

**Commissioni riunite
2° Commissione (Giustizia) e 6° Commissione (Finanze e Tesoro)
della Camera dei deputati**

**Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva
(UE)2019/2121 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto
riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere
(Atto n. 11)**

Testimonianza del prof. avv. Giuseppe Melis
Professore Ordinario di diritto tributario
nel Dipartimento di giurisprudenza della LUISS Guido Carli di Roma

10 gennaio 2023

OSSERVAZIONI SULLO “SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121 CHE MODIFICA LA DIRETTIVA (UE) 2017/1132 PER QUANTO RIGUARDA LE TRASFORMAZIONI, LE FUSIONI E LE SCISSIONI TRANSFRONTALIERE” (*)

Sommario: **1. Premessa.** - **2. Diritto tributario e diritto internazionale privato nelle operazioni societarie transfrontaliere.** - **3. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulla mobilità delle società e le conseguenze sul piano tributario.** - **4. La rilevanza “storica” ai fini tributari della Direttiva 2019/2121.** - **5. Sui rapporti con la normativa tributaria sostanziale.** - **6. Sulla tutela del credito erariale.** - **7. Su talune questioni temporali.** - **8. Conclusioni.**

1. Premessa. - Nel ringraziare sentitamente la Commissione Finanze e la Commissione Giustizia per l’invito, intendo svolgere in questa Audizione talune considerazioni dal punto di vista del tributarista in relazione allo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva sulle operazioni straordinarie transfrontaliere all’esame delle Commissioni ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

(*) Testo dell’audizione presso le Commissioni riunite II (Giustizia) e VI (Finanze) della Camera dei deputati, 10 gennaio 2022.

⁽¹⁾ Per una prima bibliografia, si segnala: *i*) sulla Direttiva 2005/56: M.V. BENEDETTELLI, G.A. RESCIO, *Note on Cross-Border Mergers and Divisions within the EU in the Context of the Consultation Launched by the European Commission*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 600 ss.; M.V. BENEDETTELLI, G. A. RESCIO, *Il d.lg. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello schema di legge recepito della X Direttiva elaborato per conto del Consiglio Nazionale del notariato e delle massime del Consiglio notarile di Milano)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, pp. 742 ss.; D. BUONO, A. GIANNONE, *Armonizzazione normativa dell’UE in tema di fusione transfrontaliera*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 3437 ss.; *ii*) sulla Direttiva 2017/1132: M. DI SARLI, *La disciplina comunitaria sulla fusione transfrontaliera: un “cantiere” ancora aperto*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2018, fasc. 2, p. 287 ss.; E. STABILE, *Brevissime note sulla Direttiva 2017/1132/UE nella codificazione del diritto societario europeo*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, p. 1291 ss.; M. SAGLIOCCA, *Appunti in tema di fusione transfrontaliera: tra nuove frontiere in ambito europeo e vecchie tutele dei creditori sociali*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 1074 ss.; *iii*) sulla Direttiva 2019/2121: T. PAPADOPOULOS, *The new harmonized protection of creditors in cross-border mergers*, in *European and Financial Company Law Review*, vol. 10, n. 3, 2022, p. 422 ss.; C. ENE, *The cross-border conversion - a possible solution for the mobility of companies in the European Union*, in *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9, n. 1, 2020, p. 55 ss.; K. POKRYSZKA, *Cross-border conversion of a company in the light of the provisions of Directive 2019/2121 as regards cross-border conversions, mergers and divisions — selected issues*, in *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczeg*, n. 3, 2021, p. 17 ss.; O. DIMITRU, *Transfer of seat within the European Union. The latest developments on cross-border conversions, mergers and divisions of companies*, in *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, vol. 15, n. 1, 2021, p. 917 ss.; R. CHIRIEAC, *The future of cross border mergers in the light of the new European Union provisions. Their implementation in Romania*, in *Tribuna Juridică*, n. 10, 2020, p. 279 ss. Sui profili tributari delle riorganizzazioni societarie intra-UE, si segnala il recente contributo di A. D’AMELIO, *The principle of tax neutrality in Italian and EU cross-border mergers and acquisitions*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, p. 123 ss., ove anche un’ampia bibliografia sull’argomento.

⁽²⁾ Mi limito ad evidenziare, sotto il profilo squisitamente societario, le seguenti questioni segnalatemi dal prof. Nicola De Luca, Ordinario di diritto commerciale dell’Università Luigi Vanvitelli, che ringrazio.

Articolo 1. Se la legge considera società di capitali anche le società cooperative (Titolo VI, Capo 1), è ingiustificato non includere anche le mutue assicuratrici (Titolo VI, Capo 2), che altrimenti resterebbero nel limbo, non essendo né società di capitali né società diverse dalle società di capitali.

Articolo 3. Il fatto di sottrarre le società cooperative a mutualità prevalente (il 90% delle coop) dalla disciplina delle operazioni transfrontaliere contraddice l’art. 1, che invece dichiara di applicarsi anche alle cooperative e cooperative europee; se il legislatore vuole sottrarle alla trasformazione, per evitare l’appropriazione dei benefici mutualistici, deve precisare quali sono limiti e divieti, non vietare del tutto

2. Diritto tributario e diritto internazionale privato nelle operazioni societarie transfrontaliere. - La prima riflessione riguarda la straordinaria rilevanza, anzi direi “storica”, che tale provvedimento, volto a disciplinare i profili internazionalprivatistici e di diritto societario di siffatte operazioni transfrontaliere, assume *anche* sotto il profilo tributario.

La complessità che ha tradizionalmente contraddistinto i profili tributari delle operazioni societarie transnazionali è stata, infatti, essenzialmente dovuta alla loro dimensione marcatamente “orizzontale” poiché coinvolgente numerose altre branche del diritto – il diritto internazionale privato e il diritto unionale *in primis* – foriere di rilevanti incertezze sul piano ricostruttivo, innestandosi solo successivamente su tale terreno, già di per sé estremamente scivoloso, le ulteriori problematiche tributarie di carattere sostanziale e procedimentale a loro volta irte di tecnicismi e difficoltà interpretative.

Segnatamente, per quanto qui di interesse, al diritto internazionale privato appartengono, innanzitutto, proprio le questioni connesse alla *continuità giuridica* o meno del soggetto che trasferisce la sede (o che viene “incorporato” in una società estera), di cui la Direttiva 2019/2121 primariamente si (pre)occupa, con i relativi corollari sul piano impositivo, quali il momento in cui il soggetto che si trasferisce si estingue con gli effetti impositivi per i soci, il momento in cui il trasferimento può intendersi perfezionato “in continuità” al fine della verifica della perdita della residenza fiscale oppure il calcolo del c.d. “*holding period*” ai fini *pex*, ove si ritenga che quest’ultima competa nonostante la formale determinazione unitaria della plusvalenza da *exit tax* ⁽³⁾. Al diritto unionale appartengono, invece, le questioni che, per un verso, si ricollegano agli indicati profili internazional-privatistici con l’obiettivo di garantire quanto più possibile che i trasferimenti *intra*-UE avvengano in continuità giuridica (con riflessi tributari *mediati*) e, per altro verso, si occupano, sul piano poi strettamente tributario, di indagare sulla compatibilità con il diritto UE delle discipline delle *exit taxes* stabilite a livello dei singoli Stati membri; diritto UE che, come noto, con riferimento alla disciplina delle *exit taxes*, è approdato, a seguito della c.d. Direttiva

(tempo fa si discusse della fusione tra più importanti cooperative, tra cui Conad e Leclerc, che sono entrambe a mutualità prevalente.

Articolo 6. Nella definizione di trasformazione si afferma che tale è l’operazione con la quale si cambia tipo sociale e legge applicabile. È una questione discussa, sulla quale la Cassazione ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia (dubitando che consentire il mutamento del tipo ma non quella di legge applicabile sia contrario al diritto europeo: Cass., 11-04-2022, n. 11600). Occorrerebbe avere presente la questione.

Articolo 17. Nella definizione di fusione si include implicitamente il trasferimento “dell’intera azienda”; questa nozione è estranea al diritto italiano e propria al diritto tedesco, in cui le due operazioni sono parificate. Da chiedersi se sia consapevole e quale impatto possa avere sul diritto interno.

Articolo 26. La norma sull’indennizzo differenziale in caso di rapporto di cambio incongruo appare del tutto inconsapevole della complessa questione. Anzitutto, è quasi impossibile affermare che un rapporto di cambio sia “incongruo”, in presenza di un’attestazione di congruità, sicché la tutela giudiziale – come negli Stati Uniti – dovrebbe poggiare sul diritto di ciascun socio contrario (non meramente assente o astenuto) di recedere dalla società al valore determinato da un esperto nominato dal tribunale. La norma meriterebbe radicale revisione; stessa cosa avviene per l’art. 46 in materia di scissione.

Articolo 37. Norma già presente in Italia, ma diffusamente giudicata inefficiente. Almeno nelle fusioni transfrontaliere non dovrebbe esservi disparità tra azionisti: così se si fondono una società italiana e una francese, l’impugnazione, consentita in Francia, dovrebbe essere consentita a tutti gli azionisti.

⁽³⁾ È la nota posizione sostenuta dall’Amministrazione finanziaria con il Principio di diritto n. 10 del 2021. *Contra*, Circ. Assonime nn. 16 e 24 del 2021.

ATAD, ad una soluzione “armonizzata”, estesa, peraltro, ad ogni operazione che comporta la definitiva perdita di potestà impositiva da parte dell’ordinamento di origine.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulla mobilità delle società e le conseguenze sul piano tributario.* - La notevole complessità dell’indagine sui profili giuridico-tributari delle operazioni straordinarie transfrontaliere si compendia efficacemente nell’espressione utilizzata dalla Corte di giustizia UE nel noto caso *Daily Mail*, laddove afferma che «*diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento*»⁽⁴⁾.

I problemi giuridici che derivano al riguardo dall’essere la società un soggetto non *naturale*, bensì “di sintesi”, si ricollegano, in particolare, agli *effetti* conseguenti all’operatività, congiunta o disgiunta, della teoria della cd. “incorporazione” (“*incorporation theory*”, “*Gründungstheorie*”) – per la quale la *lex societatis* deve rinvenirsi nella legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento costitutivo dell’ente – e della teoria della cd. “sede reale” (“*real seat theory*”, “*Sitztheorie*”, “*siège réel*”) – che rimette alla legge del luogo di localizzazione di fatto dell’amministrazione la disciplina delle società commerciali – ciascuna peraltro riferibile, in ognuno degli Stati interessati dal trasferimento, ai presupposti della “nazionalità” del soggetto che si trasferisce e/o della sua residenza fiscale.

Il rischio principale, in questi casi, è che le operazioni transfrontaliere si risolvano nella “discontinuità” del soggetto giuridico coinvolto, con le intuibili conseguenze di carattere tributario derivanti da siffatta prospettiva “dissolutoria”.

Si tratta di un problema che appariva sino a poco tempo fa davvero insormontabile.

