

***Alma Mater Studiorum – Università di Bologna***

DOTTORATO DI RICERCA IN  
**DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo XXIV

**Settore concorsuale di afferenza:**  
12/D2 DIRITTO TRIBUTARIO

**Settore scientifico-disciplinare di afferenza:**  
IUS/12 DIRITTO TRIBUTARIO

**I PROFILI FISCALI DELLE OPERAZIONI DI RIORGANIZZAZIONE  
SOCIETARIA TRANSFRONTALIERE NELL'UNIONE EUROPEA:**

**Il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE e le prospettive  
di sviluppo normativo**

**Presentata da: Giovana Camila Portolese**

Coordinatore Dottorato

Prof. Adriano di Pietro

Relatore

Prof. Adriano di Pietro

**Esame finale anno 2013**



*Alla Secretaria da Receita Federal do Brasil,  
per l'opportunità di formazione*

*Ai miei genitori Domingos e Maria Aparecida,  
per sostenere i miei progetti e comprendere la mia assenza*

*Al mio fratello Daniel,  
per colmare la mia assenza con dolcezza*

*A Rafael,  
per i lunghi dibattiti filosofici e la pazienza infinita*



# INDICE

Acronimi.....	p. 8
Introduzione.....	p. 9

## CAPITOLO PRIMO

### La Riorganizzazione Societaria Transfrontaliera

1.1. Brevi considerazioni sul contenuto del termine “Riorganizzazione Societaria” .....	p. 13
1.2. L’aspetto economico della riorganizzazione societaria: La riorganizzazione societaria come corollario del modo di attuazione delle società .....	p. 16
1.2.1. L’inquadramento storico delle interrelazioni tra cambiamenti economici e ristrutturazione nel modo di attuazione delle società .....	p. 21
A) Il primo periodo: L’internazionalizzazione dell’economia (1950-1970) .....	p. 21
B) Il secondo periodo: La transnazionalizzazione dell’economia (1980 – 2007) .....	p. 23
C) Il terzo periodo: La crisi finanziaria contemporanea (dal 2008) .....	p. 27
1.3. Il concetto di riorganizzazione societaria nei diversi modelli impositivi .....	p. 34
1.3.1. I modelli impositivi improntati sulle singole operazioni di riorganizzazione societaria .....	p. 37
A) Il regime italiano .....	p. 38
B) Il regime brasiliano .....	p. 40

1.3.2. I modelli impositivi improntati sulla riorganizzazione societaria come categoria generale .....	p. 42
A) Il regime nord-americano .....	p. 43
B) Il regime fiscale comune dell'Unione europea .....	p. 44
1.4. Il concetto di riorganizzazione societaria nel diritto tributario europeo .....	p. 47

## SECONDO CAPITOLO

### Il Quadro Normativo delle Operazioni di Riorganizzazione Societaria nell'Ordinamento Giuridico dell'Unione Europea

2.1. Le operazioni di riorganizzazione societaria e la libertà di stabilimento.....	p. 56
2.2. Le basi normative delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera nei trattati dell'Unione europea.....	p. 57
2.3. Lo sviluppo storico del quadro normativo della riorganizzazione societaria transfrontaliera: Gli interventi legislativi e giurisprudenziali.....	p. 62
2.3.1. Dal Trattato di Roma all'unione doganale: Il periodo transitorio (1957-1969).....	p. 63
2.3.2. Dall'Unione doganale all'Atto Unico Europeo: Le fondamenta per l'approfondimento del processo d'integrazione economica.....	p. 75
2.3.3. Dall'Atto Unico Europeo al mercato interno (1986-1992): L'adozione della direttiva 90/434/CEE.....	p. 79
2.3.4. Gli sviluppi successivi all'adozione della direttiva 90/434/CEE.....	p. 81

## TERZO CAPITOLO

### Il Regime Fiscale Comune Europeo della Direttiva 2009/133/CE

3.1.	Considerazioni preliminari.....	p. 85
3.2.	Il quadro schematico del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE.....	p. 87
3.3.	L'attuazione del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE.....	p. 90
3.3.1.	Le operazioni elette.....	p. 91
3.3.2.	La neutralità fiscale.....	p. 95
3.3.3.	La stabile organizzazione.....	p. 96
3.3.4.	La clausola di salvaguardia contro le operazioni evasive e elusive.....	p. 112
	Conclusioni.....	p. 118
1.	Il regime fiscale comune delle riorganizzazioni societarie nell'Unione europea.....	p. 118
2.	Breve sintesi del regime fiscale delle riorganizzazioni societarie in Brasile.....	p. 122
3.	Il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE come modello per lo sviluppo normativo in Brasile .....	p. 127
	Bibliografia.....	p. 131

## ACRONIMI

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting

CGUE– Corte di giustizia dell'Unione europea

CEE – Comunità economica europea

D.O.U. – Diário oficial da União

D.P.R. – Decreto del Presidente della Repubblica

FMI/IMF – Fondo monetario Internazionale

G.U. – Gazzetta ufficiale

G.U.C.E – Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee

GVCs - Global value chains

IDE/IED – Investimento diretto all'estero

LSA – Lei das Sociedades Anônimas

OCSE/OECD - Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OMC - Organizzazione mondiale del commercio

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CEPAL - Commissione economica per l'America Latina

RIR – Regulamento do Imposto de Renda

SE – Società europea

SCE – Società cooperativa europea

STF – Supremo Tribunal Federal

TCE – Trattato della Comunità europea

TFUE – Trattato di Funzionamento dell'Unione europea

t.u.i.r – Testo unico dell'imposta sui redditi

UE – Unione europea



## INTRODUZIONE

Il presente lavoro tratta dell'imposizione fiscale diretta sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere, secondo il regime fiscale comune dell'Unione europea, istituito dalla direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990 e alterazioni posteriori consolidate nella direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009.

L'obiettivo primordiale della ricerca consisteva nella riflessione sulle caratteristiche del regime fiscale comune dell'Unione e nella sua utilità come modello per lo sviluppo legislativo in Brasile delle disposizioni concernenti l'imposta sul reddito delle società in materia di riorganizzazione societaria nazionale e transfrontaliera.

Nell'approfondimento della ricerca, in ragione della complessità del fenomeno economico sottostante all'adozione del regime fiscale comune dell'Unione e la difficoltà di ritrovare un indirizzo comune a validare i risultati scientifici nell'ambito dell'Unione europea e del Brasile, si è fatta la scelta metodologica di centrare il lavoro sulle particolarità del regime comune dell'Unione, spostando in sede delle conclusioni finali le considerazioni critiche concernenti all'attendibilità dell'applicazione del modello dell'UE nel contesto economico e giuridico brasiliano.

All'inizio della ricerca a febbraio del 2009, il primo ciclo di discussione sulla direttiva 90/434/CEE era ben chiuso. L'innovazione apportata dal regime comune sulle operazioni transfrontaliere sembrava abbastanza assorta dalle dottrine nazionali. Anche è vero che a quel tempo l'impatto della direttiva sugli ordinamenti giuridici nazionali sembrava di essere assestato. In linee generali, la extra maggioranza degli Stati membri dell'Unione europea aveva trasposto all'ordinamento giuridico nazionale le direttrici dell'Unione nel riguardo dell'imposizione fiscale sulle operazioni di natura transfrontaliere. Pure l'effetto indiretto prodotto dalla direttiva, concernente all'allineamento del trattamento fiscale applicato dagli Stati membri alle operazioni nazionali con il regime fiscale comune transfrontaliero sembrava di essere sistemato e non dava luogo a maggiori discussioni.

