

Artt. 172, 178 e 179, D.P.R. n. 917/1986
Interpello 28 gennaio 2019, n. 11

Alessandro Germani

Implicazioni fiscali delle fusioni transfrontaliere in entrata e in uscita

La disciplina fiscale delle fusioni transfrontaliere

Le fusioni transfrontaliere sono disciplinate per quanto concerne gli aspetti civilistici dal decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, di attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. La disciplina, seppur con talune peculiarità, ricalca essenzialmente quella domestica di cui agli artt. 2501 ss. c.c. Un aspetto importante è la distinzione dei casi in cui l'incorporante sia una società domestica rispetto a quelli in cui sia una società estera. Ciò in particolare per quanto concerne l'efficacia della fusione, in quanto se l'incorporante è domestica allora si applicano le regole nazionali, mentre se è estera occorre andare a verificare la giurisdizione dell'altro Stato in cui risiede l'incorporante.

Sotto il profilo fiscale occorre analizzare *in primis* l'art. 178 del Tuir, con riguardo alle due fattispecie individuate alle lettere a) e d) del predetto articolo.

Fusioni transfrontaliere di società

La predetta lettera a) individua fra i soggetti nazionali destinatari della fusione transnazionale i seguenti soggetti residenti nel territorio dello Stato:

- > le società per azioni;
- > le società in accomandita per azioni;
- > le società a responsabilità limitata;
- > le società cooperative e di mutua assicurazione;
- > gli enti pubblici e privati aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Per ciò che concerne, invece, i soggetti esteri che intervengono nell'operazione, deve trattarsi di soggetti residenti in altri Stati membri della Comunità econo-

La disciplina delle fusioni transfrontaliere è contenuta negli artt. 178 e 179 Tuir che fanno rimando alle fusioni domestiche di cui all'art. 172 Tuir. La **neutralità fiscale** di queste operazioni quando l'incorporante è estera ma il compendio aziendale è destinato ad una **stabile organizzazione in Italia** del soggetto incorporante non residente è confermata anche a seguito delle modifiche introdotte dalla direttiva Atad. Per le fusioni transfrontaliere in entrata, invece, importanti chiarimenti sono contenuti nel recente interpello n. 11, che conferma, al ricorrere di determinate condizioni, la regola dell'ingresso dei valori di mercato.

mica europea, purché non si considerino, per convenzione in materia di doppia imposizione con Stati terzi, residenti fuori della Comunità. La norma in relazione ai soggetti esteri pone una duplice condizione:

- > che appartengano alle categorie indicate nella tabella A allegata al Tuir,
- > che siano assoggettati alle imposte della tabella B senza possibilità di opzione¹⁾

purché nel concambio l'eventuale conguaglio spettante ai soci non superi il 10% del valore nominale della partecipazione ricevuta.

Fusioni transfrontaliere con stabili organizzazioni

La successiva lettera d) disciplina le operazioni indicate nelle lettere precedenti tra soggetti di cui alla lettera a) non residenti nel territorio dello Stato, con riguardo tuttavia alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato oggetto delle operazioni stesse. In altre parole si tratta delle fattispecie relative alle fusioni (lettera a), alle scissioni totali (lettera b), alle scissioni parziali (lettera b-bis), ai conferimenti di aziende e rami aziendali (lettera c). Per ciò che concerne, in particolare, le operazioni di fusione transfrontaliera, questa fattispecie riguarda appunto quelle fra soggetti non residenti con riguardo al-

1. Entrambe le tabelle sono allegata al decreto legislativo n. 544 del 30 dicembre 1992.

le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato. Tale fattispecie è da considerarsi molto frequente nel caso delle multinazionali, che sono spesso orga-

nizzate in *branch* anziché in *subsidiaries* per evidenti ragioni di flessibilità e semplificazione societaria (esempio 1).