Da un lato, infatti, né la Convenzione dell’Aia del 1° giugno 1956 sul riconoscimento delle società straniere, né la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 attinente al reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, erano mai entrate in vigore. Dall’altro, l’attenzione dedicata nel Trattato di Roma a tale questione, tramite la previsione originariamente contenuta nell’art. 293 – disposizione poi venuta meno con il Trattato di Lisbona – sull’avvio da parte degli Stati membri di negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, il reciproco riconoscimento delle società, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese ad un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, non si era mai concretizzata in provvedimenti *ad hoc*. Tra le due diverse “filosofie di fondo” riguardanti il criterio di collegamento rilevante sussisteva infatti una vera e propria opposizione ideologica, che pareva insuscettibile di qualsivoglia composizione, l’una perché ancorata ad un dato formale di facile conoscibilità e determinabilità della legge applicabile, ma come tale suscettibile di facile abuso, l’altra perché al contrario ancorata ad un dato sostanziale di più difficile conoscibilità, ma appunto volto ad evitare il fenomeno delle c.d. *preudo foreign corporations*. Questo spiega anche il notevole spazio riservato nel provvedimento che si commenta alla partecipazione dei lavoratori, destinataria di ben tre disposizioni *ad hoc* (gli artt. 16, 39 e 50), costituendone il possibile aggiramento, per effetto delle operazioni transnazionali, una delle principali preoccupazioni da parte degli Stati tradizionalmente avversi al criterio della “incorporazione”.

⁽⁴⁾ Corte di giustizia UE, 27 settembre 1988, C-81/98, *Daily Mail*.

Solo in tempi relativamente recenti era emerso un rinnovato interesse per le questioni relative ai problemi giuridici connessi alla mobilità delle società in ambito comunitario, espressosi ora in ambito giurisprudenziale (nei casi *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Sevic*, *Cartesio*, *Vale*, *Polbud*) dopo il noto caso “storico” *Daily Mail*, ora in ambito legislativo attraverso il Regolamento n. 2157/2001 sulla Società Europea e la direttiva n. 2005/56/UE sulle fusioni transnazionali, poi trasfusa nella Direttiva (UE) 2017/1132.

Per quanto attiene agli arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia UE, si è assistito negli anni ad un progressivo innalzamento della tutela, ancorché mai “pieno” e, comunque, per sua natura limitato ai rapporti *intra*-UE.

Il primo caso giurisprudenziale – proprio “a cavallo” tra diritto internazionale privato e diritto tributario – è *Daily Mail*, relativo alla legittimità della disposizione della legge britannica del 1970 sull’imposta sul reddito delle società che subordinava il trasferimento della residenza fiscale in un altro Stato all’autorizzazione del Tesoro.

La *Daily Mail* intendeva trasferire la propria sede di direzione effettiva nei Paesi Bassi – e dunque la propria residenza fiscale – mantenendovi tuttavia la propria sede legale e così conservando personalità giuridica e lo *status* di società di diritto britannico. Ciò al fine di cedere una quota significativa dei titoli detenuti in portafoglio e riscattare, grazie al ricavato di tale vendita, parte delle proprie azioni, senza dover pagare le imposte cui dette operazioni sarebbero state soggette in forza della legislazione fiscale britannica. Il Tesoro subordinava invece l’autorizzazione al trasferimento al pagamento delle plusvalenze latenti sui titoli in portafoglio alla *Daily Mail*. Non si trattava dunque di una *exit tax* di tipo sostanziale, ma di una *exit tax* di tipo procedurale, con effetti tuttavia sostanzialmente analoghi.

La Corte di Giustizia viene investita della questione pregiudiziale se gli artt. 43 e 48 del Trattato «*precludano ad uno Stato membro di proibire ad una persona giuridica con direzione e controllo centrali in tale Stato membro, di trasferire senza previo consenso o approvazione tale direzione e controllo centrali in un altro Stato membro, in presenza di una o di entrambe le seguenti circostanze, e cioè ove: a) possa essere evitato il pagamento di imposte sui profitti o sugli utili già realizzati; b) mediante il trasferimento della direzione e del controllo centrali della società, sia evitata un’imposta che sarebbe stata a suo carico se la società stessa avesse mantenuto la direzione e controllo centrali in tale Stato membro*».

La Corte muove dalle seguenti premesse: *i)* come regola generale, una società esercita il diritto di stabilimento aprendo agenzie o succursali o costituendo affiliate, come espressamente previsto dall’art. 43, par. 1, secondo periodo, *ii)* la legislazione britannica non pone alcuna restrizione ad operazioni come quelle sopra descritte, *iii)* diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico nazionale, e pertanto esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento, *iv)* le legislazioni degli Stati membri presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento.

Da tali premesse, la Corte giunge alla conclusione – in realtà, non del tutto coerente con la normativa inglese nella specie applicabile – che «*la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una*

società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro, costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi», concludendo che «dall'interpretazione degli artt. 52 e 58 del Trattato non può dunque evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite».

La questione viene dunque rimessa agli ordinamenti interessati dal trasferimento, con una soluzione analoga a quella accolta dall'art. 25 co. 3, L. n. 218/95 ⁽⁵⁾.

Di scarsa importanza ai nostri fini sono i casi successivi *Centros* ed *Inspire Art*, poiché relativi a casi di stabilimento a titolo secondario.

Il caso *Centros* ⁽⁶⁾ riguardava una società costituita nel Regno Unito che aveva chiesto di aprire una *branch* in Danimarca e alla quale l'autorità danese aveva rifiutato la registrazione, ritenendo che la società, non svolgendo alcuna attività nel Regno Unito, fosse stata costituita dai due soci danesi al solo fine di eludere la legislazione danese sul capitale minimo e beneficiare del più favorevole diritto inglese che tale dotazione minima di capitale non prevedeva. In tal caso, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la fattispecie rientrasse nella tutela della libertà di stabilimento *secondaria* – in quanto relativa alla creazione di una *succursale* – assicurata dal Trattato alle società aventi scopo di lucro «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della comunità», e che la ricerca di un diritto societario più favorevole non costituisse un abuso del Trattato medesimo.

Il principio relativo alla possibilità di costituire una società in uno Stato membro e di creare succursali in un altro Stato membro anche in mancanza di attività nel primo Stato

⁽⁵⁾ R. LUZZATTO – C. AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, Dig. disc. priv. sez. comm., Torino, XIV, 1997, p. 154. Come esattamente rileva lo Studio di Impresa n. 283-2015/I «Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale» approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 26 novembre 2015 ed approvato dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, «In sostanza, la disciplina contenuta nell'art. 25 l. 218/1995 deve essere divolta in volta integrata con quella del Paese straniero di partenza o di destinazione. Ciò significa che nel caso di trasferimento dall'Italia all'estero, la società dovrebbe continuare ad essere regolata dalla legge italiana ai sensi del comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995, ma, poiché il comma 3 della stessa norma richiede che il trasferimento debba avvenire nel rispetto della disciplina dettata dal Paese di destinazione, quest'ultima potrebbe adottare regole che implicano la disapplicazione del criterio generale, contenuto nel comma 1 dell'art. 25. A tal proposito, potrebbe verificarsi una delle seguenti situazioni: 1) il Paese di destinazione non consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e, quindi, il trasferimento della sede dall'Italia all'estero produce l'estinzione della società e impone una costituzione ex novo dell'ente nel Paese di destinazione; 2) il Paese di destinazione consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici, ma impone alle società straniere di adeguarsi alla propria legge nazionale. In questo caso, il trasferimento della sede dall'Italia all'estero, pur non implicando l'estinzione dell'ente, è consentito a condizione che la società italiana adotti un tipo sociale conforme a quelli disciplinati nel Paese di destinazione (ipotesi che, come si vedrà in seguito, implica la c.d. trasformazione "internazionale" o "transfrontaliera"); 3) il Paese di destinazione consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e consente, altresì, che le stesse continuino ad essere disciplinate dalla legge dello Stato di costituzione». Più avanti sottolineandosi, tuttavia, che «Il meccanismo delineato dall'art. 25 l. 218/1995, che impone il doppio riscontro dell'ordinamento di provenienza e di quello di arrivo, è suscettibile di essere derogato in caso di trasferimenti della sede sociale all'interno dell'Unione Europea, per effetto dell'evoluzione che, negli ultimi decenni, ha avuto la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di applicazione del principio della libertà di stabilimento».

⁽⁶⁾ Corte di giustizia UE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd. C. Ehrvers-og Selskabsstyrelsen*.

viene poi ribadito nel caso *Inspire Art* ⁽⁷⁾, relativo ad una società costituita nel Regno Unito ed operante soltanto nei Paesi Bassi, dove – pur procedendosi all’iscrizione nel locale registro delle imprese – era stata attribuita alla società lo *status* di “società formalmente straniera”, facendone derivare l’obbligo del capitale minimo in misura pari a quello previsto per le società costituite nei Paesi Bassi e un regime di responsabilità illimitata degli amministratori sino all’iscrizione nel registro delle imprese. La Corte, in questo caso, non si è, dunque, confrontata con un divieto di iscrizione come in *Centros*, ma con l’imposizione di particolari obblighi, che ha ritenuto costituire “restrizioni ingiustificate” ai sensi del Trattato.

Pur riferendosi, come i due casi appena visti, alle restrizioni “in entrata”, il caso *Überseering BV* ⁽⁸⁾ è ben più rilevante, poiché la Corte affronta il problema della *continuità* del soggetto nel passaggio da uno Stato retto dal principio della “*incorporation*” ad uno retto dal principio del “*real seat*”. Su di esso occorre brevemente soffermarsi proprio alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza *Daily Mail* in ordine alla non omogeneità delle norme interne di diritto internazional-privatistico e commerciale e, dunque, della non censurabilità delle conseguenze (anche tributarie) di tale disomogeneità sino al momento dell’attuazione di quanto previsto dall’ormai abrogato art. 293 del Trattato.

Nel caso di specie, la *Überseering BV* – società di diritto olandese le cui quote erano state acquistate da due soggetti tedeschi, con ciò ritenendosi da parte della legislazione tedesca aver essa stabilito il proprio “*place of management*” in Germania – aveva convenuto dinanzi ad un tribunale tedesco una società tedesca, a motivo di opere difettose da essa realizzate in Germania per suo conto. La sua azione era stata tuttavia dichiarata improcedibile in quanto, dovendo la capacità processuale essere determinata in base alla legge del luogo della sede dell’amministrazione dell’attore, la legge tedesca, nella specie applicabile, riconosceva capacità processuale alle sole società *costituite* in Germania.

La Corte ha questa volta respinto l’argomento avanzato dal governo tedesco sulla necessità di una previa attuazione dell’art. 293 del Trattato, ritenendo l’esercizio della libertà di stabilimento indipendente dall’adozione di convenzioni sul mutuo riconoscimento. Essa ha invero affermato l’inapplicabilità delle conclusioni raggiunte nel caso *Daily Mail*, poiché mentre in tal caso venivano in rilievo i rapporti tra società e Stato di *partenza* – intendendo la società trasferire la sede dell’amministrazione in un altro Stato senza perdere la qualità di società nazionale – nel caso *Überseering BV* emergeva una diversa prospettiva, quella in particolare dello Stato di *destinazione*, che non può ignorare – a pena di violazione della libertà di stabilimento – la “personalità” conferita dall’ordinamento di provenienza e da questi mai messa in discussione (par. 62). In altri termini, un conto è ritenere che gli ordinamenti interni possano determinare – in assenza di norme *ad hoc* – la perdita di nazionalità del soggetto che si trasferisce, altro è ammettere che lo Stato di destinazione possa disconoscere la capacità riconosciuta da un altro ordinamento comunitario ed obbligare la società ad un c.d. “*re-establishment*”. Né la Corte ha ritenuto esistere una giustificazione al riguardo, poiché gli interessi di ordine generale – dei creditori, degli azionisti, dei dipendenti, delle autorità fiscali – non potrebbero giustificare *in alcun caso* il diniego della capacità giuridica del soggetto estero.