Perciò, l'indirizzo di ricerca non si centrò sui punti atomistici del regime

fiscale comune in riferimento. Sin dall'inizio, l'obiettivo maggiore fu rintracciare il panorama in cui la direttiva era stata disegnata e concepita per riflettere sulle possibilità di sviluppo successivo del regime.

La scelta metodologica di improntare una prospettiva sistemica nell'analisi del tema si giustificava nella necessità di individuare degli elementi chiavi per condurre alla valutazione di se, e in quale misura, il regime adoperato nell'Unione europea potesse servire da modello nella conformazione di una riforma legislativa in Brasile in materia dell'imposizione fiscale sul reddito delle società, considerando il processo d'integrazione economica avviato nell'ambito del Mercosul.

La scelta metodologica si va gradualmente rinforzando come risposta alla crescente ripresa del dibattito attorno della direttiva 90/434/CEE, ad iniziarsi con l'adozione della sua versione codificata nel 19 ottobre 2009, attraverso della direttiva 2009/133/CE del Consiglio.

Diversi sono stati i motivi a riaccendere il tema del regime fiscale comune concernente alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere nell'ambito dell'Unione europea. Tra loro si potrebbe distaccare l'adozione della direttiva 2005/56/CE, del 26 ottobre 2005, relativa alla fusione transfrontaliera, e la pronuncia di alcune sentenze chiavi della Corte di Giustizia.

Intanto, è il nuovo ambiente economico mondiale disegnato dalla propagazione degli effetti della crisi finanziaria iniziata nel 2008, l'elemento decisivo a mettere in moto un nuovo movimento di riassetto societario transfrontaliero delle società nazionali degli Stati membri dell'Unione e, via di conseguenza, a stimolare negli anni successivi la necessità di sviluppo del quadro normativo delle operazioni di riorganizzazione societaria all'interno dell'UE.

Il nuovo dibattito sul modello del regime fiscale comune ha ripreso ancora una volta tre aspetti fondamentali lasciati in aperto nel regime fiscale comune della direttiva: la confluenza degli elementi d'attivo e di passivo della società conferente in una stabile organizzazione della società beneficiaria, il valore di registro degli elementi patrimoniali in capo alla società beneficiaria e il trattamento delle perdite accumulate dalla società conferente.

In verità, questi tre elementi del regime fiscale sono sempre stati oggetto di critica della dottrina, dato l'imprecisione del trattamento stabilito nella direttiva. La differenza fra il discorso degli anni novanta e quello attuale è l'intorno in cui il tema della riorganizzazione societaria transfrontaliera s'inserisce.

La consolidazione del mercato unico europeo, e il conseguente approfondimento dei rapporti economici fra società residenti in vari Stati membri, assommata allo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia ha conferito un nuovo indirizzo all'analisi della problematica fiscale delle operazioni transfrontaliere.

La premente necessità di riconfigurare la struttura e la forma di attuazione delle società nazionali di uno Stato membro nell'ambito del mercato unico europeo ha gettato nuove luci sull'applicazione della direttiva. In conseguenza, i casi di scontro fra le amministrazioni fiscali e gli operatori economici sono di volta in volta più frequenti.

Dinanzi alla mancata precisazione di certi concetti giuridici inseriti nel testo della direttiva e alla limitazione del suo ambito di applicazione, la giurisprudenza della Corte di giustizia sta svolgendo un ruolo centrale nel riguardo dell'imposizione fiscale diretta sulle fattispecie di riorganizzazione societaria transfrontaliera. Tutto ciò porta alla riflessione sulla necessità di aggiornamento della direttiva 2009/133/CE, o perlomeno, sull'elasticità dell'ordinamento giuridico dell'Unione in allargare l'ambito di applicazione della direttiva tramite i pronunciamenti della Corte.

La riflessione dei possibili sviluppi legislativi o giurisprudenziali del regime fiscale comune deve tener in conto il momento storico in cui la direttiva 90/434/CEE è stata concepita, benché i cambiamenti economici, sociali e giuridici verificati negli anni successivi alla sua adozione. Perciò, prima di intraprendere l'analisi del riferito regime è importante contestualizzarlo all'interno di un fenomeno economico più ampio e complesso denominato di riorganizzazione societaria, bensì capire come esso viene tradotto nella sfera giuridica, acquisendo rilevanza nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

La tesi, seguendo la proposta summenzionata, si compone in tre capitoli.

Nel primo capitolo si fa l'analisi del fenomeno economico della riorganizzazione societaria, del suo impatto sui quadri normativi nazionali e transfrontalieri e del suo contenuto secondo il diritto tributario dell'Unione. Nel secondo, si traccia lo sviluppo del concetto di libertà di stabilimento nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea fino a ricomprendere le operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere. Nel terzo capitolo, si esamina in dettaglio il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE e le possibilità del suo cambiamento futuro.

## La Riorganizzazione Societaria Transfrontaliera

### 1.1 Brevi considerazioni sul contenuto del termine “Riorganizzazione Societaria”

L'attività imprenditoriale per eccellenza si svolge mediante l'organizzazione dei fattori produttivi sotto la forma societaria. Non di rado, la dinamica dell'economia imprime l'imperativo di riadeguamento dell'organizzazione societaria inizialmente stabilita per razionalizzarne. In generale al riassetto della struttura societaria si suole denominare di “riorganizzazione societaria”.

L'espressione riorganizzazione societaria, tuttavia, è molto più carica di significati di quanto possa riassumere la riferita definizione. Innanzitutto, la riorganizzazione societaria rappresenta il corollario del modo di attuazione delle società. Cioè, è lo strumento per mezzo del quale l'imprenditore promuove l'adeguamento del patrimonio sociale alla dinamica impressa dalle regole di mercato. E come tale, è una delle tante manifestazioni di un fenomeno economico complesso, ricompreso e tradotto nelle leggi societarie e tributarie. La dimensione multidisciplinare del termine “riorganizzazione societaria” implica che di esso si possono estrarre tante definizioni quante ne siano le rami scientifiche che lo studiano o gli ordinamenti giuridici che ne regolano, piuttosto di un significato univoco.

La riorganizzazione societaria è primordialmente un concetto concepito all'interno delle scienze aziendali per riassumere il congiunto di manovre imprenditoriali intraprese nella ricerca dell'applicazione ottimale del patrimonio aziendale e della composizione dei soggetti.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> L'amplitudine della dimensione economico-aziendale del concetto di riorganizzazione/ristrutturazione si può trovare in PETER A. HUNT, *Structuring Mergers & Acquisitions: a guide to creating shareholder value*, Aspen Publishers Inc., 2004, p. 352 (citato da IAN MUNIZ E ADRIANO CASTELLO BRANCO, *Fusões e Aquisições: Aspectos Ficais e Societários*, Sao Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 13): “The definition of a restructuring has evolved over the years from a simple balance sheet reconfiguration to a range of financial and transaction driven alternatives that include everything from simply enhancing internal operating performance to an outright sale or merger off a company, and from a sale of assets to a special dividend or share repurchase in face of a takeover threat”.

