italiana allorché il tributo estero sia stato assolto in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il reddito ha concorso a formare l'imponibile italiano⁶⁰, ma dubbi comunque permangono, anche in relazione al fatto che si tratterebbe di presupposti diversi: la fuoriuscita dei beni dal regime dell'impresa a seguito del trasferimento di residenza fiscale e il realizzo di plusvalori a seguito dell'alienazione di detti beni.

In secondo luogo, essa tace completamente in relazione al caso opposto, ossia quando la SE si trasferisca in Italia, su quale sia il valore fiscalmente riconosciuto delle attività e passività della SE, se il loro valore corrente al momento del trasferimento o il loro costo storico: nel sistema vi sono chiari riferimenti alla prevalenza del criterio del costo⁶¹ anche se da un punto di vista sistematico non si vede come possa il nostro paese pretendere di tassare, al momento del realizzo, anche quella quota dei plusvalori su attività estere che sia maturata anteriormente al trasferimento in Italia della SE.

La situazione in sede europea, invero, si presenta in termini ancor più problematici; in particolare:

- (a) nella maggior parte dei paesi europei il trasferimento all'estero della residenza fiscale viene qualificato fiscalmente come *scioglimento della società*: ciò avviene in Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Spagna e Svezia;
- (b) in alcuni dei paesi sopra indicati sub (a) la tassazione delle plusvalenze latenti avviene anche se le attività confluiscono in una stabile organizzazione

⁵⁸ Difatti per questi i dividendi e le plusvalenze su partecipazioni continuano ad essere soggetti a tassazione in Italia, nonostante l'emigrazione della società.

⁵⁹ Difatti, se dopo alcuni anni si verifica il realizzo nello Stato della fonte dei beni relativi alla stabile organizzazione, questo tasserà le plusvalenze, ma non sarà tenuto a riconoscere il credito d'imposta, riconoscimento che compete allo Stato di residenza. Lo Stato di (nuova) residenza, allorché applichi come l'Italia un sistema d'imposizione su base mondiale, avrà diritto di tassare le stesse plusvalenze, riconoscendo il credito d'imposta per i tributi assolti nello Stato della fonte. La convenzione tra Stato della fonte ed Italia non sarà invece più applicabile, dato che la società non è (più) residente in Italia.

⁶⁰ Art. 15 t.u.i.r. e art. 167, comma 7, della bozza di t.u.i.r. 2004.

⁶¹ Riferimenti normativi di carattere generale sono contenuti oggi nell'art. 76 t.u.i.r., che fa chiaro riferimento al criterio del costo, e nell'art. 77 che, limitatamente ai beni strumentali dell'impresa individuale provenienti dal patrimonio personale dell'imprenditore, di nuovo assume il criterio del costo, mediante il rinvio operato al d.p.r. n. 689 del 1974.

- nel paese di emigrazione: ciò accade in Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania e Svezia;
- (c) i paesi che non considerano il trasferimento della sede all'estero come scioglimento generalmente non tassano le plusvalenze dei beni che confluiscono in una stabile organizzazione ivi situata (Austria, Irlanda, Paesi Bassi, Regno Unito);
 - (d) soltanto il Portogallo rinuncia a tassare le plusvalenze a seguito di emigrazione della società, anche in assenza di stabile organizzazione nel suo territorio;
 - (e) nella maggior parte dei paesi che equiparano l'emigrazione della società al suo scioglimento [indicati *supra* sub (a)] il trasferimento di sede all'estero ha effetti fiscali anche in capo ai soci (Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Spagna e Svezia);
 - (f) nei Paesi Bassi, nonostante il trasferimento della sede all'estero non sia equiparato allo scioglimento e sia prevista la “condizione” della stabile organizzazione, l'emigrazione presenta comunque effetti fiscali per i soci;
 - (g) in caso di immigrazione di società, il valore fiscalmente riconosciuto delle attività e passività della stessa è:
 - (i) pari al loro valore corrente di mercato in Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Svezia e, a certe condizioni, in Irlanda Portogallo e Regno Unito;
 - (ii) oggetto di controversie interpretative della normativa – come avviene appunto in Italia – in Austria, Belgio, Grecia e Spagna.

8. Considerazioni conclusive

L'esame delle problematiche qui svolto ha già messo in luce diversi problemi fiscali afferenti la costituzione e il funzionamento della SE in diversi Stati membri, derivanti dalla mancata o impropria attuazione della direttiva fusioni e dall'insufficienza di molte normative interne ad evitare ostacoli o penalizzazioni alle operazioni che coinvolgono la società europea.

Con particolare riguardo alla mancata o impropria attuazione delle direttive comunitarie la situazione in ambito europeo, recentemente “catalogata”⁶², e dà luogo a situazioni tutt'altro che soddisfacenti; ecco qui riassunta la “pagella”:

- (a) i paesi che hanno correttamente dato attuazione alla direttiva fusioni e che prevedono un trattamento fiscale coerente per il trasferimento di sede sono l'Irlanda, il Lussemburgo, i Paesi Bassi e il Portogallo;
- (b) i paesi che hanno dato attuato correttamente la direttiva ma che tassano i trasferimenti di sede nonostante il mantenimento della stabile organizzazione nel loro territorio sono la Danimarca, la Finlandia e la Francia;

⁶² Cfr. IBFD, *Survey, cit.*, 41 e ss.