⁽⁷⁾ Corte di giustizia UE, 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*.

⁽⁸⁾ Corte di giustizia UE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV*.

Appariva in tal modo possibile rinvenire una soluzione ad uno dei principali aspetti del problema della continuità giuridica del soggetto che si trasferisce, restando tuttavia aperto quello del trasferimento *da* uno Stato che adotta il criterio della sede reale e degli effetti di scioglimento che esso può recare con sé. Un conto, infatti, sono le restrizioni poste alle società dagli Stati membri di *destinazione*, altro è verificare a quali condizioni una società sia considerata tale ai sensi del diritto di un certo Stato (sia quanto al collegamento in sé, sia quanto ai requisiti imposti dalla legislazione nazionale per tale mantenimento).

Su tale ultimo fronte, un'ulteriore apertura della Corte di giustizia si era registrata nella successiva pronuncia *Cartesio* ⁽⁹⁾.

Si trattava, in particolare, di una società in accomandita semplice ungherese che intendeva trasferire la sua sede effettiva (intesa come centro direttivo dei suoi affari) in Italia, rimanendo registrata in Ungheria, ma alla quale il tribunale ungherese aveva negato il trasferimento ritenendo che essa dovesse prima essere sciolta in Ungheria e poi essere ricostituita a norma della legge dello Stato membro di destinazione.

Nonostante le ampie "aperture" dell'Avvocato generale – che aveva concluso per l'incompatibilità con il diritto comunitario di qualsiasi restrizione nello Stato di partenza, ritenendo che la giurisprudenza sopra esaminata avesse ormai definitivamente superato quanto affermato venti anni prima nel caso *Daily Mail* – la Corte adotta una soluzione "intermedia".

In particolare, essa afferma che gli Stati mantengono la facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento; sia quello necessario per continuare a mantenere detto *status*, ivi inclusa la possibilità di «*non consentire ad una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione*». Essa ritiene pertanto infondata la tesi della Commissione secondo cui la mancanza di una normativa *ad hoc* in materia, sottolineata nel caso *Daily Mail*, sarebbe ormai stata colmata in ambito comunitario.

Tuttavia, se normative che ostacolano il trasferimento c.d. «senza cambiamento del diritto applicabile» non incontrano limiti nel diritto comunitario, altrettanto non può affermarsi per il trasferimento c.d. «con cambiamento del diritto nazionale applicabile» – vale a dire laddove la società si "converta" in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita – non potendo in tal caso lo Stato membro di costituzione imporre lo scioglimento e la liquidazione di tale società.

L'ulteriore passo in avanti compiuto è evidente. Se nessun ostacolo può essere frapposto dallo Stato di partenza all'effettiva trasformazione in una società di un altro Stato membro – sempreché quest'ultimo la consenta – parrebbero in tal modo superati anche i problemi derivanti dal trasferimento da uno Stato che adotta il principio della sede reale ad uno che adotta il principio del luogo di costituzione, almeno nella misura in cui la nuova società adotti lo statuto sociale previsto per le società di tale ultimo Stato.

Restavano pertanto prive di tutela a livello unionale soltanto quelle ipotesi (tipicamente connesse al trasferimento in uno Stato che adotti il principio della sede

⁽⁹⁾ Corte di giustizia, 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio*.

reale) in cui lo Stato di destinazione non ammetta una siffatta trasformazione, non consentendo, in un certo senso, di “sanare” l’effetto liquidatorio ordinariamente previsto nello Stato di partenza.

Quest’ultima conclusione è avvalorata dal caso “tributario” *National Grid Indus* ⁽¹⁰⁾, laddove afferma, che «*uno stato membro ha pertanto la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sede amministrativa effettiva di quest’ultima al di fuori del suo territorio affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Stato membro*» (punto 27); e che, laddove un siffatto status venga meno, verrà altresì meno la «*possibilità, per tale società, di invocare l’art. 49 TFUE*», potendo nel caso opposto la Società «*avvalersi dei diritti che le derivano dall’art. 49 TFUE, in particolare al fine di mettere in discussione la legittimità di una tassazione impositale da tale Stato membro in occasione del trasferimento in un altro Stato membro della sua sede amministrativa effettiva*» (punto 32).

Al caso *Cartesio* segue il caso *Vale* ⁽¹¹⁾, riguardante una fattispecie inversa in cui una società italiana intendeva trasformarsi in società ungherese, ma alla quale l’Ungheria aveva negato l’iscrizione. In tale occasione, la Corte ha innanzitutto ribadito che spetta a ciascuno Stato membro la facoltà di definire «*il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status*», nonché precisato che «*l’eventuale obbligo di consentire una trasformazione transfrontaliera non pregiudica né tale facoltà dello Stato membro ospitante né la determinazione da parte di quest’ultimo delle norme sulla costituzione e sul funzionamento della società risultante da una trasformazione transfrontaliera*».

Essa ha dipoi esaminato il diniego di iscrizione, ritenendolo non proporzionato, oltreché in violazione dei principi di equivalenza e di effettività, purché vi sia un insediamento effettivo. Quanto al principio di equivalenza, laddove ad una trasformazione interna si applichi il principio di continuità, ciò deve valere anche per una trasformazione *intra*-UE; quanto al principio di effettività, lo Stato di destinazione deve tenere conto dei documenti che promanano dalle autorità dello Stato membro d’origine nel corso del procedimento di registrazione della società.

Ultima tappa in ordine di tempo della Corte di giustizia è il caso *Polbud* ⁽¹²⁾, in cui una società polacca aveva trasferito in “continuità giuridica” – poiché espressamente previsto dalla legislazione polacca – la propria sede legale in Lussemburgo chiedendo successivamente la cancellazione dal registro delle imprese polacco. Quest’ultimo la aveva tuttavia negata richiedendo la previa liquidazione prevista dalla legge, poiché funzionale alla tutela degli interessi di creditori, soci di minoranza e dipendenti. In sostanza, pur consentendo l’ordinamento polacco la sopravvivenza (continuità giuridica) della società nel caso di trasferimento, ne imponeva nondimeno la sua previa liquidazione. In tale occasione, la Corte, dopo aver ritenuto (diversamente dal caso *Vale*) che la libertà di stabilimento copra le trasformazioni internazionali indipendentemente dalla circostanza che la società abbia trasferito un qualche “stabilimento” reale nel nuovo Paese (che, dunque, può essere mantenuta nello Stato di partenza), ha ritenuto tale disciplina non proporzionata, posto che, da un lato, un

⁽¹⁰⁾ Corte di giustizia, 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus*.

⁽¹¹⁾ Corte di giustizia, 12 luglio 2012, C-378/10, *Vale*.

⁽¹²⁾ Corte di giustizia, 25 ottobre 2017, C-106/16, *Polbud*.

obbligo di liquidare un'impresa pur mantenendo viva la persona giuridica non potrebbe mai ritenersi mezzo proporzionato allo scopo, dall'altro, che non si sarebbe tenuto conto dell'effettivo rischio di lesione dei suddetti interessi, e, dall'altro ancora, potendosi rinvenire misure meno restrittive per tutelare gli interessi meritevoli. Il diritto di mutare la *lex societatis* non può, pertanto, essere subordinato a drastiche misure liquidatorie dovendosi invece rispettare il principio di proporzionalità.

In conclusione, la Corte di giustizia UE, sin dalla pronuncia *Daily Mail*, si arrende dinanzi alle difformità esistenti relativamente alle norme di conflitto, affermando che «*talune legislazioni esigono che non solo la sede legale, ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale*», e che «*altre legislazioni riconoscono alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune, come nel Regno Unito, sottopongono detto diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro, in special modo sul piano fiscale*», ulteriormente precisando che «*l'art. 220 (ora 293) del Trattato ha previsto, ove necessaria, la conclusione di convenzioni fra gli Stati membri, in particolare per garantire la conservazione della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese all'altro. Ebbene, si deve constatare che nessuna convenzione in materia è sinora entrata in vigore*».

Da allora questo principio di fondo è sostanzialmente rimasto fermo, assistendosi solo ad un suo progressivo allentamento nei termini che si sono indicati.

Naturalmente, un conto è che gli effetti fiscali sfavorevoli *discendano* dal diritto internazionale privato e societario – che diventano pertanto mero *presupposto* o *oggetto di rinvio* per l'operatività delle norme fiscali previste per la liquidazione – altro è che detti effetti siano *autonomi* rispetto alle vicende internazionale-privatistiche.

Soltanto nel primo caso si potrebbe fare leva su fattori *esterni* al diritto tributario per giustificare le restrizioni – come emerge dal passaggio della sentenza *National Grid Indus* sopra richiamato – trattandosi, invece, nel secondo caso di misure svincolate dagli esiti internazionale-privatistici sull'esistenza della società che si trasferisce da affrontare sul piano squisitamente tributario.

Fatto sta che in base ai principi sin qui elaborati dalla Corte di giustizia UE, la ricostruzione in termini di scioglimento del trasferimento di sede in applicazione delle norme internazionale-privatistiche, costituirebbe una legittima conseguenza della mancata armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato, dunque priva di tutela sul piano del Trattato.

Non sfuggirà, tuttavia, la chiara contraddizione che ciò determina.

Se la società che trasferisce la propria residenza fiscale appartiene ad uno Stato nel quale vige il principio del “*real seat*”, non avremo una restrizione ai sensi dell'art. 43 del Trattato, in quanto, di regola, in presenza di uno scioglimento sul piano civilistico del soggetto che si trasferisce. Ciò, peraltro, con l'eccezione di taluni Stati, che ammettono la continuità del soggetto che si trasferisce in uno Stato che adotta il principio del “*place of incorporation*”, e fatti comunque salvi i casi in cui si renda possibile la trasformazione in una società regolata dal diritto dello Stato di destinazione, secondo i principi enunciati nella sentenza *Cartesio*.

Se, invece, la società che trasferisce la propria residenza fiscale appartiene ad uno Stato nel quale vige il principio del “*place of incorporation*”, non verificandosi alcuna

soluzione di continuità nel soggetto che si trasferisce, sarà possibile rinvenire una restrizione ai sensi dell'art. 43 del Trattato in quelle disposizioni tributarie che su tale trasferimento dovessero eventualmente incidere.

Insomma, lo Stato di origine può decidere il destino della società, a meno che lo Stato di destinazione non consenta di “convertire” la società in un tipo sociale previsto dal proprio ordinamento al quale la società va ad assoggettarsi; lo Stato di destinazione *deve* invece accogliere il soggetto estero, salvo che, al tempo stesso, lo Stato di partenza intenda dissolverlo e quello di destinazione neanche accoglierlo.

4. La rilevanza “storica” ai fini tributari della Direttiva 2019/2121. - Nel contesto così delineato si inserisce la disciplina di cui oggi si discute, la cui notevolissima rilevanza appare pertanto sin da subito evidente proprio per regolamentare essa, finalmente, siffatte operazioni in via “multilaterale” – vale a dire, da parte di tutti gli Stati UE interessati ed in via “coordinata” tra loro – e fare così in modo che i profili tributari di tali operazioni non debbano subire, *passivamente*, gli effetti dissolutivi derivanti dal mancato coordinamento tra le normative nazionali.