L'analisi raffinata del tema rivela il percorso di ricezione del concetto di riorganizzazione societaria nella sfera giuridica. Il suo primo passaggio avviene attraverso il diritto societario. Cioè, dall'universo di atti destinati a promuovere il riassetto economico, giuridico o finanziario di una società o di un gruppo societario<sup>2</sup>, la legge nazionale di ogni paese ne distacca un nucleo di operazioni, di natura essenzialmente societaria e ne impronta un'estensiva regolazione, stabilendone delle procedure formali specifiche e attribuendone degli effetti giuridici propri.<sup>3</sup> Communemente, nel diritto societario si attribuisce il concetto unitario di riorganizzazione societaria a questo insieme di operazioni. In generale, le operazioni che possono potenzialmente integrare le fattispecie di riorganizzazione societaria, da una prospettiva civilistico-societaria sono la fusione, la scissione, il conferimento d'attivi, la permuta, lo scambio di azioni, l'acquisto di partecipazioni societarie, l'estinzione e la liquidazione delle società, ecc..<sup>4</sup>

Tuttavia, si deve rimarcare ancora una volta che le fattispecie societarie a integrare la categoria generale di riorganizzazione societaria sono tanto

---

<sup>2</sup> Quando qui si parla di riorganizzazione societaria si pensa al fenomeno ampio inquadrato nella cornice diritto societario che ne reduce l'ambito a un numero determinato di forme giuridiche. Per fare un paragone al fenomeno, forse il concetto più attendibile è il concetto di "mergers & acquisitions" (M&A), nel senso utilizzato per GIUSEPPE MARINO, *Brevi note sulle fusioni ed acquisizioni nell'ordinamento tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 283, proprio perché coglie l'amplitudine del fenomeno (la "merger and acquisitions") e denota la sua riduzione di contenuto quando accolta nel diritto tributario nord-americano sotto il nome "reorganization": "Fusioni ed acquisizioni (dette comunemente mergers & acquisitions) è un'espressione che appartiene alla terminologia finanziaria e che suole indicare una serie di atti il cui scopo può essere individuato nella ridefinizione dell'assetto giuridico, economico e finanziario di una o di un gruppo d'impresе. Tuttavia tale espressione ancorché ampiamente pubblicizzata non è significativa dal punto di vista strettamente tributario. Infatti, l'Internal Revenue Code che assembla tutta la normativa fiscale a livello federale, prevede piuttosto l'istituto della 'reorganization' (d'ora in avanti, riorganizzazione)."

<sup>3</sup> Infatti, in tanti ordinamenti giuridici di trazione civilista la legge societaria istituzionalizza le operazioni di trasformazione, fusione e scissione, attribuendogli forma ed effetti specifici. Sulla disciplina legale della fusione, ma che si possono applicare inclusive alla trasformazione e alla scissione, e che servono a rinforzare la giustificazione del trattamento collettivo delle operazioni, si vedano le osservazioni di WALDIRIO BULGARELLI, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, São Paulo, Atlas, 1996, pp. 111 e 112, "As dificuldades decorrentes da construção do modelo jurídico se explicam pelo fato de que, produzindo-se no âmbito societário, implicam, é evidente, numa série de atos e formalidades, sobretudo para a formação e a expressão da vontade social. [...] Daí que o instituto da fusão vem sendo regulado no campo societário, abrindo as legislações dos países que a regulamentaram, capítulos para discipliná-la, nas leis societárias, [...] dando ênfase, como não poderia deixar de ser às formalidades julgadas indispensáveis para [...] para produzir efeitos em relação a terceiros e aos próprios sócios."

<sup>4</sup> Occorre ricordare che in alcuni paesi dell'Unione europea, come il Regno Unito e i, l'istituto della fusione e della scissione non erano riconosciuti dall'ordinamento giuridico nazionale fino all'intervento legislativo delle istituzioni dell'Unione europea. Conforme informa il documento della COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, *Memorandum sullo Stabilimento delle società europee*, inviato al Consiglio nel 22 aprile 1966, SEC (1966), 1225, p. 12, l'utilizzazione dell'operazione dell'acquisto di controllo era il modo in cui si stabilivano i gruppi societari in Germania e nei Paesi Bassi, invece delle fusioni di due società in una singola entità legale. Si osservi che il Regno Unito e l'Irlanda non sono stati indicati nel memorandum, perché ai tempi della sua elaborazione ancora non integravano la CEE. Sul tema si ritornerà.

variabili quanto ne siano gli ordinamenti giuridici. La conseguenza naturale della diversità nella disciplina nazionale del tema è che ogni Stato sviluppa un quadro normativo proprio per regolare il fenomeno economico-aziendale della riorganizzazione dell'assetto societario, il quale tenda a riflettere la propria tradizione giuridica e negoziale. Cosicché, per cogliere la molteplicità di riferito trattamento, si deve considerare che il termine "riorganizzazione societaria", nell'ambito civilistico-societario, voglia significare il congiunto di operazioni societarie, istituzionalizzate nelle leggi societarie, commerciali o civili nazionali e orientate verso "la scomposizione e la riarticolazione [sic] dei soggetti e dei patrimoni aziendali".<sup>5</sup>

In seguito, il secondo passaggio di recepimento e, quindi, di definizione del contenuto dell'espressione "riorganizzazione societaria" in sede giuridica, si adopera all'interno del diritto tributario.

Nell'ambito del presente lavoro di ricerca interessa ricostruire il significato del "riorganizzazione societaria" secondo il diritto tributario, in specifico, il diritto tributario europeo. Ciononostante, non è meno importante rilevare le successive riduzioni di contenuto che il termine ha subito nel passaggio dall'ambiente economico-aziendale fino alla sua recezione all'interno del diritto tributario e l'attuale pressione per la sua ampliamento, in ragione del crescente movimento di transnazionalizzazione dell'economia.

L'esercizio di scomporre il concetto di riorganizzazione societaria in termini economico-aziendali e tributari che si propone in seguito, anziché ricercare una definizione univoca e immutabile per l'espressione secondo il diritto tributario, vuole stimolare la presa di coscienza di che suo significato è altamente variabile e dipendente dal dialogo continuo fra il diritto tributario e le sue discipline confinanti. Dialogo che rinforza il carattere autonomo del diritto tributario<sup>6</sup> in rapporto alle sue scienze confinanti. Tale ciclo creativo e dialettico

---

<sup>5</sup> DARIO STEVANATO, *Le riorganizzazioni internazionali d'impresa*, in AAVV, *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, p. 512.