- (c) i paesi che evidenziano casi di impropria attuazione della direttiva sono l’Austria⁶³, la Spagna⁶⁴, la Svezia⁶⁵, il Regno Unito⁶⁶;
- (d) la Grecia presenta diversi casi di attuazione non corretta della direttiva fusioni⁶⁷;
- (e) la Germania non ha attuato la direttiva fusioni, anche se il suo ordinamento interno è in linea con le disposizioni comunitarie con riguardo ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni; inoltre, si verifica la tassazione in caso di emigrazione di società nonostante il mantenimento di una stabile organizzazione e si configura un trattamento discriminatorio in punto di riporto delle perdite tra fusioni nazionali e fusioni comunitarie;
- (f) il “voto peggiore” si deve dare al Belgio, che non ha attuato la direttiva fusioni⁶⁸, disciplina le fusioni in termini discriminatori⁶⁹ e tassa il trasferimento di sede anche nel caso di mantenimento della stabile organizzazione nel suo territorio.

Ulteriormente, sono stati evidenziati diversi casi di mancanza di neutralità dei sistemi fiscali, il cui effetto sarà quello di influenzare, per ragioni fiscali e a prescindere dal livello di tassazione effettivo della società, la localizzazione della SE. In particolare, i problemi più rilevanti possono essere riepilogati nei seguenti termini⁷⁰:

- (a) alcuni paesi non consentono la possibilità per le persone fisiche di effettuare conferimenti di partecipazioni a favore di società in regime di neutralità fiscale: si tratta della Finlandia, della Francia, dell’Italia, dei Paesi Bassi;
- (b) in Finlandia e in Francia tale limitazione si verifica anche in caso di società;
- (c) diversi paesi attuano trattamenti discriminatori nell’imposizione, in capo alle persone fisiche dei dividendi di fonte estera rispetto a quelli di fonte interna (Austria, Belgio, Spagna, Finlandia, Francia, Regno Unito);
- (d) simili discriminazioni si ripetono, negli stessi paesi e con l’aggiunta dell’Irlanda, quando il socio sia una società;
- (e) in molti paesi le regole – di fonte normativa o derivanti, in pratica, da prassi amministrative – per la tassazione delle stabili organizzazioni di soggetti esteri hanno carattere penalizzante rispetto alla tassazione di una società sussidiaria (Belgio, Danimarca, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi);

63 Mancato riconoscimento del credito d’imposta “figurativo” nella tassazione dei plusvalori delle stabili organizzazioni estere, in violazione dell’art. 10 della direttiva fusioni.

64 Non è chiaro il regime di riporto delle perdite in ambito comunitario.

65 In caso di conferimento di azienda comunitario il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti si applica solo alle immobilizzazioni materiali ma non alle voci del circolante e ai beni immateriali.

66 Viene negata la continuità dei valori fiscali in caso di fusioni comunitarie e la neutralità del concambio per gli azionisti è subordinata al requisito, non previsto dalla direttiva, che l’operazione si configuri come riorganizzazione secondo il diritto interno.

67 In particolare, consente il riporto delle perdite in caso di fusioni nazionali ma non in quelle comunitarie, in caso di conferimento di azienda a favore di società nazionale ma non a favore di società estera o in caso di mutamento nella titolarità di una stabile organizzazione in Grecia di società estere.

68 Non consentendo quindi la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, il mantenimento dello status fiscale delle riserve oggetto di agevolazioni, il riporto delle perdite, la neutralità fiscale del concambio.

69 Il riporto delle perdite è previsto nelle fusioni nazionali e negato per quelle transfrontaliere.

70 Cfr FEE, *Position paper, cit., passim*.

- (f) in molti paesi la soglia minima di partecipazione per beneficiare dell'esenzione o di altri sistemi per evitare la doppia imposizione per i dividendi distribuiti da società estere è fissata a livelli compresi tra il 5% (Belgio, Spagna, Paesi Bassi) e il 25% (Austria, Finlandia, Svezia).

Il sistema fiscale italiano oggi vigente presenta diverse lacune e vari profili di illegittimità per violazione del diritto comunitario, sui quali, vista la sua imminente modifica, non è ulteriormente il caso di indugiare.

Quello in corso di riforma appare invece assai progredito, dotato di adeguate caratteristiche di neutralità e, quindi, in ultima analisi, tra i più avanzati in Europa con riguardo ai problemi evidenziati. Occorre tuttavia a nostro avviso intervenire ancora su alcuni punti:

- (a) armonizzare l'aliquota della ritenuta alla fonte sui dividendi, operata a titolo d'imposta, fissandola all'unico livello del 12,50% (per le partecipazioni non qualificate), come è previsto oggi per i residenti, eliminando quindi la discriminazione a danno dei non residenti, tassati al 27%;
- (b) prevedere che il regime di neutralità fiscale si applichi per tutti i conferimenti di partecipazioni sociali, a prescindere sia dalla percentuale di partecipazione conferita o ottenuta in cambio, sia dal fatto che l'operazione sia effettuata da persone fisiche o società; il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite verrebbe trasferito a quelle ricevute in cambio, senza che si verificino salti d'imposta;
- (c) formulare una norma in tema di determinazione del valore fiscalmente riconosciuto nei casi di trasferimento in Italia di società aventi in precedenza la loro residenza fiscale estera, prevedendo che detto valore debba corrispondere a quello di mercato al momento dell'immigrazione.