Va rilevato, peraltro, che già la direttiva n. 2005/56/CE, aveva regolamentato la fusione intracomunitaria tra società, offrendo così un'opzione alternativa per la realizzazione del trasferimento di sede che, come noto, si realizza di fatto anche con la fusione tra due società situate in Stati membri diversi. Con l'ulteriore particolarità, peraltro, che, diversamente dalla società europea, la disciplina della direttiva in tema di fusioni intracomunitarie si rivolgeva a tutte le società di capitali europee.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Sevic* ⁽¹³⁾, aveva a sua volta affrontato il problema degli ostacoli “civilistici” alle fusioni transfrontaliere, riconoscendo l'incompatibilità con gli artt. 43 e 48 del Trattato delle norme che consentivano le operazioni di fusione esclusivamente tra società aventi sede in Germania.

Non pareva tuttavia possibile rinvenire in tale pronuncia un superamento della originaria (e restrittiva) giurisprudenza *Daily Mail*. Nel caso *Sevic* il problema riguardava lo stato di destinazione (la Germania) e non lo stato di partenza (il Lussemburgo), posto che soltanto il primo aveva respinto la domanda d'iscrizione della fusione nel registro delle imprese, nulla avendo opposto il secondo al riguardo. La fattispecie appariva dunque piuttosto assimilabile al caso *Überseering* e, del resto, in una siffatta prospettiva si collocava, come già rilevato, la Corte di giustizia nella sentenza *Cartesio*.

Con la Direttiva n. 2019/2121 viene invece introdotta una disciplina armonizzata e “completa” delle operazioni societarie aventi rilevanza transfrontaliera, da un lato arricchendo la disciplina delle fusioni transnazionale già contenuta nella Direttiva n. 2005/56/UE e nella Direttiva n. 2017/1132/UE di essa modificativa; dall'altro estendendola – e questa è la grande novità – *sia* alle operazioni transfrontaliere di “trasformazione”, intesa come trasferimento di sede con cambiamento del diritto applicabile e di adozione di un tipo sociale previsto dall'ordinamento di destinazione, evitando così di dover ricorrere all'escamotage della fusione transfrontaliera inversa in società costituita anche ad hoc ai sensi della Direttiva fusioni; *sia* alle scissioni transnazionali, anche mediante il c.d. “scorporo”, intesa come scissione a favore di una

⁽¹³⁾ Corte di giustizia UE, 13 dicembre 2005, C-411/03, *Sevic*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, p. 71 ss., con nota di P. CONCI, *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento*.

società di nuova costituzione con assegnazione delle relative azioni alla medesima società scissa, anziché ai soci.

La disciplina che ne risulta ha peraltro un ambito di applicazione soggettivo alquanto esteso, poiché non riguarda soltanto operazioni tra società di capitali localizzate in Stati membri. Essa coinvolge, infatti, sempreché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti o risultanti dall'operazione, anche società diverse dalle società di capitali nonché società di capitali che, pur soggette alla *lex societatis* di un altro Stato membro, non hanno la sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro di attività nel territorio dell'Unione; nonché, stavolta nel rispetto dell'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995, anche operazioni internazionali "pure", riguardanti cioè società regolate dalla legge di Stati non appartenenti all'UE, ed operazioni a cui partecipano o da cui risultano enti non societari.

Ne consegue, dunque, che il rischio che si verifichino ipotesi di "discontinuità", con i conseguenti effetti tributari liquidatori sopra prospettati, viene notevolmente ridotto e ciò non soltanto nei rapporti tra Stati UE, già in buona parte "coperti" dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE sopra esaminata, ma anche nei rapporti con Stati non UE.

Ma tale disciplina "armonizzata" si rivela particolarmente importante anche per i soci delle società interessate.

Con il d. lgs. n. 199/2007, è stato infatti introdotto il comma 2-ter all'art. 166, disponendo che «*il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società di capitali non dà luogo di per sé all'imposizione dei soci della società trasferita*». Tale periodo – riprodotto dal comma 14 dell'art. 166 "post-ATAD" – costituisce attuazione (estesa) dell'art. 10-quinquies della direttiva n. 2005/19/CE, a mente del quale «*il trasferimento da uno Stato membro all'altro della sede sociale di una SE o di una SCE non può dar luogo, di per se stesso, ad alcuna imposizione sia a titolo di utili che a titolo di capital gain nei confronti dei soci della società trasferita*», secondo la logica per cui, svolgendosi l'operazione sul piano internazionale-privatistico al di fuori di qualsiasi logica dissolutoria, non può che escludersi qualsiasi effetto anche sui soci.

Ebbene, la circostanza che il trasferimento non dia luogo "di per sé" all'imposizione dei soci, lascia tuttavia aperta la porta a talune "situazioni-limite" in cui può invece trovare immediata applicazione l'art. 47, co. 7 t.u.i.r.

Si tratta appunto dell'ipotesi in cui l'ordinamento giuridico di destinazione non "riconosca" la società italiana che si trasferisce all'estero, imponendosi pertanto, per effetto dell'applicazione dell'art. 25, co. 3 L. n. 218/95, lo scioglimento del soggetto italiano.

In questo caso, ne conseguirebbe l'applicazione delle norme in tema di trattamento fiscale delle somme attribuite ai soci, unitamente all'applicazione dell'art. 166 t.u.i.r., al punto che potrebbe persino rivelarsi più conveniente deliberare direttamente lo scioglimento e la messa in liquidazione, onde applicare la disciplina di cui all'art. 182 TUIR, soprattutto nel caso in cui vi sia un rilevante avviamento, la cui tassabilità risulterebbe in tal caso esclusa.

Al di fuori di questa ipotesi-limite (e salvo, ovviamente, il caso delle società di persone tassate per trasparenza), invece, dovrà escludersi qualsiasi effetto immediato in capo ai soci di società di capitali.

Sotto questo profilo, la disciplina in esame, nel ridurre significativamente le ipotesi di discontinuità giuridica, si risolve dunque in un vantaggio anche per i soci della società.

Al tempo stesso, l'ipotesi della "trasformazione" consente adesso di allineare la *lex societatis* alla residenza fiscale delle società, riducendo così quelle situazioni "ibride" di società di diritto estero che, non potendo abbandonare la legge di partenza, allocavano il solo *place of effective management* in un altro Stato per essere ivi considerate fiscalmente residenti.

A ciò si aggiunge, infine, che lo Schema di Direttiva affronta anche il caso delle società che, nonostante il cambio di "sede", desiderino continuare ad essere regolate dal diritto dello Stato d'origine, prevedendo però requisiti stringenti. Si stabilisce, infatti, che le società possono stabilire una sede all'estero, ma solo per lo svolgimento delle riunioni dei soci e per il deposito di atti e documenti inerenti alla società, a condizione che sia mantenuta la sede sociale nel territorio dello Stato.

Si precisa, peraltro, nel nuovo art. 2510-*bis* c.c. destinato ad accogliere l'indicata novità, che «è fatta salva la facoltà delle società di stabilire fuori dal territorio dello Stato la sede dell'amministrazione, l'oggetto principale o la residenza fiscale», sicché, la "sede sociale" va necessariamente mantenuta in Italia e con essa, pertanto, anche uno dei requisiti di cui all'art. 73, co. 3, TUIR previsti, in via alternativa, al fine dell'attribuzione della residenza fiscale in Italia ai soggetti IRES. Ne consegue che la "residenza fiscale" cui la nuova norma fa riferimento non può che essere quella attribuita anche dallo Stato di destinazione e, in forza dell'applicazione della *tie breaker rule*, di regola prevalente per effetto della localizzazione del *Place of Effective Management* all'estero ove le singole convenzioni internazionali lo prevedano quale *tie breaker rule* ⁽¹⁴⁾ – ove si svolgano appunto le riunioni dei soci in cui si formino le decisioni fondamentali per la vita dell'impresa – sulla mera "sede sociale" (*ergo*, residenza fiscale ai sensi dell'art. 73, co. 3, TUIR) invece rimasta in Italia.

Si precisa, inoltre, che una siffatta forma di stabilimento non costituisce causa di recesso ai sensi dell'art. 2437 c.c. – diversamente da quanto accade per le trasformazioni ai sensi dell'art. 9 – e non costituisce causa di cancellazione dal registro delle imprese né fa venir meno la giurisdizione collegata alla sede sociale.

5. Sui rapporti con la normativa tributaria "sostanziale". - Con specifico riferimento ai rapporti con il diritto tributario sostanziale, le operazioni oggetto dello

⁽¹⁴⁾ Come noto, infatti, il Modello di Convenzione OCSE, a partire dalla versione del 2017, non prevede più il *Place of Effective Management* quale unica *tie breaker rule* per i soggetti diversi dalle persone fisiche. Infatti: a) l'articolo 4, paragrafo 3, del Modello dispone che: «Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors (...);»; b) il paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4, paragrafo 3, del Modello dispone che «Competent authorities having to apply paragraph 3 would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of the person's board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept (...).».

Schema di attuazione in esame sono attualmente disciplinate, dal punto di vista tributario:

a) quanto alle operazioni societarie *intra*-UE – per quanto qui di interesse, le fusioni e scissioni fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell’Unione Europea – dalle disposizioni di recepimento della direttiva n. 90/434/CEE e s.m.i. contenute agli artt. 178 ss. TUIR, le quali prevedono la “neutralità fiscale” di siffatte operazioni;

b) quanto alla “trasformazione”, dall’art. 166 TUIR.

Si tratta, per quanto attiene all’art. 166, TUIR, di una norma che ha subito ripetute modifiche rispetto all’originario art. 20-*bis*, TUIR introdotto con il d.l. n. 41/95, che si componeva di soli due commi, l’uno sul realizzo a valore normale della plusvalenza latente, l’altro sui fondi di imposta. Tale disposizione si era infatti prima arricchita con una previsione sulle perdite pregresse ed una sulla imposizione in capo ai soci, e poi tramite una previsione *ad hoc* per l’ipotesi di trasferimento in Stati appartenenti all’Unione europea ovvero in Stati aderenti all’Accordo sullo Spazio economico europeo con i quali l’Italia aveva stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE, ivi prevedendosi, atteso il livello di complessità ormai raggiunto dalla giurisprudenza unionale sopra richiamata, un inedito rinvio da parte del legislatore – probabilmente timoroso di sbagliare – in punto di sospensione degli effetti del realizzo, direttamente «*ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2011, causa C-371-10, National Grid Indus BV*» (rinvio poi eliminato con il d.lgs. n. 147/2015).

La nuova versione dell’art. 166 TUIR introdotta dal d.lgs. n. 142/2018, recependo l’art. 5 della Direttiva ATAD e cogliendo anche l’occasione per recepire e “codificare” alcune indicazioni interpretative nel frattempo fornite dall’Agenzia delle Entrate, ha innovato profondamente l’assetto normativo preesistente, pervenendosi ad una elefantia disciplina di ben quindici commi.

Per quanto qui di interesse, esso ne ha mutato completamente l’oggetto: non più il solo trasferimento della residenza – o della stabile organizzazione, come precedentemente indicato nei decreti attuativi – all’estero, ma un’imposizione generalizzata su ogni tipo di perdita di collegamento con la potestà impositiva italiana “territoriale” dei *soggetti* che esercitano imprese commerciali (residenti e non residenti con stabile organizzazione in Italia) o di singoli elementi dell’attivo. Risultando, dunque, comprese nell’ambito oggettivo di applicazione della disposizione anche le seguenti ipotesi: *i)* il trasferimento di attivi ad una stabile organizzazione estera in *branch exemption*; *ii)* il trasferimento all’estero (alla casa madre non residente o ad un’altra stabile organizzazione situata all’estero) di una stabile organizzazione italiana o di suoi attivi; *iii)* la fusione in una società non residente o la scissione a favore di una società non residente; *iv)* il conferimento di una stabile organizzazione estera o di un suo ramo a favore di un soggetto fiscalmente residente all’estero.