<sup>6</sup> Poiché si spera che, nell'atto della creazione e dell'interpretazione delle norme, il significato dell'espressione riorganizzazione societaria e delle sue fattispecie sia ricostruito in basi ai principi tributari e alla logica di ragionamento propria del diritto tributario. Per precisare il contenuto dell'autonomia del diritto tributario, è sempre valido far riferimento alla dottrina di ANTONIO BERLIRI, *Principi di Diritto Tributario*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 11: "A ben guardare, quindi, il problema dell'autonomia del diritto tributario si reduce al problema dell'opportunità o meno di staccare un certo numero - per vero molto notevole - di norme od un certo settore di rapporti - per verità molto numerosi - dal diritto pubblico per farne oggetto di un separato studio onde porne il rilievo le affinità o le divergenze

conferma la natura dinamica e complessa dell'interrelazione del diritto con l'economia. Inoltre, conferma i rapporti e le influenze reciproche, giustificando l'utilità dell'approccio multidisciplinare del tema, in speciale quando, per occasione dell'analisi della problematica fiscale della riorganizzazione societaria transfrontaliera, giocano insieme regole appartenenti a ordinamenti giuridici diversi.

Per compiere un tale obiettivo, il primo passo del percorso ricostruttivo s'incentrerà sull'analisi dell'articolazione fra i cambiamenti economici sul modello organizzativo delle e del suo impatto sugli ordinamenti giuridici.

## **1.2 L'aspetto economico della riorganizzazione societaria: La riorganizzazione societaria come corollario del modo di attuazione delle società**

La riorganizzazione societaria come corollario del modo di attuazione delle società in risposta all'intorno economico rimonta all'epoca della rivoluzione industriale<sup>7</sup>. Nell'arco dello sviluppo storico delle società fino allo stadio attuale, le trasformazioni economiche verificate hanno provocato l'alternanza di periodi di aggregazione e disaggregazione della struttura giuridico-societaria per dare avvio all'aggiustamento delle dimensioni sociale ai nuovi modelli di produzione, distribuzione e consumo dei beni e servizi. Se dalla parte dell'imprenditore, l'impatto del processo economico gli ha pur sempre spinto a ricercare la struttura societaria più adatta al raggiungimento dell'efficienza dell'impresa e a potenziare la redditività dell'investimento, per gli Stati ha altrettanto creato la domanda di riaggiustamento del quadro normativo, modificando le leggi societarie, civili e tributarie per accogliere i cambiamenti economici.

Gli ordinamenti giuridici nazionali in generale assumono che la vocazione naturale dell'impresa risieda nell'organizzazione di un patrimonio attorno delle attività di produzione e di scambio di beni e di servizi, con la finalità di ricavarne un profitto. La dimensione e gli obiettivi dell'impresa possono esigere che essa si

---

*che ne permettano l'organizzazione in un sistema quanto più possibile coordinato ed armonico e facilitare così l'identificazione di quei principi generali, dei quali le singole norme costituiscono applicazione od eccezioni ed ai quali deve farsi ricorso per una interpretazione sistematica e scientifica, che trascenda quella meramente letterale delle norme stesse".*

<sup>7</sup> WALDIRIO BULGARELLI, op. cit., p. 22.



organizzati sotto la forma societaria<sup>8</sup>, al passo che, diversi fattori incidenti sul normale svolgimento delle attività produttive e distributive, possono richiedere successivi interventi di riorganizzazione del patrimonio. Alcuni di essi rispondono effettivamente alla necessità di ottimizzare i fattori produttivi in ragione dei cambiamenti nell'ambiente economico, come per esempio: guerre, crisi, aperture di nuovi mercati, preferenze di consumo, specializzazione dell'economia, regolazione statale del mercato, politica tributaria. Altri, invece, mirano semplicemente a promuovere la concentrazione del capitale, o ad attuare schemi di abuso delle forme giuridiche o, ancora in modo più radicale, di evasione fiscale. Certo sta che, la necessità di adeguamento della struttura produttiva intreccia un fascio d'interessi reciproci, non sempre coincidenti, fra i gruppi societari e gli Stati nazionali. E non potrebbe essere diverso dato l'origine moderna dello strumento giuridico chiamato di "società"<sup>9</sup>.

La società moderna è creatura dello Stato nazionale<sup>10</sup>. La sua concezione si dà nel marco dello Stato. In esso quella si sviluppa e con esso entra in crisi. Ne decorre che lo Stato le regola la costituzione, lo svolgimento delle attività, la ristrutturazione e l'estinzione<sup>11</sup>. Allora, niente più naturale che fra creatore e

---

<sup>8</sup> TULLIO ASCARELLI, *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*, México, Imprenta Universitaria, 1951, p. 11, dice in rispetto alla società per azioni: "La sociedad anónima se presentó como el instrumento típico de la gran empresa capitalista y, en efecto, con este sistema económico surgió y se desarrolló de acuerdo con sus exigencias; [...] instrumento jurídico para la realización de los proyectos de una economía que se iba renovando radicalmente."

<sup>9</sup> BENJAMIM ANGELETTE, *The revolution that never came and the revolution coming: De Lasteyrie du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe* in *Virginia Law Review* n. 92, 2006, p. 1193, afferma che prima del secolo diciottesimo la costituzione delle società, create per compiere fini specifici e con durata determinata, era condizionata all'autorizzazione sovrana. Il primo paese a rimuovere questo regime di concessione fu l'Inghilterra, essendo seguita velocemente dai paesi dell'Europa continentale. Sulle origini delle società per azioni, si veda TULLIO ASCARELLI, op. cit., pp. 5-6.: "Si no remontamos a la historia de las sociedades anónimas, nos encontraremos con las compañías coloniales, que se inicia en 1602 con la compañía holandesa de las Ilas Orientales [...] los historiadores indican antecedentes históricos de las compañías coloniales, y de los principios que se volvieron característicos de la sociedad anónima. Los portadores de títulos de la deuda pública, en las ciudades italianas del Renacimiento, eran portadores de títulos facilmente circulables, garantizados con el producto de determinado impuesto, de acuerdo con un tecnicismo que tampoco es ignorado por el Derecho moderno [...]."

<sup>10</sup> Per richiamare un primo approccio della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *DAILY MAIL AND GENERAL TRUST* (Racc. pag. 5483) quando al punto 19 afferma: "[...] 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."

<sup>11</sup> A proposito delle società per azioni, ancora una volta si fa riferimento a TULLIO ASCARELLI, op. cit., pp. 8-9 per rilevare il vincolo fra lo Stato e la figura (pre) moderna della società: "Cada compañía colonial surge con individualidad propia. Las compañías coloniales no estaban sujetas a una disciplina general, sino que cada una encuentra su fundamento en una "carta" de la autoridad pública, por la cual se definía la constitución y la personalidad de la compañía así como sus obligaciones, sus derechos y sus privilegios y la concesión de monopolios y derechos que simultáneamente, abarcaban aspectos mercantiles y políticos: son

creatura si stabilisca un'interazione, tutt'altra che statica, propensa a produrre, nel trascorrere del tempo, risposte giuridiche distinte per il problema della riorganizzazione societaria.

Evidente che la costante tensione nei rapporti di potere fra mercato, Stato e imprenditori, non sempre tende a risolversi nel modo più equilibrato, potendo dar causa a distorsioni giuridiche ed economiche. In riferimento agli Stati, il disallineamento con gli imprenditori sfocia, tante volte, nell'eccesso oppure nell'assenza di regolazione dell'attività imprenditoriale. Invece, per le società, la mancanza di coordinamento con le politiche statali tende a degenerarsi nella delocalizzazione degli investimenti, nell'uso abusivo delle forme giuridiche, nell'adozione di pratiche di evasione fiscale.