ESEMPIO 1. CASI DI FUSIONI CON SOCIETÀ O CON STABILI ORGANIZZAZIONI

Operazione transfrontaliera di cui alla lettera a) dell'articolo 178 Tuir (società)

Fusione per incorporazione di *société anonyme* di diritto francese (ordinariamente assoggettata ad *impot sur les sociétés* in Francia) e società per azioni residente in Italia.

Operazione transfrontaliera di cui alla lettera d) dell'articolo 178 Tuir (branch)

Fusione per incorporazione di "*naamloze vennootschap*" di diritto olandese (ordinariamente assoggettata a *Vennootschapsbelasting* nei Paesi Bassi) e "*société anonyme*" di diritto francese (ordinariamente assoggettata ad *impot sur les sociétés* in Francia) una delle quali (o entrambe) dispongano di una stabile organizzazione in Italia.

Le altre disposizioni sulle fusioni transfrontaliere

Per ciò che concerne, in particolare, le fusioni transfrontaliere l'ar. 179, comma 1, Tuir richiama le disposizioni domestiche di cui all'art. 172 Tuir, che sono pertanto applicabili anche alle operazioni transnazionali.

Il successivo comma 3 dell'art. 179 pone delle regole, valide anche per le fusioni transnazionali, afferenti al cosiddetto *tax notional credit*². Nel caso in cui la società italiana destinata ad essere incorporata o fusa eserciti la propria attività d'impresa all'estero mediante una stabile organizzazione, viene meno il regime di neutralità fiscale della fusione transnazionale. Poiché a seguito della fusione l'Italia rinuncia alla propria potestà impositiva sui redditi futuri generati dalla *branch*, ai sensi dell'art. 179, comma 3, Tuir, essa impone di tassare al valore normale le plusvalenze ascrivibili a detta stabile organizzazione. Parallelamente a tale tassazione, la normativa italiana prevede la concessione di un credito figurativo non subordinato all'effettivo assolvimento dell'imposta estera, ma solo correlato all'imposta che lo Stato della stabile organizzazione estera avrebbe applicato se non si fosse applicata la Direttiva. Teoricamente attraverso questo credito sull'imposta estera "virtuale" si dovrebbe arrivare ad azzerare l'imposta italiana dovuta. Per inciso giova segnalare che la seconda parte del citato comma riguarda il caso speculare in

cui la società italiana trasferisca all'estero la propria residenza fiscale, perché anche in questo caso è riconosciuto il citato *tax notional credit*. Ciò è stato di recente confermato dall'interpello n. 73 del 20 novembre 2018³.

Il comma 4 dell'art. 179 ribadisce anche per le fusioni transfrontaliere le stesse regole di neutralità in capo ai soci che sono fissate in chiave domestica, prevedendosi che il valore fiscale delle partecipazioni date in cambio venga assunto dalle azioni o quote ricevute, ripartendosi tra tutte in proporzione dei valori alle stesse attribuiti ai fini della determinazione del rapporto di cambio.

L'art. 180 del Tuir stabilisce poi la tassazione delle riserve in sospensione d'imposta presenti nel bilancio delle imprese che effettuano operazioni straordinarie intracomunitarie (comprese quindi le fusioni transnazionali), nella misura in cui tali riserve non siano ricostituite nelle scritture contabili della stabile organizzazione che resta in Italia.

Infine anche per le fusioni transfrontaliere, similmente a quanto accade per le domestiche, l'art. 181 del Tuir stabilisce un limite al riporto delle perdite fiscali (nonché delle eccedenze degli interessi indeducibili e dell'Ace) in capo al soggetto non residente, richiamando infatti l'art. 172, comma 7, Tuir e stabilendo che la relativa deducibilità sia proporzionale alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo

2. Cfr. C. Sallustio, *Il c.d. notional tax credit previsto dall'art. 179, comma 3, del t.u.i.r. Profili di diritto tributario italiano e comunitario*, *Rassegna Tributaria*, 4 / 2011, p. 966; M. Giaconia - D. Chiesa, *Fusioni transnazionali: "slalom" fra vincoli fiscali e lacune normative*, *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 11 / 2011, p. 5.