Ciò ha comportato, come noto, l’abrogazione dell’art. 179, co. 6, TUIR, che, con riferimento alle fusioni, scissioni e conferimenti di attivi *intra*-UE, disponeva che «*Si considerano realizzati al valore normale i componenti dell’azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni indicate alle lettere da a) a d) del comma 1 dell’articolo 178, non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente alle predette operazioni i componenti conferiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. 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».

Ne deriva, dunque, che le modalità “attuative” civilistiche delle operazioni societarie transnazionali di cui alla Direttiva qui in attuazione, dovranno necessariamente tenere conto degli eventuali effetti di perdita di collegamento con la potestà impositiva derivanti dagli specifici assetti organizzativi prescelti.

V'è tuttavia un profilo ulteriore sul quale la disciplina che si va qui ad introdurre è suscettibile di incidere, e in particolare quello del rapporto tra la disciplina CFC e le operazioni straordinarie, ivi compreso il rapporto con l'art. 166 TUIR ⁽¹⁵⁾.

Si pensi, innanzitutto, alla questione del trasferimento “estero su estero” di una società controllata soggetta al regime CFC, la cui rilevanza impositiva ai fini dell'art. 166 TUIR viene esclusa dall'Amministrazione finanziaria ⁽¹⁶⁾, e ciò deve ritenersi sia in caso di “continuità giuridica” – non comportando il regime CFC l'attrazione della residenza fiscale della società controllata estera in Italia e dunque neanche un suo ipotetico trasferimento all'estero comportante la perdita della potestà impositiva italiana; sia in caso di “discontinuità giuridica”, essendo in tal caso l'ipotesi realizzativa di cui all'art. 166, TUIR in ogni caso posposta, per quanto sopra ampiamente illustrato, rispetto a quella già prevista dall'art. 86, co. 1, lett. c), TUIR. In questo caso, peraltro, si porrebbe una questione anche per gli altri soci residenti, soggetti ad imposizione sugli eventuali redditi derivanti dalla distribuzione degli attivi patrimoniali della CFC, ai sensi dell'art. 47, co. 7 e dell'art. 86, co. 5-bis, TUIR. Sicché, sotto questo profilo, il ridimensionamento delle ipotesi di discontinuità per effetto della disciplina unionale in corso di implementazione, comporta un corrispondente ridimensionamento anche del problema testé evidenziato.

Oppure, alla tesi, sempre sostenuta dall'Amministrazione finanziaria, secondo cui una fusione “estero su estero” sarebbe fiscalmente neutrale, sia ai fini dell'applicazione dell'art. 167, TUIR che ad altri fini (ad es., ai fini della non neutralità del concambio per il socio italiano o della tassazione delle plusvalenze di eventuali stabili organizzazioni italiane), solo se retta da una disciplina di diritto societario equiparabile a quella che governa le fusioni tra società nazionali in base al codice civile, e in particolare solo ove ricorrano, contemporaneamente, le seguenti condizioni: *i)* l'operazione produce effetti giuridici analoghi a quelli delle operazioni di fusione regolate dalla legislazione civilistica italiana; *ii)* i soggetti coinvolti hanno una forma giuridica sostanzialmente analoga a quella prevista per le società di diritto italiano; *iii)* l'operazione produce effetti in Italia sulla posizione fiscale di almeno uno dei soggetti coinvolti. Al di là delle criticità intrinseche di questa tesi ⁽¹⁷⁾, risulta evidente come la disciplina della cui attuazione qui si discute appare foriera di novità significative, sia per quanto attiene alla sua applicabilità ad enti diversi dalle società, sia per quanto riguarda la maggior armonizzazione della disciplina civilistica applicabile in tali ipotesi, tali dunque da limitare notevolmente il rischio di effetti di tipo realizzativo in capo ad una o persino ad entrambe le società coinvolte dall'operazione e, dunque, dei conseguenti riflessi impositivi in capo alla società residente controllante soggetta al regime CFC e agli altri soci.

⁽¹⁵⁾ Su tale tema, si v. R. MICHELUTTI, E. IASCONI, *Trasferimento di sede e fusione di CFC*, in *Corr. trib.*, 2022, p. 436 ss.; E. MICHELUTTI, L. ROSSI, E. IASCONI, *Le operazioni straordinarie riguardanti la CFC*, in AA.VV. (a cura di S. Marchese e L. Miele), *Le società controllate estere*, Milano, 2022, p. 254 ss.

⁽¹⁶⁾ Circ. Ag. Entrate 27 dicembre 2021, n. 18/E.

⁽¹⁷⁾ Bene evidenziate da R. MICHELUTTI, E. IASCONI, *Trasferimento di sede e fusione di CFC*, cit., p. 441.

6. *Sulla tutela del credito erariale.* - Importanti sono anche i profili relativi alla tutela del credito erariale, dovendosi peraltro considerare che una delle principali novità della Direttiva 2019/2121 è costituita proprio dall'assetto di tutele apprestato a protezione dei creditori.

Di tale questione si occupa, in particolare, l'art. 30 dello Schema, a mente del quale quando dalla fusione transfrontaliera risulta una società soggetta alla legge di altro Stato, la società italiana che partecipa alla fusione, con la richiesta del certificato preliminare, è tenuta a dimostrare, mediante le pertinenti certificazioni, di non avere debiti nei confronti di amministrazioni o enti pubblici o di averli soddisfatti o garantiti in conformità all'art. 31, rilevando, a tal fine, anche i debiti tributari certificati dall'Agenzia dell'Entrate o dall'Agente della riscossione, anche non definitivamente accertati.

Il successivo art. 31 precisa tuttavia che l'obbligo di soddisfare o garantire i debiti tributari può ammettersi soltanto in ipotesi-limite, riguardanti l'avvenuta evidenziazione di dubbi significativi sulla capacità della società di mantenere la continuità aziendale, la sussistenza di uno stato di liquidazione o la sua avvenuta revoca nel triennio antecedente la data di pubblicazione del progetto di fusione, un patrimonio netto negativo o inferiore al minimo legale o, infine, l'omesso deposito di almeno un bilancio nell'ulterimo triennio.

Ne deriva, dunque, che l'esistenza di "debiti fiscali" in quanto tale non può costituire un ostacolo alla realizzazione delle operazioni di cui si discute e al rilascio del c.d. "certificato preliminare", salvo che nel caso delle indicate situazioni patologiche, in cui il legislatore "presume" che l'operazione possa essere meramente preordinata alla sottrazione di garanzie al Fisco o ad altro Ente pubblico.

Resta peraltro sullo sfondo la previsione, le cui conseguenze sono tutte da verificare, contenuta all'art. 29, co. 3, dello Schema, laddove dispone che *«Ai fini del rilascio del certificato preliminare, sulla base della documentazione, delle informazioni e delle dichiarazioni a sua disposizione, il notaio verifica (...) g) che, in base alle informazioni e ai documenti ricevuti o acquisiti, la fusione non sia effettuata per scopi manifestamente abusivi o fraudolenti, dai quali consegue la violazione o l'elusione di una norma imperativa del diritto dell'Unione o della legge italiana, e che non sia finalizzata alla commissione di reati secondo la legge italiana»*. Si pensi, ad esempio, al reato di cui all'art. 11, D.lgs. n. 74/2000, riguardante la sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Il controllo notarile qui previsto parrebbe rappresentare un *unicum* nel sistema positivo, non risultando a chi scrive che al notaio sia mai stato attribuito un controllo in relazione a scopi abusivi o fraudolenti, men che meno di natura tributaria, essendo quest'ultimo stato sempre concepito come un controllo di legittimità e non di merito. E la valutazione dell'abusività o della fraudolenza, al contrario, dovrebbe comportare la valutazione del merito delle ragioni che hanno indotto le società a porre in essere l'operazione. La stessa lettera della norma appare contraddittoria, poiché laddove fa riferimento alla *«violazione ... di una norma imperativa del diritto dell'Unione o della legge italiana»* implica una vera e propria duplicazione del controllo di legittimità, che *naturaliter* pertiene al notaio e che prescinde dalla sussistenza di scopi abusivi o fraudolenti; laddove, invece, fa riferimento alla *«elusione di una norma imperativa del diritto dell'Unione o della legge italiana»* ovvero alla finalizzazione *«alla commissione di reati secondo la legge italiana»*, deborda in un controllo sul merito delle ragioni che hanno ispirato le scelte delle società coinvolte, che non è tradizionalmente insito nelle funzioni notarili. Unico elemento finalizzato a porre un argine a tale estensione è dunque rappresentato dal fatto che il controllo in questione si attivi nel solo caso di scopi *«manifestamente abusivi o fraudolenti»*, salvo naturalmente che il notaio sia stato messo a conoscenza degli scopi abusivi o fraudolenti o abbia addirittura ispirato i medesimi.

Gli artt. 30 e 31 cit. vengono poi richiamati dall'art. 42 in materia di scissione, e prima ancora dall'art. 7 in materia di "trasformazione".

Senonché, si pone qui una questione importante relativa alla responsabilità delle beneficiarie in caso di scissione.

Lo Schema in esame riproduce il principio civilistico secondo cui la beneficiaria risponde a titolo solidale per le obbligazioni della scissa nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato. Ciò avviene in virtù sia del generale richiamo alle disposizioni di cui al titolo V, capo X, sezione III del libro V del codice civile; sia mediante la previsione, contenuta all'art. 43, co. 3, secondo cui nel caso in cui la destinazione di un elemento del passivo non sia desumibile dal progetto, opera una responsabilità solidale tra scissa e beneficiaria, ma essa «è limitata al valore effettivo del patrimonio netto assegnato o mantenuto da ciascuna società».

Il che significa, quanto al rinvio, che: i) la relazione dell'organo amministrativo ai sensi dell'articolo 2506-ter, comma 2, cod. civ., «deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa»; ii) ai sensi dell'articolo 2506-quater, comma 3, cod. civ., «ciascuna società è solidamente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto a essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico».

Quanto alla disposizione di cui all'art. 43, co. 3 cit., essa riproduce quanto già previsto, in analoga fattispecie, dall'art. 2506-bis, co. 3, c.c. e attua l'art. 160-undecies, par. 2 della Direttiva, secondo cui «Se un creditore della società scissa non riceve il pagamento dalla società a cui il debito è assegnato, le altre società beneficiarie, nonché la società scissa in caso di scissione parziale o tramite scorporo, sono responsabili di tale obbligo in solido con la società a cui il debito è assegnato. Ciascuna società interessata dalla scissione è tuttavia responsabile in solido nei limiti del valore del patrimonio netto assegnatole alla data di efficacia della scissione».

Così stando le cose, si pone il problema dell'interpretazione da attribuire all'art. 173, co. 13, TUIR, secondo cui «I controlli, gli accertamenti e ogni altro procedimento relativo ai suddetti obblighi sono svolti nei confronti della società scissa o, nel caso di scissione totale, di quella appositamente designata, ferma restando la competenza dell'ufficio dell'Agenzia delle entrate della società scissa. Se la designazione è omessa, si considera designata la beneficiaria nominata per prima nell'atto di scissione. Le altre società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito e anche nei loro confronti possono essere adottati i provvedimenti cautelari previsti dalla legge. Le società coobbligate hanno facoltà di partecipare ai suddetti procedimenti e di prendere cognizione dei relativi atti, senza oneri di avvisi o di altri adempimenti per l'Amministrazione».