Nonostante la tradizionale differenza tra la dinamicità dei fenomeni economici e la lentezza dell'attività legislativa dello Stato, tipica del processo legislativo moderno<sup>12</sup>, il quadro giuridico delle operazioni societarie si va trasformando e i concetti di riorganizzazione societaria conati secondo il diritto privato e il diritto tributario si vanno via via allargando per adeguarsi al modo di attuazione delle società. Cosicché, le fattispecie giuridiche raccolte sotto l'espressione "riorganizzazione societaria", nell'accezione oggigiorno vigente, non sono nient'altro che il prodotto dell'interazione fra l'intorno economico, gli ordinamenti giuridici e il modo di attuazione societario.

A titolo di esempio, si pensi a una delle prime manifestazioni della riorganizzazione societaria come fenomeno economico e alla reazione di resistenza imposta dall'ordinamento giuridico statale. Negli Stati Uniti d'America, dalla metà verso la fine del secolo XIX, l'adozione del modello di produzione in larga scala si è resa possibile attraverso l'integrazione delle attività produttive e distributive sparse in diverse società. In questo processo, si è verificato un eccessivo movimento di concentrazione di capitale, attuato tramite la costituzione di cartelli<sup>13</sup>. Ne seguirono gli interventi statali per

---

*simultáneamente instrumentos de conquista territorial y de comercio. Derecho público y Derecho privado, intereses comerciales y expansión colonial, concurren en el origen de la institución."*

<sup>12</sup> Secondo l'analisi di EDUARDO F. P. MATIAS, *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global, São Paulo, Paz e Terra, 2005*, p. 180, la problematica si pone proprio nella contraddizione fra la lentezza dei processi democratici di produzione normativa e gli effetti travolgenti della velocità decisoria del settore privato.

<sup>13</sup> ALBERTO MAZZONI, *I gruppi di società nel diritto statunitense*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Bologna, Mulino, 1982, p. 380, nomina il periodo di 1880 a 1929, come il periodo della concentrazione selvaggia e

risguardare la concorrenza e la protezione del mercato, culminando con l'edizione della legge *antitrust* americana, l'Atto Sherman del 1890, alla cui affiancò la tendenza dei tribunali federali in condannare l'utilizzazione dell'organizzazione societaria sotto la forma di cartelli e a considerare valida la struttura giuridica delle *holding companies*<sup>14</sup>. Data l'esperienza positiva apportata dalla precedente integrazione societaria, non tardò molto affinché i gruppi societari si valessero di altri strumenti giuridici per aggirare i divieti imposti dalla normativa anticoncorrenziale. Cosicché, si passa a utilizzare la struttura *holding* per implementare la concentrazione di capitale e si sperimenta una grande onda di operazioni di acquisizione e di fusioni economiche<sup>15</sup>.

Come effetto succedaneo del primo periodo di aggregazione di capitali, l'economia nord-americana sperimentò una fase di specializzazione produttiva, induttiva del frazionamento della struttura societaria allargata nella fase anteriore. In ambito giuridico, il fenomeno si manifestò con l'attuazione di operazioni di scomposizione societaria, denominate collettivamente di *corporate divisions*<sup>16</sup>.

---

aggiunge: "che investe tutti i settori chiavi della vita economica americana e chi, già verso la fine del secolo scorso, dà luogo al formarsi o consolidarsi di strutture gigantesche, dominatrici dei rispettivi mercati (così nel settore dell'acciaio, carbone, petrolio, tabacco, zucchero ecc.). I principali strumenti giuridici utilizzati per realizzare queste concentrazioni sono due: dapprima il 'trust'; successivamente, la 'holding company'."

<sup>14</sup> GIUSEPPE MARINO, op. cit., p. 285. ALBERTO MAZZONI, op. cit., p. 381 rinforza che il divieto dell'uso dello 'trust' si supera con l'autorizzazione statale affinché le società potessero detenere partecipazioni azionarie in altre società: "Nasce così la 'holding company', che subentra al 'trust' nella funzione di principale strumento giuridico utilizzabile per la formazione di gruppi economici."

<sup>15</sup> WALDIRIO BUGARELLI, op. cit., p. 193, corrobora l'idea di che i gruppi societari si valgono delle operazioni di fusione economiche per aggirare le sanzioni imposte dalle leggi *antitrust*, oppure per favorirsi delle agevolazioni fiscali correlate: "Enquanto se julgava que a fusão em sentido amplo era, numa primeira fase, a decorrência normal da expansão das empresas, sendo a forma escolhida determinada pela dimensão das empresas, [...] hoje, não mais se duvida que se insere na sistemática grupal, ocorrendo por variados motivos, e não apenas pela intenção pura e simplesmente de crescer, ou seja, também para evitar sanções das leis "antitrustes", em termos de eliminação da concorrência, ou mesmo por motivos fiscais."

<sup>16</sup> Il termine "*corporate divisions* (divisioni societarie)" ricomprende una serie di operazioni che portano agli azionisti di una società a dividere loro investimento facendogli confluire in altre società. Negli Stati Uniti d'America, il concetto di divisione societaria è più ampio al concetto di scissione tal come definito nei paesi di *civil law*, oppure nella direttiva fusione fiscale (direttiva 2009/133/CE del Consiglio). Secondo PATRICK J. O'LEARY E BRAINARD L. PATTON JR., *Demergers: a US International Tax Perspective*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, 1994, p. 468: "*Corporate divisions involve arrangements by which the shareholders of a single corporation split up their investments among several corporate shells. The term "corporate division" encompasses a large spectrum of transactions and may be performed for a variety of reasons. A corporate division may be used to comply with state or foreign law, to separate regulated businesses from unregulated ones, to segregate risky, speculative ventures from more stable ones, or to reduce federal income taxes.*" Invece, MASSIMO AGOSTINI, Brevi considerazioni sul regime fiscale delle scissioni negli U.S.A., in *Le Soc.*, n. 12/1991, p. 1620, sembra di semplificare il concetto di "*corporate division*", avvicinandolo alla figura dello scambio di azioni: "*Le divisioni societarie (corporate divisions), infatti, se pure possono avere a monte la costituzioni di nuove società, avvengono in tale paese*

L'esempio dell'esperienza nord-americana è stato richiamato, proprio perché non fu isolato e rispecchia il movimento ciclico dell'attuazione imprenditoriale che – fatta la risalva delle particolarità economiche e culturali – si riproduce in altri paesi e continenti, inseguendo la marcia del processo economico<sup>17</sup>. Si pensi allo sviluppo normativo e dottrinale degli istituti della fusione e della scissione nell'ambito degli ordinamenti nazionali. In un'analisi molto superficiale, anche perché questo non è l'oggetto del presente lavoro, si verifica che le leggi societarie nazionali dei paesi di tradizione civilistica hanno regolato per prima l'istituto della fusione. Dopo alcuni anni di dibattito dottrinale attorno della sua natura ed effetti giuridici e, dinanzi dell'imperativo di dare forma al fenomeno di scomposizione giuridica delle grandi società in varie unità specializzate, le leggi societarie hanno incorporato l'istituto della scissione<sup>18</sup>.

Chiudendo le parentesi sugli esempi summenzionati, si passa alla riflessione sull'interrelazione dei cambiamenti economici e la necessità di ristrutturazione del modello organizzativo delle società.