3. Cfr. A. Germani, *Chi trasloca la sede negli ultimi sei mesi paga le tasse in Italia*, *Il Sole 24 Ore* del 21 novembre 2018.

vo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza.

La neutralità fiscale delle fusioni transfrontaliere in uscita

Il previgente comma 6 dell'art. 179 del Tuir stabiliva che le operazioni transfrontaliere fossero tassate a meno che gli elementi aziendali non confluissero in una stabile organizzazione in Italia o ne fossero successivamente distolti. Questa semplice regola riguardava tutte le operazioni transfrontaliere fra cui evidentemente anche le fusioni⁴. La logica di questa disposizione risponde al fatto che, se a seguito di una fusione transfrontaliera il compendio aziendale confluisce in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, la neutralità fiscale dell'operazione è salvaguardata.

La direttiva Atad, che è intervenuta a regolare differenti tematiche di fiscalità internazionale, per quanto riguarda in particolare il regime di neutralità fiscale delle operazioni transnazionali, ha abrogato il citato comma 6 dell'art. 179 del Tuir mediante l'art. 14, comma 1, D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, di recepimento della direttiva. Ma questo non significa che si debba assistere ad un cambio di impostazione per ciò che concerne le regole di neutralità fiscale che attengono a queste operazioni straordinarie. Ciò, infatti, risponde

soltanto ad una riorganizzazione sistematica intervenuta a seguito della riscrittura di alcune norme da parte del citato decreto legislativo. In particolare, infatti, il principio di neutralità è recuperato nell'art. 2 del decreto citato, che riformula integralmente l'art. 166 del Tuir in tema di imposizione in uscita. A tale riguardo la lettera e) del comma 1 del riformulato art. 166 prevede l'applicazione della tassazione in uscita per quei soggetti fiscalmente residenti nello Stato che sono oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente non residente. In conseguenza di ciò, poi, il successivo comma 3 dell'art. 166 definisce la plusvalenza di una siffatta fusione come la differenza fra il valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto degli attivi e passivi oggetto di fusione, a meno che gli stessi non vadano a confluire in una stabile organizzazione di un soggetto non residente situata nel territorio dello Stato. In quel caso, per l'appunto, la neutralità fiscale dell'operazione di fusione transfrontaliera resta garantita, così come avveniva già in passato, non ravvisandosi alcuna differenza. Peraltro questi concetti sono stati ben ribaditi dalla stessa relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018.

Per completezza, può essere inoltre utile ripercorrere alcune pronunce di prassi che sono state emanate con riferimento alle fusioni transfrontaliere (cfr. tabella 1).