Tale disposizione, nonostante il diverso ed unanime parere della dottrina ⁽¹⁹⁾, è stata infatti interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, anche costituzionale, come deroga alla disciplina civilistica, tale da legittimare la responsabilità solidale illimitata della società beneficiaria ⁽²⁰⁾.

Si tratta di una tesi che si presta a fondati dubbi già sotto il profilo "nazionale".

⁽¹⁹⁾ Per i riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a G. MELIS, F. MONTANARI, *Sulla responsabilità tributaria nelle operazioni di scissione parziale (nota a Corte Cost., 26.04.2018, n. 90)*, in *Rassegna tributaria*, 2018, p. 699 ss.

⁽²⁰⁾ Cass., n. 4987/2020; Cass., n. 9594/2016; n. 23342/2016; Corte cost., n. 90/2018.

A tacere dei profili di irragionevolezza in considerazione dell'alterazione della neutralità fiscale che una siffatta responsabilità comporta, con i conseguenti intralci alle riorganizzazioni aziendali, e della violazione del principio di capacità contributiva in presenza di una responsabilità illimitata per debiti fiscali incerti nell'*an* e nel *quantum* a fronte dei quali le beneficiarie non si troverebbero nelle condizioni di ricevere con certezza la provvista, è sufficiente considerare, sotto il profilo del rapporto tra l'obbligazione tributaria e il diritto comune qui in esame, che la normale responsabilità *intra vires* è principio comune delle successioni, sicché l'ambiguità del legislatore tributario sull'"intensità" della responsabilità solidale delle beneficiarie, non può di certo essere intesa come significativa di una diversa speciale volontà legislativa. A ciò si aggiunga che tale rafforzamento si appalesa del tutto "sproporzionato" rispetto ad una disciplina civilistica già di per sé idonea ad assicurare ampia tutela agli interessi erariali, da un lato conservandosi interamente l'effettivo valore del patrimonio aziendale senza che si disperda garanzia alcuna ⁽²¹⁾ – sia pure rispetto ad una pluralità di soggetti nei cui confronti, tuttavia, il Fisco dispone di poteri di autotutela di cui un normale creditore è privo – dall'altro dovendosi tenere conto che la ricostruzione giurisprudenziale più recente prevede la possibilità di agire senza preventiva escussione della società cui il debito è rimasto ⁽²²⁾, dall'altro ancora essendo ormai ammessa l'esperibilità, anche per le scissioni, dell'azione *ex art. 2901 c.c.* ⁽²³⁾, azione di cui può avvalersi anche il Fisco-creditore ⁽²⁴⁾.

Ma la tesi diviene ancor più "critica" allorché si passi alle operazioni transnazionali, traducendosi essa in un rilevante ostacolo alla libertà di stabilimento che, anche alla luce della chiara previsione dell'art. 160 *undecies* cit., che non fa alcuna distinzione a seconda della natura del creditore – pubblico o privato che sia – non può che condurre ad un deciso rigetto della tesi interpretativa "estensiva" appena evocata.

Poiché, tuttavia, il punto 53 dei Considerando alla Direttiva afferma, genericamente, che «*La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni giuridiche e amministrative del diritto tributario nazionale degli Stati membri ovvero di loro suddivisioni territoriali e amministrative, anche in termini di applicazione delle norme fiscali nelle trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere*», sarebbe probabilmente opportuna la previsione di una disposizione *ad hoc* che espliciti l'applicabilità dell'indicato principio della responsabilità solidale "limitata" anche ai debiti di natura tributaria, se non addirittura, rappresentare l'occasione per introdurre una siffatta specificazione all'interno dello stesso art. 2506-*bis*, co. 3, c.c., e così rimuovere quello che, ad oggi, costituisce il principale ostacolo alle riorganizzazioni interne mediante scissioni ove finalizzate, come tipicamente accade, alla creazione di contenitori destinati a circolare.

Vi è, tuttavia, una seconda questione, stavolta riguardante la disciplina speciale di cui all'art. 166, TUIR.

Come noto, a seguito del recepimento della Direttiva ATAD è venuto meno il regime di "sospensione di imposta" per l'*exit tax* originariamente previsto.

L'alternativa – peraltro limitata ai soli Stati UE e SEE con accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE – è infatti solo più tra la tassazione immediata e la tassazione rateizzata.

⁽²¹⁾ Cass., n. 4455/2016.

⁽²²⁾ Cass., n. 7914/2015.

⁽²³⁾ Cass., n. 2153/2021; Cass., n. 31654/2019; Corte di giustizia UE, 30 gennaio 2020, C-394/18.

⁽²⁴⁾ Cass., n. 30737/2019.

L'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 142/2018 fa peraltro salvo il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 10 luglio 2014, n. 92134, le cui disposizioni continuano ad essere applicabili, in quanto compatibili, con la nuova normativa. Si prevede solo che «*Con uno o piu' provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate possono essere emanate disposizioni di attuazione del presente articolo, finalizzate a individuare le modalità di esercizio dell'opzione di cui al comma 9, le circostanze in cui l'efficacia di tale opzione può essere subordinata alla prestazione di garanzie e l'entità e la forma tecnica di tali garanzie, nonché le modalità di monitoraggio dell'eventuale verificarsi delle ipotesi di decadenza dalla rateazione di cui al comma 12*» (comma 15). Dunque, un sistema di garanzie nel caso di opzione per la rateizzazione.

Come è noto, nel caso *National Grid Indus* ⁽²⁵⁾, la Corte aveva mutato opinione proprio sul sistema delle garanzie. Pur profilando un equilibrio del “sistema” nella possibilità di scelta dell'impresa tra tassazione immediata senza oneri amministrativi e tassazione differita con oneri amministrativi necessari per monitorare efficacemente gli *assets* oggetto di trasferimento – a nulla rilevando le eventuali difficoltà che l'Amministrazione finanziaria incontrasse in relazione a siffatto monitoraggio – essa aveva infatti considerato per la prima volta legittime le garanzie bancarie onde contenere «*il rischio di mancata riscossione dell'imposta, che aumenta con il passare del tempo*» (punto 74).

Proprio a seguito di tale sentenza, la Corte di giustizia si pronunciava sulla normativa fiscale portoghese ⁽²⁶⁾, olandese ⁽²⁷⁾, spagnola ⁽²⁸⁾ e danese ⁽²⁹⁾, tutte ritenute in violazione del Trattato nella parte in cui prevedevano l'imposizione immediata delle plusvalenze latenti in occasione del trasferimento di sede e/o degli elementi dell'attivo (con l'unica eccezione della cessazione di attività, poiché di regola generatrice di plusvalenze anche in fattispecie puramente nazionali); altri Stati (Italia, Regno Unito, Regno Unito e Belgio) si sottraevano al procedimento giurisdizionale, avendo dichiarato, a seguito dell'apertura della procedura di infrazione, di voler adeguare la loro legislazione ai nuovi principi.

Senonché, come detto, la Direttiva ATAD ha al contrario legittimato la tassazione immediata delle plusvalenze latenti, consentendo, come visto, solo una rateazione delle somme se del caso previa prestazione di garanzie.

Si tratta di una soluzione che deriva, a giudizio di chi scrive, dalla confusione tra tassazione “differita” – che in *National Grid Indus* riguardava il momento di effettiva realizzazione della plusvalenza – e tassazione “rateizzata”, che altro non è se non una tassazione immediata ripartita nel tempo, fatta dalla Corte di giustizia UE nel caso *DMC* ⁽³⁰⁾ e nel caso *Verder LabTec* ⁽³¹⁾, entrambi relative ad una ipotesi di trasferimento di attivi, in cui la Corte, richiamati i principi di *National Grid Indus* relativi alla scelta da lasciare al contribuente tra tassazione immediata e tassazione differita accompagnata da oneri dichiarativi, interessi e garanzie (queste ultime, tuttavia, precedute da una valutazione del rischio di mancato recupero: punto 67), ha poi ritenuto che a tale

⁽²⁵⁾ Corte di giustizia UE, 29 novembre 2011, C-371/10, *National Grid Indus*.

⁽²⁶⁾ Corte di giustizia UE, 6 settembre 2012, C-38/10, *Commissione v. Repubblica portoghese*.

⁽²⁷⁾ Corte di giustizia UE, 31 gennaio 2013, C-301/11, *Commissione v. Regno dei Paesi bassi*.

⁽²⁸⁾ Corte di giustizia UE, 25 aprile 2013, C-64/11, *Commissione v. Regno di Spagna*.

⁽²⁹⁾ Corte di giustizia UE, 18 luglio 2013, C-261/11, *Commissione v. Regno di Danimarca*.

⁽³⁰⁾ Corte di giustizia UE, 23 gennaio 2014, C-164/12, *DMC*.

⁽³¹⁾ Corte di giustizia UE, 21 maggio 2015, C-657/13, *Verder LabTec*.

principio sia conforme la normativa tedesca nel momento in cui lascia «*la scelta al contribuente tra una riscossione immediata o scaglionata su cinque annualità*».

Che si sia trattato di una “svista” emerge dal successivo caso *A Oy* ⁽³²⁾, in cui la Corte si è trovata dinanzi ad una ipotesi di conferimento di stabile organizzazione estera di società residente in società non residente, peraltro disciplinata dall’art. 10, co. 2, della Direttiva n. 90/435/CE, che prevede il diritto dello Stato membro di tassare la plusvalenza purché esso riconosca un credito per l’imposta che sarebbe stata pagata nello Stato in cui è situata la stabile organizzazione. Disposizione, questa, che il contribuente riteneva non preclusiva della possibilità di “differimento” dell’imposizione, specificando la Direttiva solo il *diritto* di imposizione dello Stato di partenza, ma non anche il *momento* in cui tale diritto avrebbe dovuto essere esercitato.

Dopo aver ritenuto che il *tertium comparationis* possa essere rinvenuto in un conferimento di “stabile organizzazione” tra due società residenti, sussistendo dunque un’evidente restrizione all’apertura di stabili organizzazioni in un altro Stato membro, essa ribadisce, ancora una volta, che la giustificazione di una siffatta tassazione poggia sul principio di territorialità, per poi passare alla verifica della proporzionalità.

Tale requisito viene in particolare soddisfatto dalla determinazione del *quantum* al momento del conferimento, mentre per quanto riguarda la tassazione immediata o differita, la Corte richiama proprio il principio enunciato nel caso *National Grid Indus*, rendendo chiaro che tassazione “differita” significa tassazione *al momento dell’effettivo realizzo* e non già tassazione *rateizzata*, non avendo altrimenti senso il richiamo agli oneri amministrativi connessi al monitoraggio dei beni per i quali lo Stato di partenza ha perso la potestà impositiva (punto 35-37).

Ma vi è un passaggio non meno rilevante. La Corte afferma, infatti, che tale ultima conclusione non può essere «*rimessa in discussione dal fatto che la normativa in esame consenta, conformemente all’articolo 10, paragrafo 2, della Direttiva fusioni, la detrazione dell’imposta cui, in assenza della disciplina istituita dalla direttiva medesima, dette plusvalenze sarebbero state assoggettate, nello Stato membro di sede della stabile organizzazione non residente, considerato che il carattere sproporzionato della normativa de qua non dipende dal quantum dell’imposta dovuta, bensì risiede nel fatto che essa non prevede la possibilità, a favore del contribuente, di differire il momento dell’assolvimento dell’imposta stessa*».