---

*esclusivamente mediante il trasferimento, da parte di una società (distributing corporation) ai propri soci, delle azioni di una o più società dalla stessa controllate (controlled corporations). Anche negli Stati Uniti [...] è previsto che una società, a seguito di tali distribuzioni, possa estinguersi senza liquidazione, ma ciò non cambia la costruzione concettuale dell'istituto: una corporate division avviene sempre mediante il conferimento di azioni di società controllate, da parte dalla società che dette società controlla."*

<sup>17</sup> In Europa, si pensi alle forme di collaborazioni del tipo *trust* fra i proprietari delle miniere di ferro, carbone e gli industriali dell'acciaio, lanciate negli anni 1920, che portarono alla regolazione sopranazionale del riferito mercato tramite la costituzione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, nel 1951, conforme PIETRO BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 35. Invece, in rapporto alla pressione recente delle imprese sulle autorità pubbliche per adeguare l'ordinamento giuridico ai cambiamenti della struttura produttiva, si veda: COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo: *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea - Un piano per progredire*, COM (2003) 284 definitivo, p. 22.

<sup>18</sup> Secondo WALDIRIO BULGARELLI, op. cit., pp. 125,199 e 210, in Brasile, l'istituto della fusione fu incorporato nell'ordinamento positivo attraverso gli articoli 152 e 153 del Decreto-lei 2.627 del 1947. Invece, la regolazione legale delle operazioni di scissione, avviene soltanto attraverso la legge delle società anonime, Legge 6.404/76, articolo 229. Secondo MARIO BURGIO, *Il regime fiscale comunitario delle fusioni e delle scissioni*, in *La Soc.* n. 10, 1991, p. 1324 e MASSIMO AGOSTINI, op. cit., pp. 1619-1620, l'istituto della scissione fu introdotto nell'ordinamento giuridico italiano attraverso il Decreto-Legge 22, di 16 gennaio 1991, in attuazione della terza direttiva comunitaria in materia societaria, la direttiva 82/891/CEE, del 17 dicembre 1982. Secondo HARM VAN DEN BROEK, *Cross-Border mergers within the EU: Proposals to remove the remaining tax obstacles*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, p. 407, l'istituto della fusione fu regolato per la prima volta nei Paesi Bassi, in 1984, quando della trasposizione della direttiva 82/891/CEE, del 17 dicembre 1982; mentre l'istituto della scissione rimane sconosciuto dall'ordinamento olandese fino al 1 febbraio 1998.

### **1.2.1 L'inquadramento storico delle interrelazioni tra cambiamenti economici e ristrutturazione nel modo di attuazione delle società**

Ampliando il disegno iniziale del rapporto fra economia, modo di attuazione societario e quadro normativo, appare rilevante individuare tre momenti storici specifici in cui gli intensi cambiamenti nell'ambiente economico scattarono la ristrutturazione del modello operativo delle società e potenziarono, anche se in misure distinte a ogni fasi, la sinergia fra Stati e imprenditori<sup>19</sup>. Per comodità espositiva conviene individuare lo scorso storico con riferimento a tre periodi: a) il periodo dell'internazionalizzazione dell'economia, dal 1950 al 1970; b) il periodo della transnazionalizzazione dell'economia, dal 1980 al 2007; c) il periodo della crisi finanziaria contemporanea, dal 2008 in poi.

#### **A) Il primo periodo: L'internazionalizzazione dell'economia (1950-1970)**

Nel periodo dopo la seconda grande guerra, le società si sono riconsolidate in ambito nazionale e, parimente, si sono riavviate e intensificate le attività imprenditoriali internazionali. Ovviamente, nei primi anni di questa fase, i rapporti fra gli Stati risentiva ancora di un buon grado di sfiducia. Essa si rifletteva, allo stesso tempo, nelle restrizioni imposte al commercio internazionale (calcate nell'idea di protezionismo della produzione nazionale), nelle politiche di sviluppo delle società nazionali e nel sostegno dell'espansione delle sue attività all'estero. Dalla prospettiva degli Stati, le società nazionali rappresentavano uno strumento di permeabilità politica, economica e sociale

---

<sup>19</sup> L'idea di questa sezione si sviluppa a partire dalle conclusioni pubblicate nello studio di KEN'ICHI IMAI, *Joho netto waku shakai no tenbo (The information network society)*, Tokio, Chikuma shobo, 1990 (citato da MANUEL DE CASTELLS, *A sociedade em rede*, São Paulo, Paz e Terra, 2005, p. 222) che ha approfondito la tesi della trasformazioni delle società nel tempo, attraverso l'analisi delle multinazionali giapponesi e nord-americane. Secondo IMAI, se ne possono identificare tre fasi di internazionalizzazione dell'attività imprenditoriale. Dal lavoro di IMAI si fa un spunto di interpretazione partendosi dalla premessa che i cambiamenti nelle strategie sociali, al di là di identificabile in una linea di tempo, servono anche a dimostrare i mutamenti accaduti nella struttura giuridica delle società: "A primeira e mais tradicional refere-se a uma estratégia de múltiplos mercados domésticos para as empresas que investem no exterior a partir de suas plataformas nacionais. A segunda visa o mercado global e organiza diferentes funções da empresa em lugares diferentes integrados em uma estratégia global articulada. A terceira estratégia, característica do estágio econômico e tecnológico mais avançado, baseia-se em redes internacionais [...] na estratégia antiga, o investimento estrangeiro direto visava assumir o controle. Sob a estratégia mais recente, o investimento é destinado à construção de um conjunto de relações entre as empresas em diferentes ambientes institucionais."

all'interno dei paesi di destino. Le società nazionali ostentavano la bandiera del paese di origine e portavano con sé i valori culturali nazionali, quindi lo stabilimento delle società all'estero subiva certa resistenza degli Stati ricettori dell'investimento<sup>20</sup>. Questi elementi hanno impattato fortemente nel modo di attuazione delle società in ambito internazionale. Siccome le barriere commerciali impedivano la libera circolazione di beni e servizi fra i confini nazionali, la strategia adottata per accedere ai mercati esteri, si eseguì tramite l'installazione di unità produttive direttamente nei paesi dove questi beni e servizi sarebbero stati consumati.

La struttura giuridica utilizzata allora fu quella della società multinazionale, cioè, una società madre nazionale che costituiva sussidiarie – nazionali – negli Stati di destino dell'investimento, oppure che attuava in altri paesi attraverso l'insediamento di succursali (*branch*) o stabilimenti permanenti<sup>21</sup>.

Quindi, anche se in quel tempo le società svolgevano operazioni internazionali, la sua base era eminentemente nazionale<sup>22</sup>, perché la produzione aveva ancora un carattere domestico, vuol dire, nazionale del paese dove, effettivamente, l'attività produttiva occorreva e a cui mercato i beni e servizi erano destinati<sup>23</sup>.