TABELLA 1. LA PRASSI SULLE FUSIONI TRANSFRONTALIERE

Risoluzione n. 42/E del 12 febbraio 2008	I soggetti partecipanti devono essere entrambi residenti nell'UE, dovendo tuttavia appartenere a Stati differenti; uno dei due soggetti deve essere fiscalmente residente nel territorio dello Stato, anche attraverso una stabile organizzazione (SO). Nel caso specifico l'operazione non si qualificava come fusione ai sensi della direttiva 90/434/CEE.
Risoluzione n. 21/E del 27 gennaio 2009	La fusione transfrontaliera fra due società (incorporante spagnola e incorporata italiana) avviene in neutralità fiscale se e solo se l'incorporata possiede un compendio aziendale che si configuri come stabile organizzazione in Italia ex art. 162 Tuir.
Risoluzione n. 175/E del 6 luglio 2009	La fusione transfrontaliera fra due società (incorporante inglese e incorporata belga) avviene in neutralità fiscale in quanto a seguito della fusione tutti i beni aziendali confluiscono nella stabile organizzazione dell'incorporante inglese.
Risoluzione n. 63/E del 17 giugno 2014	La fusione transfrontaliera fra due società (incorporante inglese e incorporata italiana) con confluenza nella stabile organizzazione dell'incorporante è in neutralità fiscale e deve rispettare il limite del riporto perdite ex art. 181 Tuir (escludendo la quota parte delle perdite non correlate all'attività che continua ad essere svolta in Italia dalla stabile organizzazione) e art. 172 c. 7 in tema di vitalità economica. Quanto ai limiti di patrimonio netto per una <i>branch</i> occorre fare riferimento al fondo di dotazione, al quale dovrebbe comunque applicarsi la sterilizzazione degli incrementi operati nei 24 mesi antecedenti alla fusione.
Risoluzione n. 161/E del 22 dicembre 2017	La fusione transfrontaliera fra due società residenti UE (Francia e Lussemburgo) entrambe con stabile organizzazione in Italia avviene in neutralità fiscale e, benché la norma circa il riporto delle perdite (art. 181 Tuir) faccia riferimento alle fusioni e scissioni fra società, deve ritenersi applicabile anche al caso in cui il patrimonio della stabile organizzazione della società "conferente" sia attribuito alla stabile organizzazione preesistente riferibile alla società "beneficiaria".

4. Si riporta di seguito il testo del previgente comma 6 dell'articolo 179 Tuir, in vigore fino al 31 dicembre 2018: «Si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni indicate alle lettere da a) a d) del comma 1 dell'articolo 178, non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente alle predette operazioni i componenti conferiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. Si applicano, ove compatibili, le disposizioni dell'articolo 166, commi 2-*quater* e seguenti, anche ad operazioni verso Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo».

Fusioni transfrontaliere in entrata

Vi sono poi ipotesi di operazioni transfrontaliere in cui il soggetto incorporante è quello residente, mentre è l'incorporata ad essere residente in altri Stati UE. In questi casi l'attenzione del legislatore nazionale è in qualche misura meno accentuata, in quanto non vi è potenziale sottrazione di materia imponibile derivante da un'operazione "in uscita", quale può essere l'incorporazione di un soggetto residente da parte di uno non residente. In questi casi, quindi, il fisco nostrano è soprattutto interessato al valore di ingresso degli elementi aziendali del soggetto non residente, in quanto sono questi che poi, in futuro, potranno determinare aspetti impositivi in Italia.

Dal punto di vista normativo la fattispecie è ricompresa all'interno dell'art. 166-bis del Tuir che è rubricato "Valori fiscali in ingresso". Tale norma, così come modificata sempre dal D.Lgs. n. 142/2018 di recepimento della direttiva Atad, fra le differenti ipotesi ricomprende anche quella della lettera e) del comma 1 che riguarda, fra gli altri casi (scissione a favore di beneficiaria residente o conferimento di una propria stabile organizzazione estera a favore di soggetto fiscalmente residente nel territorio dello Stato) la fattispecie dell'incorporazione di un soggetto non residente da parte di uno residente.

Come nelle altre ipotesi di *entry tax*, così anche nelle fusioni transfrontaliere il comma 3 (lettera e) dell'art. 166-bis prevede l'applicazione del valore di mercato, purché tuttavia lo Stato di provenienza appartenga all'Unione europea oppure sia incluso nella lista, prevista dall'art. 11, comma 4, lett. c), del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239, degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni.

Ai sensi del comma 4, il criterio del valore di mercato viene determinato con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti fra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, tenendo conto delle indicazioni contenute nel D.M. 14 maggio 2018 emanato ai sensi della disciplina sui prezzi di trasferimento di cui all'art. 110, comma 7, Tuir.