Insomma, un conto è il *diritto* dello Stato di partenza a tassare la plusvalenza latente (al netto dell’imposta prelevabile nello Stato di ubicazione della stabile organizzazione oggetto di conferimento), altro è – come appunto sostenuto dal contribuente nelle sue difese – il *momento* in cui tale diritto deve essere esercitato. Il che apre, chiaramente, ad un’interpretazione della Direttiva conforme al Trattato.

Infine, le conclusioni di *National Grid Indus* sono state ribadite nel caso *Wächtler* ⁽³³⁾, essendo evidente che il concetto di “differimento” coincide con quello di “momento di realizzazione”, reso appunto possibile dall’esistenza di un accordo di scambio di informazioni tra Germania (stato di partenza) e Svizzera (stato di destinazione).

Ebbene, se così stanno le cose, diventa davvero incomprensibile l’affermazione – salvo per la sua collocazione temporale tra *DMC/Verder Tec Lab* e *A Oy* – contenuta nella Relazione alla Proposta ATAD del 28.01.2016, secondo cui «*la presente direttiva*

⁽³²⁾ Corte di giustizia UE, 23 novembre 2017, C-292/16, *A Oy*.

⁽³³⁾ Corte di giustizia, 26 febbraio 2019, C-581/17, *Wächtler*.

affronta la questione dell'imposizione in uscita anche dal punto di vista del diritto unionale offrendo ai contribuenti la possibilità di dilazionare il pagamento dell'importo dell'imposta su un certo numero di anni e di versare il saldo mediante pagamenti scaglionati». Il Consiglio cade pertanto nel medesimo equivoco delle sentenze DMC e Verder LabTec, il che è confermato dalle Premesse della Proposta, laddove afferma che «i contribuenti dovrebbero avere il diritto di versare immediatamente l'importo dell'imposta in uscita dovuta o di dilazionare il pagamento dell'importo dell'imposta, eventualmente maggiorato degli interessi e di una garanzia, su un certo numero di anni e di saldare il loro debito fiscale tramite pagamenti scaglionati». Considerazioni non diverse sono contenute nei Considerando della Direttiva del 12.07.2016 (par. 10).

Si tratta, dunque, di un evidente equivoco, il quale non può di certo essere “recuperato” sotto il cappello del contrasto all’elusione fiscale, che, come noto, non è in alcun modo idoneo a giustificare le *exit taxes*; né tanto meno in ragione dell’obbligo dello stato di destinazione di assumere il valore in “uscita” come valore di “ingresso”, posto che tale profilo, come visto, rappresenta una semplice conseguenza del principio della ripartizione del potere impositivo e ha la mera finalità di evitare la doppia imposizione, da un lato non dovendo lo stato di partenza tenere conto delle diminuzioni di valore *post-trasferimento*, dall’altro non dovendo lo Stato di destinazione – in mancanza di una disciplina *ad hoc*, adesso prevista – tenere conto del valore in uscita ai fini della determinazione del valore in ingresso, attinendo entrambi gli aspetti alla c.d. “quasi-discriminazione”.

In questo modo, ci si pone in frontale contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia ⁽³⁴⁾, senza peraltro che si renda possibile quell’interpretazione adeguatrice posta in essere dalla Corte nel caso *A Oy*: se la giustificazione è il principio di “territorialità”, esso deve essere assicurato dalla tassazione della plusvalenza al momento dell’effettivo realizzo accompagnata da un sistema dichiarativo idoneo, da garanzie (laddove se ne presenti la necessità) e da interessi; se la giustificazione è, invece, il contrasto all’elusione fiscale, la Direttiva finisce per “presumerla” *iuris et de iure*, in violazione del decennale *acquis* giurisprudenziale in materia.

Fatto sta che la soppressione della possibilità del *tax deferral* disposta dalla Direttiva ATAD ha ovviamente semplificato notevolmente la disciplina attuativa, non rendendosi più necessario prevedere: i) le ipotesi per le quali il *tax deferral* non può operare – originariamente individuate nei beni che originano ricavi, nei fondi in sospensione di imposta non ricostituiti nel patrimonio della stabile organizzazione e negli altri componenti positivi e negativi per i quali la deduzione o tassazione sia stata rinviata in conformità alle disposizioni del TUIR; ii) le ipotesi per le quali, pur potendo il *tax deferral* operare, si attua un progressivo recupero a tassazione *prima* dell’effettiva realizzazione del bene (beni e diritti ammortizzabili e partecipazioni); iii) le modalità di calcolo della plusvalenza da recuperare nel caso di realizzo parziale dei beni oggetto di sospensione, secondo la regola del rapporto tra il maggior valore del bene oggetto di realizzo e la sommatoria di tutti i maggiori valori dei beni trasferiti

Concludendo, rilevati comunque i seri dubbi sull’attuale assetto dell’art. 166, TUIR, deve ritenersi che la disciplina delle garanzie ivi prevista resti “insensibile” alle disposizioni, di carattere generale, previste dagli artt. 29 e 30 sopra citati, che tali

⁽³⁴⁾ Non si condivide, dunque, l’affermazione di M. PIAZZA, *Exit tax, plusvalenza calcolata in base al valore di mercato*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 dicembre 2018, p. 25, secondo cui il decreto n. 142/2018 avrebbe previsto una disciplina «omogenea e coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libertà di stabilimento».

garanzie prevedono solo in casi limitati. Al contrario e proprio in attuazione di tali disposizioni di carattere generale, il pagamento delle *exit taxes* non potrà costituire condizione per il rilascio del “certificato preliminare”.

7. *Su talune questioni temporali.* - Come noto, il legislatore ha risolto, in occasione dell’adeguamento alla Direttiva ATAD, la questione di quando si determina la perdita della residenza fiscale, prevedendo al comma 7 dell’art. 166 che i redditi, a seconda della tipologia di operazione coinvolta, «sono determinati in via definitiva» con riferimento ad un determinato momento, che, nel caso del trasferimento di residenza fiscale, coincide con la «fine dell’ultimo periodo d’imposta di residenza fiscale in Italia».

Ne deriva che i beni da valorizzare e il valore da assumere vanno riferiti a quel determinato momento; se, dunque, il trasferimento avviene il 31.03.X, i beni da valorizzare e il valore da assumere sono quelli al 31.12.X-1; se invece il trasferimento avviene il 31.07.X, i beni da valorizzare e il valore da assumere sono quelli al 31.12.X; che tutti gli atti dispositivi compiuti *anteriamente* a tale momento avranno una loro autonomia impositiva e non confluiranno nella plusvalenza unitariamente determinata; che tutti gli atti dispositivi compiuti *successivamente* a tale momento dovranno considerarsi invece fiscalmente irrilevanti, poiché “assorbiti” nel valore della plusvalenza unitariamente determinata.

Tale ultimo profilo forma peraltro oggetto di una disposizione *ad hoc* – il comma 8 – secondo cui «ai fini del comma 7 non si tiene conto delle minusvalenze o delle plusvalenze realizzate successivamente al momento in cui sono determinati in via definitiva i redditi», anche se tale disposizione ha in realtà una valenza ben più ampia, riferendosi anche (e soprattutto) all’irrelevanza delle vicende intervenute successivamente al trasferimento di residenza ai fini della determinazione della *exit tax* affermata dalla Corte di giustizia UE dal caso *National Grid Indus* in avanti.

Questa previsione normativa, se sicuramente risolve uno dei principali problemi che la norma poneva, non risolve tuttavia il problema della determinazione del *momento* nel quale il trasferimento possa dirsi avvenuto e quindi possano definitivamente ritenuti perduti i requisiti per il mantenimento della residenza fiscale in Italia.

Il tema è stato esaminato dall’a.f. relativamente alla residenza fiscale di una società che aveva trasferito la propria sede dalla Spagna in Italia, procedendo a tutti gli adempimenti nello Stato di provenienza (delibera di trasferimento di sede e sua iscrizione nel registro delle imprese) nel corso del primo semestre, e a quelli nello Stato di destinazione (deposito dell’atto estero presso un notaio e sua iscrizione nel registro delle imprese) nel corso del secondo semestre⁽³⁵⁾.

In tale occasione, infatti, l’a.f. ha distinto a seconda degli effetti verificatisi nello Stato di partenza, se di tipo liquidatorio o meno, rinvenendo un effetto di *soluzione di continuità* nel primo caso, con conseguente “ricostituzione” del soggetto nel nostro ordinamento, e di *continuità giuridica* nel secondo, operando in tal caso una sorta di “trasformazione giuridica”, nel senso di mera conformazione del soggetto al nostro ordinamento.

⁽³⁵⁾ Ris. Ag. Entrate, 17 gennaio 2006, n. 9/E, in *Il Fisco*, 2006, n. 2, p. 2205 ss. e in *Riv. dir. trib.*, 2006, IV, con nota di E. IASCONI, *Sulla decorrenza della residenza fiscale nel caso di trasferimento in Italia della sede di società estera*, nonché in *Boll. trib.*, 2007, p. 1275 ss., con nota di C. LOLLIO, *Il trasferimento in Italia della sede legale di una società estera e l’acquisto della residenza fiscale*.

La soluzione sul piano internazional-privatistico viene ad incidere, per tale via, anche sull'individuazione del periodo di imposta, "interrotto" nella prima ipotesi, per decorrere *ex novo* in Italia alla stregua delle società neocostituite, e "non interrotto" nella seconda ipotesi, con la conseguenza di dover fare riferimento all'intero periodo di imposta per la valutazione della ricorrenza o meno dell'elemento temporale rilevante ai fini della determinazione dello *status* di soggetto fiscalmente residente ⁽³⁶⁾.

Il tema di quando l'interruzione del periodo di imposta possa dirsi avvenuta è stato ampiamente studiato relativamente alle operazioni straordinarie ⁽³⁷⁾, al fine di determinare i confini dell'autonomo periodo di imposta nelle trasformazioni da società di capitali in società di persone e viceversa, nelle fusioni (per le società incorporate o fuse) e nelle scissioni totali (per la società scissa). Tali momenti sono stati individuati, per la trasformazione, ora nell'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, ora nell'adozione della delibera di trasformazione, ora nella sua omologazione da parte del tribunale, mentre per le operazioni di fusione e scissione si è fatto riferimento alla normativa civilistica, che riconnette l'effetto all'esecuzione dell'ultima delle iscrizioni presso il registro delle imprese delle società coinvolte nell'operazione. Al tempo stesso si è discusso della possibile decorrenza anticipata o posticipata di tali operazioni, sulla base della specifica disciplina civilistica e/o tributaria, e così del rapporto tra retrodatazione contabile e retrodatazione fiscale, dei rapporti tra retrodatazione e soggettività ⁽³⁸⁾ e della possibilità di combinare la disciplina della retrodatazione prevista per fusioni e trasformazioni nel caso di fusioni aventi ad oggetto società di persone e di capitale.

Nel caso di trasferimento della sede all'estero (o dall'estero in Italia), tali problematiche risultano ben più complesse, in quanto la simultanea partecipazione di più ordinamenti, da un lato, rende difficile il coordinamento tra gli effetti civilistici dell'operazione in ciascuno di essi, trasformandosi così in un problema internazional-privatistico, dall'altro, allontana la possibilità di disporre degli effetti delle operazioni anticipandoli o retrodatandoli.