Nonostante la ridotta permeabilità del capitale straniero ai confini nazionali, l'espansione dell'attuazione internazionale delle società, negli anni

---

<sup>20</sup> ALBERTO SANTA MARIA, *Diritto Commerciale Europeo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 28 e 31, afferma che il problema del riconoscimento di società straniere in uno Stato diverso da quello di origine si presentò in concreto in Europa verso gli anni 1950 e aggiunge: "Al di là delle argomentazioni teoriche dibattute fra gli studiosi del tempo, con specifico riferimento alle società straniere la tendenza sfavorevole al loro riconoscimento aveva radici in considerazioni di politica-economica [sic] prima ancora che in una congenita diffidenza nei riguardi del diritto straniero. E così, da un lato, stava la preoccupazione che la penetrazione economica straniera nello Stato comportasse la formazione di centri di potere di entità tale da poter sfuggire al controllo dell'autorità centrale e, all'occorrenza, persino da poter interferire nella vita politica del paese di stabilimento [...]."

<sup>21</sup> ERIC HOBBSBAWM, *Historia del siglo XX, 1914-1991*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 281, ci dà un'idea della dimensione del flusso di espansione e della forma (giuridica) di attuazione delle società multinazionali: "[...] estas 'multinacionales': las compañías estadounidenses de este tipo aumentaron el número de sus filiales de unas 7.500 en 1950 a más de 23.000 en 1966, en su mayoría en la Europa occidental y en el hemisferio oeste (SPERO, 1977, p. 92). Sin embargo, cada vez más compañías de otros países siguieron su ejemplo. La compañía alemana Hoescht, por ejemplo, se estableció o se asoció con 117 plantas en cuarenta y cinco países, en todos los casos, salvo en seis, después de 1950 (FRÖBEL, HEINRICHS Y KREYE, 1986, cuadro IIIA, pp. 281 ss.)."

<sup>22</sup> Secondo ERIC HOBBSBAWM, op. cit., p. 279: "Sin embargo, durante la edad de oro [1950-1970] la economía siguió siendo más 'internacional' que 'transnacional'."

<sup>23</sup> Ancora una volta è utile citare a ERIC HOBBSBAWM, op. cit., pp. 279-280: "Pero aunque las economías industrializadas comprasen y vendiesen cada vez más los productos de unas y otras, el grueso de su actividad económica continuó siendo doméstica."

1950 a 1970, aveva già assunto la forma dell'Investimento Diretto all'Estero – IDE.

In breve sintesi, l'IDE è una categoria di investimento effettuato da un soggetto residente in un paese, con l'obiettivo di acquisire almeno il 10% del capitale votante di una impresa residente in altro paese, con il quale dimostra l'interesse di stabilire un rapporto di lungo termine di modo a esercitare un'influenza significativa nella gestione dell'impresa. Normalmente, attraverso l'IDE si crea l'accesso a un mercato che altrimenti sarebbe irraggiungibile per l'investitore straniero non residente<sup>24</sup>.

All'interno degli Stati ricettori del capitale, l'IDE era indirizzato alla realizzazione di operazioni societarie, maggiormente mirate all'acquisto di controllo di una società nazionale. In parallelo, anche si utilizzavano i meccanismi di costituzione di società sussidiarie (filiali), succursali (*branch*), agenzia, ufficio di rappresentanza, stabili organizzazioni; oppure l'acquisto di partecipazioni semplici in società nazionali, fusioni nazionali. La figura di riassetto societario utilizzata dipendeva delle regole istituite nelle leggi civili o commerciali del paese ricettore dell'investimento<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Il concetto di IDE sopra adoperato si allinea alla definizione usata dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – OCSE, nel documento: OECD Report on *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD (2013), OECD Publishing, febbraio 2013, p. 17.

<sup>25</sup> Per far un esempio, in Brasile, la presenza di una società straniera nella forma di succursali, agenzie, ufficio di rappresentanza o stabili organizzazioni si condizionava – e tuttora si condiziona – alla previa autorizzazione del governo, secondo si estrae dall'interpretazione sistematica dell'articolo 11 del Decreto-lei n° 4.657, del 4 settembre 1942 (Legge di introduzione al codice civile) “Art. 11 – *As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. §1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos, antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.*” con l'articolo 64 del Decreto-lei n° 2.627, del 26 ottobre 1940 (tratta delle società per azioni): “Art. 64 - *As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60).*” Le restrizioni della legge brasiliana erano e sono ancora aggirate tramite l'uso di altri meccanismi societari, in generale la costituzione di una sussidiaria e l'acquisto di partecipazioni societarie. Secondo ANDRÉ DE SOUZA CARVALHO, *Is there a permanent establishment (PE)?*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, IFA, 2009, p. 156, “*The application for registration of a Brazilian branch of a foreign entity is such a burdensome and lengthy process that is seldom used by non-residents to do business in Brazil. [...] In the view of the excessive burden associated with such registration, and the discretion of the public authorities, foreign persons doing business in Brazil usually incorporate a legal entity in Brazil, a subsidiary.*” Inoltre, conforme allo stesso autore, op. cit., p. 152, finora l'ordinamento giuridico brasiliano non ha creato delle soluzioni coerenti a permettere l'applicazione consistente del concetto di “stabile organizzazione”.

## **B) Il secondo periodo: La transnazionalizzazione<sup>26</sup> dell'economia (1980 - 2007)**

Già nel secondo periodo identificato, dall'incirca 1970 a 2007, la congiunzione fra le trasformazioni economiche e tecnologiche riconfigura il modello di produzione, consumo e distribuzione dei beni e servizi. La rivoluzione tecnologica sposta gradualmente il focus economico dal settore secondario al terziario, mettendo al centro della produzione economica la prestazione di servizi e il dominio dell'informazione. La deregolamentazione del flusso di capitali in ambito internazionale propizia la c.d. globalizzazione finanziaria ha dato nuovo vigore all'espansione dell'investimento diretto all'estero - IDE e alla circolazione di capitali speculativi<sup>27</sup>. L'intervenzione dello Stato nell'economia si distende e parte importante delle imprese statali è privatizzata. Le negoziazioni in sede dell'Organizzazione Mondiale del Commercio - OMC, rimuovono significativamente gli intralci al libero commercio di beni e servizi in scala globale<sup>28</sup>. L'esaurimento della politica della Commissione Economica per l'America Latina - CEPAL<sup>29</sup>, adottata dai governi latino-americani fino all'inizio degli anni 1990, sfocia nell'apertura economica dei paesi della regione al

---

<sup>26</sup> Si noti che molti autori utilizzano indistintamente i termini "transfrontaliero" e "transnazionale". In questo lavoro il qualificativo "transfrontaliero" è usato per definire le operazioni imprenditoriali fra le società nazionali di uno Stato membro in altro Stato membro, cioè, nell'ambito dell'Unione europea. Mentre il termine "transnazionale" è impiegato per definire il modo di attuazione delle società (europee o no) a livello mondiale, cioè, in scala globale.

<sup>27</sup> MANUEL DE CASTELLS, op. cit., p. 145 indica la deregolamentazione dei mercati finanziari e la liberalizzazione delle transazioni finanziarie come i principali fattori a generare l'interdipendenza globale dei mercati finanziari. Per il collegamento fra la libertà di circolazione di capitali e il flusso di IDE, si veda EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 112.