Infine al comma 5 sono disciplinate le conseguenze a livello di valori di ingresso nel caso in cui non siano rispettate le condizioni previste dal

comma 3 in relazione alle caratteristiche dello Stato di provenienza. Viene, infatti, *in primis* previsto che si debba fare riferimento, quale valore fiscale, al valore di mercato come determinato a seguito dell'accordo preventivo ai sensi dell'art. 31-ter del D.P.R. n. 600/1973. In assenza poi di tale accordo, il valore fiscale di ingresso diverrà meno conveniente per il soggetto residente e cioè:

- › il minore fra costo di acquisto, valore di bilancio e valore di mercato ai sensi del D.M. sui prezzi di trasferimento per ciò che concerne le attività
- › il maggiore fra essi, di contro, per ciò che concerne invece le passività.

L'interpello n. 11 del 28 gennaio 2019

Questa recente risposta è stata fornita a seguito di interpello riguardante una complessa riorganizzazione transnazionale, a seguito della quale Beta, società lussemburghese, viene di fatto svuotata di tutti i suoi *assets* e al termine incorporata da Alfa, società residente in Italia, non mantenendo la stessa nemmeno una stabile organizzazione nel Granducato. L'incorporante italiana riceverà nell'attivo la liquidità e i titoli in portafoglio dell'incorporata, nel passivo invece il suo capitale e le riserve di utili.

La risposta dell'Agenzia è importante sotto un duplice punto di vista. *In primis* l'operazione viene dichiarata non elusiva, dando il *placet* ad una riorganizzazione operata mediante una fusione anziché con la liquidazione societaria, che sarebbe stata più lunga ed onerosa. Ciò in ossequio al principio, ormai consolidato, per cui non è sindacabile il vantaggio conseguente ad una lecita scelta di pianificazione fiscale, potendosi scegliere tra le diverse opzioni offerte dall'ordinamento quella fiscalmente più conveniente (si veda anche la relazione al D.Lgs. n. 128/2015). L'Agenzia ricorda anche che, ai sensi dell'art. 166-bis, comma 1, lett. e), Tuir in tema di valori in ingresso, come modificato dal D.Lgs. n. 142/18 in attuazione della direttiva Atad in vigore dall'1 gennaio 2019, per le attività e passività dell'incorporata Beta il valore fiscale di ingresso in Italia coincide col valore di mercato. Peraltro ciò vale anche per gli elementi passivi, ovvero per i debiti verso clienti della società incorporata e il relativo contenzioso. In ogni

caso per la determinazione del valore d'ingresso trova spazio anche la procedura dell'accordo preventivo *ex art. 31-ter* del D.P.R. n. 600/1973 (richiamata anche dal comma 5 dell'art. 166-*bis*).

Un aspetto sicuramente utile di questo interpellato è l'analisi e la valorizzazione delle considerazioni che hanno spinto l'Agenzia a dare parere favorevole all'operazione e che, presumibilmente, avrebbero potuto condurre ad una diversa

conclusione qualora assenti. Infatti, la risposta dell'Amministrazione si è fondata sulla constatazione dei seguenti elementi:

- › non vi è stata alcuna erosione di base imponibile in Italia,
- › la liquidità e i titoli derivanti dalla fusione sono rimasti nel ciclo dell'impresa,
- › non vi sono partecipazioni *black list* nell'attivo immobilizzato dell'incorporata Beta ●

red240360 - - © Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

GUIDA ALLA CONTABILITÀ & BILANCIO

Il mensile più consultato dai professionisti del settore per l'autorevolezza e la chiarezza con cui affronta i temi della contabilità, del reddito d'impresa e del bilancio. La rivista riserva ai propri abbonati sia la pratica versione cartacea che l'innovativa versione digitale.

Rinnova oggi stesso il tuo abbonamento all'indirizzo:
www.ilsole24ore.com/rinnovi24

Non sei ancora abbonato?
Scopri l'offerta riservata ai nuovi clienti all'indirizzo:
www.ilsole24ore.com/riviste



24ORE
PROFESSIONISTI