Nel caso di specie, la società aveva deliberato il trasferimento della sede legale dalla Spagna in Italia nel primo semestre e la contestuale trasformazione in una società per azioni secondo il codice civile italiano con le modifiche allo statuto sociale per renderlo conforme alla normativa italiana, con delibera successivamente formalizzata in un atto notarile ed iscritta nel registro delle imprese spagnolo, che provvedeva alla "chiusura provvisoria" della posizione attestando che la chiusura definitiva sarebbe avvenuta solo a seguito dell'accreditamento dell'iscrizione della società nell'organismo competente in

⁽³⁶⁾ Tale tematica potrebbe peraltro assumere rilevanza anche sotto altro profilo, ed in particolare in tutti quei casi in cui l'applicabilità di una determinata disciplina dipenda dall'eventualità che il soggetto si trovi nel primo periodo di imposta: si pensi, ad esempio, alla disciplina delle società di comodo di cui alla L. n. 724/1994. Su tale profilo, vedi G. CORASANITI – P. DE' CAPITANI, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti Ires*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, p. 109.

⁽³⁷⁾ Per tutti, G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, p. 281 s.s. e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

⁽³⁸⁾ Sul punto G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, cit., p. 313, il quale precisa che «quale che sia la data a partire dalla quale le operazioni sono imputate al bilancio della società incorporante o risultante dalla fusione, e quella a partire dalla quale la fusione è efficace ai fini delle imposte reddituali, sino al momento in cui si realizza l'unione delle società partecipanti ci alcuna società è pertanto obbligata a tenere le proprie scritture contabili, ad effettuare eventuali ritenute, a presentare le dichiarazioni i cui termini venissero a scadere, a versare le imposte dovute in base ad esse».

Italia, da effettuare entro sei mesi; decorso inutilmente tale periodo, sarebbe stata riaperta la posizione sul registro delle imprese. A quel punto, nel secondo semestre, si procedeva a redigere un nuovo atto pubblico in Italia, denominato «*Deposito di atti esteri portanti delibera di trasferimento sede sociale in Italia di società estera*», che veniva depositato presso il registro delle imprese italiano.

In questa ipotesi, l'a.f. ha ritenuto che, avvenendo l'operazione in "continuità giuridica", la data del trasferimento fiscale della sede statutaria non potesse che *coincidere* nei due ordinamenti e che tale data dovesse necessariamente essere quella di cancellazione della società dal registro delle imprese spagnolo, rischiandosi altrimenti una situazione di doppia "non residenza".

Tale ultima soluzione non pare tuttavia priva di incertezze, in quanto, da un lato, dovrebbero approfondirsi gli effetti nell'ordinamento spagnolo, atteso che i giudici di legittimità italiani ⁽³⁹⁾ hanno assegnato talvolta alla cancellazione dal registro delle imprese effetto estintivo del soggetto italiano che trasferisce la sede legale all'estero, e dall'altro comprendere se gli effetti costitutivi assegnati dal nostro ordinamento all'iscrizione nel registro delle imprese ⁽⁴⁰⁾ abbiano senso anche nell'ambito di una operazione societaria svolta in regime di "continuità"; né essa pare generalizzabile, dovendo la questione essere risolta caso per caso, sulla base delle norme internazionali-privatistiche di volta in volta interessate dall'operazione.

Basta pensare, ad esempio, all'art. 8, co. 11 del Regolamento n. 2157/2001 sulla Società Europea, che, in caso di trasferimento, prevede prima l'iscrizione nel registro dello Stato di destinazione, e poi la notifica da parte di tale registro a quello in cui la società europea era precedentemente iscritta, ricevuta la quale avviene la cancellazione. Oppure, all'art. 12 della direttiva n. 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere, per i cui effetti si rinviava alle norme nazionali, che nel caso dell'Italia prevedono che la fusione ha effetto quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni del relativo atto presso il registro delle imprese del luogo ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione (art. 2504-*bis* cod. civ.).

Ma, a ben vedere, neanche la soluzione nel caso in esame appare pienamente convincente, in quanto lo stesso art. 25, co. 3 L. n. 218/95 richiede comunque il rispetto delle procedure previste dalla legislazione di *entrambi* gli Stati contraenti, ciò che potrebbe ritenersi verificato soltanto con la registrazione della società in Italia ⁽⁴¹⁾.

Ebbene, in questo contesto interviene il nuovo art. 15 dello Schema di decreto legislativo rubricato "Efficacia ed effetti della trasformazione", che distingue l'ipotesi di "trasformazione" in società estera, da quella di "trasformazione" in società italiana.

⁽³⁹⁾ Cass. SS.UU., 23 gennaio 2004, n. 1244, cit. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza, indipendentemente dal problema del trasferimento di sede, è orientata nel senso di riconoscere che l'estinzione di una società (di capitali o di persone) acquista efficacia nel momento in cui è effettuata l'iscrizione della cancellazione presso il competente registro delle imprese, soprattutto dopo le modifiche apportate dal d. lgs. n. 6/2003 all'art. 2495 cod. civ. (di talché dopo la cancellazione della società i creditori insoddisfatti potrebbero esperire soltanto le azioni contro i soci, essendo la società ormai estinta). Nel senso che la cancellazione sia condizione necessaria e sufficiente per la produzione dell'effetto estintivo, si veda Corte App. Napoli, sez. I, 27 aprile – 6 maggio 2005, in *Impresa*, 2006, p. 1782 ss., con nota di M.C. BALDISSEROTTO.

⁽⁴⁰⁾ Come rileva C. LOLLIO, *Il trasferimento in Italia della sede legale di una società estera e l'acquisto della residenza fiscale*, cit., p. 1280, al fine di dare rilevanza esclusiva all'iscrizione nel registro delle imprese. L'altro argomento utilizzato a tal fine attiene al necessario controllo di legalità relativo agli atti giuridici formati all'estero, sul quale abbiamo tuttavia già espresso talune perplessità.

⁽⁴¹⁾ Vedi A. FRANCO, *Profili tributari del trasferimento della residenza fiscale dall'estero verso l'Italia*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2006, p. 372.

Quanto alla prima, essa afferma che «*la data dalla quale la trasformazione ha effetto è determinata dalla legge applicabile alla società risultante dalla trasformazione*» e che «*la società italiana sottoposta a trasformazione è cancellata dal registro delle imprese quando l'ufficio competente ha provveduto all'iscrizione della società risultante dalla trasformazione, a condizione che si sia provveduto al deposito di cui all'art. 14, comma 1*», vale a dire al deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese dove ha sede la società, entro trenta giorni dall'attestazione di espletamento del controllo di legalità di cui al precedente art. 13, della decisione di trasformazione, unitamente al certificato preliminare e all'attestazione medesima. Pertanto, ai fini della determinazione degli effetti della trasformazione, viene operato un rinvio alla legislazione dello Stato di destinazione, che si ripercuote sulla data in cui la trasformazione ha effetto ai fini della disciplina italiana, indipendentemente dalle formalità espletate in Italia.

Quando alla seconda, essa afferma che «*la trasformazione transfrontaliera in una società regolata dalla legge italiana ha effetto dall'ultima iscrizione della trasformazione nei registri delle imprese in cui sono iscritte la società sottoposta a trasformazione e quella risultante dalla trasformazione*». Il legislatore italiano attribuisce qui rilevanza all'ultima iscrizione della trasformazione, quale che sia lo Stato – quello di partenza (estero) o quello di destinazione (italiano) – in cui essa sia avvenuta. Si ricorda, peraltro, che ai sensi dell'art. 14, co. 2, «*per la società risultante dalla trasformazione che ha adottato la legge italiana, entro trenta giorni dal rilascio dell'attestazione di cui all'articolo 13, comma 1, l'atto costitutivo, unitamente all'attestazione e al certificato preliminare, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del logo dove la società ha sede. Fatte salve altre modalità di trasmissione, l'ufficio del registro delle imprese comunica senza indugio, tramite il BRIS, l'avvenuta iscrizione al corrispondente registro delle imprese in cui è iscritta la società sottoposta a trasformazione*».

In ogni caso, l'accertamento del momento in cui deve ritenersi “modificato” l'elemento formale, rinvenibile nello statuto societario, della sede sociale, non oblitera quello – comportante accertamenti certamente più complessi – relativi alla modifica degli elementi sostanziali – vale a dire, la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale – sicché da un lato il *dies a quo* per la maturazione dell'elemento temporale nel caso di trasferimento in Italia decorrerà dallo spostamento del primo tra i tre elementi costitutivi considerati dalla norma interna ⁽⁴²⁾, e, dall'altro, il mancato trasferimento della sede amministrativa finirà per perpetuare – almeno per le

⁽⁴²⁾ Proprio in relazione alla “continuità” del soggetto che si trasferisce in Italia affermata dall'a.f., ci si potrebbe peraltro domandare se tale riconoscimento operi anche in relazione al periodo di possesso dei beni relativi all'impresa, in tutti quei casi in cui si sia in presenza di una fattispecie a formazione progressiva che si perfezioni con l'integrazione dell'elemento temporale richiesto (ad esempio, ai fini della rateizzazione delle plusvalenze): sui profili di diritto interno, si veda V. MASTROIACOVO, *Operazioni di riorganizzazione societaria e maturazione del periodo di possesso dei cespiti relativi all'impresa*, in AA.VV. (a cura di R. Lupi e D. Stevanato), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 131 ss. Sul problema dell'individuazione del momento in cui possa dirsi integrato il trasferimento della sede amministrativa in Italia, si veda E. IASCONI, *Sulla decorrenza della residenza fiscale nel caso di trasferimento in Italia della sede di società estera*, cit., p. 64 ss., il quale ritiene che si debba fare riferimento alla data del primo “impulso volitivo” attuato nel territorio dello Stato, anche ove il consiglio di amministrazione che ha di fatto segnato la definitiva localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione della società estera sia avvenuto successivamente, salvo che la volontà inizialmente manifestata non risulti contraddetta da accadimenti successivi.

convenzioni contro la doppia imposizione tuttora fondate sulla originaria *tie breaker rule* del *place of effective management* – la localizzazione della residenza fiscale nello Stato di provenienza in presenza di convenzioni internazionali contro la doppia imposizione.

8. Conclusioni. - In conclusione, lo Schema di decreto legislativo che ci si appresta a varare deve ritenersi doppiamente apprezzabile, sia sotto il profilo civilistico ed internazional-privatistico, per rendere finalmente più agevoli queste operazioni tramite la previsione di una disciplina di dettaglio e l'estensione dell'ambito di operatività soggettivo sopra esaminata, sia sotto il profilo tributario, per l'effetto che esso ha di rimensionare sensibilmente il problema del possibile effetto dissolutorio di tali operazioni, con le notevoli ricadute sistematiche sopra esaminate, e anche per fornire una soluzione anche a talune problematiche applicative "dipendenti" dal diritto internazionale privato.

Restano, naturalmente, una serie di problemi da approfondire, sia di natura civilistica – segnalati *supra* a nota 2 – sia di natura tributaria, *in primis* relativamente alla responsabilità ai fini tributari delle beneficiarie di scissioni transnazionali, che rischia di vanificarne la concreta operatività.

Una norma di generale "raccordo" con la disciplina tributaria delle operazioni interessate dallo Schema attuativo potrebbe pertanto rivelarsi utile se non addirittura opportuna.