<sup>28</sup> EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 128: "*A diminuição dos obstáculos às trocas, iniciada nos países desenvolvidos, alastrou-se por todo o planeta, e no final da década de 1990 era possível afirmar que nenhum país economicamente significativo possuía um governo comprometido com o protecionismo. Essa diminuição, promovida em negociações comerciais como aquelas tidas no âmbito do GATT, consistiria em uma das principais causas do crescimento do comércio internacional na segunda metade do século XX, e seria de interesse direto das transnacionais.*" Il pensiero di MANUEL DE CASTELLS, op.cit., p. 205, riassume gli argomenti utilizzati quando afferma che la nuova configurazione produttiva fu "[...] *propiciada pelas tecnologias da informação e da comunicação, e com a ajuda decisiva das políticas de desregulamentação e da liberalização postas em prática pelos governos e pelas instituições internacionais.*"

<sup>29</sup> La CEPAL è la commissione delle Nazioni Unite per l'America Latina, creata nel 1948 dalla Risoluzione del Consiglio Economico Sociale di quello organismo internazionale. La CEPAL ha sostenuto un modello di regionalismo economico del tipo chiuso in l'America Latina. Si è dimessa di questo orientamento verso la fine degli anni 1980, cambiando il modello proposto per un regionalismo del tipo aperto. ERIC HOBBSBAWM, op. cit., p. 272, nel definire la divisione internazionale del lavoro nell'età dell'oro (1950-1970), ci dà un esempio che illustra bene la prima fase della politica della CEPAL: "[...] *y los países del tercer mundo con un desarrollo más dinámico optaron por una industrialización separada y planificada, reemplazando con su producción propia la importación de artículos manufacturados.*" L'esempio chiarisce il motivo per il quale l'attuazione delle società estere in Brasile in quel periodo, si sia dato attraverso una struttura di società multinazionale, cioè, tramite la costituzione di sussidiarie brasiliane di società estere.



commercio internazionale. Contemporaneamente, l'affievolimento della guerra fredda culmina con la creazione dei nuovi mercati dell'Est europeo.

Insomma, il panorama che si va conformando, favorisce la modifica del modello di attuazione delle grandi imprese e, di conseguenza, della loro conformazione giuridica. Il modello della grande impresa verticalizzata, in cui la società madre gestisce direttamente – senza l'interposizione di strutture intermedie – le sue filiali o sussidiarie localizzate in altri paesi, gradualmente va cedendo passo a un modello di organizzazione transnazionale, composto di reti orizzontali d'impresa stabilite in diversi paesi<sup>30</sup>, sotto il controllo di strutture intermedie multilivelli, coordinate fra di loro dalla strategia definita centralmente dalla società madre<sup>31</sup>. Un altro aspetto della nuova sistematica si centra nella distribuzione dei prodotti e servizi in scala globale, in modo che si distoglie il vincolo tra il luogo di produzione e il luogo di consumo dei beni e di servizi<sup>32</sup>.

Lo implemento e l'approfondimento del nuovo modello decorre in parte dalla rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di capitali, la quale ha reso attuabile l'aumento del flusso degli investimenti diretti all'estero.

A partire degli anni 1980, l'IDE è stato, per eccellenza, lo strumento per mezzo promuovere la ristrutturazione produttiva. Nella pratica, l'IDE ha assunto, maggiormente, la forma giuridico-societaria di una delle operazioni di riorganizzazione societaria, qui intesa nella sua accezione ampia di categoria di atti estranei alla gestione ordinaria dell'impresa<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> MANUEL DE CASTELLS, op. cit., p. 219.

<sup>31</sup> EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 130; OECD, *Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 25.

<sup>32</sup> ERIC HOBBSBAWM, op. cit., p. 283, collega il fenomeno alla capacità delle "nuevas industrias del tercer mundo abastecían no sólo a unos mercados locales en expansión, sino también al mercado mundial, cosa que podían hacer tanto exportando artículos totalmente producidos por la industria local [...] como formando parte del proceso de fabricación transnacional. Esta fue la innovación decisiva de la edad de oro, aunque no cuajó del todo hasta más tarde. No hubiese podido ocurrir de no ser por la revolución en el ámbito del transporte y las comunicaciones, que hizo posible y económicamente factible dividir la producción de un solo artículo entre, digamos Houston, Singapur y Tailandia, transportando por vía aérea el producto parcialmente acabado entre estos centros y dirigiendo de forma centralizada el proceso en su conjunto gracias a la moderna informática."

<sup>33</sup> Conforme estrae RAFFAELLO LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, Cedam, 1989, p. 40, nota 2, della relazione ministeriale alle norme su fusioni e trasformazioni. MANUEL DE CASTELLS, op. cit., p. 159 impiega la terminologia finanziaria "fusione e acquisizioni", che, secondo GIUSEPPE MARINO, op. cit., p. 283, serve a indicare l'insieme di atti di ridefinizione dell'assetto societario. Ciò denota che la nozione di *mergers, acquisitions* e *corporeate divisions* ha un contenuto economico che oltrepassa il concetto giuridico di fusione e scissione. Sul contenuto giuridico dell'espressione riorganizzazione societaria si approfondirà più avanti.

L'innovazione in comparazione alla fase precedente fu, senza nessun dubbio, il disegno transnazionale delle riorganizzazioni societarie, che verso l'inizio degli anni 1990, imprimeva un nuovo ritmo alla realizzazione delle operazioni. A sua volta, tale ritmo riscontrava ancora dei limiti di carattere giuridico, che si possono riassumere in due ordini di fattori. La prima riguarda lo scontro di tradizione giuridica fra i paesi. Mentre in alcuni Stati le operazioni di riorganizzazione societaria si realizzavano tramite la fusione o la scissione; in altri si eseguivano attraverso l'acquisto di partecipazioni o lo scambio di azioni. La seconda evidenzia l'impossibilità giuridica della realizzazione di fusioni e scissioni internazionali - s'intenda fra società stabilite in Stati diversi - in ragione della mancata previsione legale nella maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali<sup>34</sup>.

Siccome il processo di ristrutturazione produttiva era inevitabile e premente, gli ostacoli di natura giuridica imposte dagli ordinamenti nazionali furono poco a poco aggirati nella pratica imprenditoriale attraverso l'incatenamento di una serie di operazioni. Come un primo passo, essi si adoperavano tramite transazioni meno istituzionalizzate e più agevoli delle fusioni e delle scissioni<sup>35</sup>, il che rivela una tendenza all'uso della forma giuridica dell'acquisto di partecipazioni o della costituzione di società sussidiarie. In un momento successivo, quando l'investimento già si trovava stabilito nello Stato di destino, l'operazione, complessivamente considerata, si terminava attraverso una delle forme giuridiche regolate e riconosciute dell'ordinamento giuridico in riferimento: la fusione o l'acquisto del controllo.

Nel trascorrere del ventennio successivo (1990-2010), l'attività transnazionale delle società a livello globale s'intensifica. Nell'ambito regionale, le azioni intraprese dalle istituzioni dell'Unione europea dirette al raggiungimento e consolidazione del mercato unico hanno stimolato le imprese a riorganizzare le loro attività su scala transfrontaliera. Tuttavia, allo stesso

---

<sup>34</sup> Per una visione complessiva dello stadio normativo delle fusioni internazionali in Europa all'inizio degli anni 1990, si veda MARIO BURGIO, op. cit. p. 1323-1324. In Brasile, tuttora l'ordinamento positivo, la dottrina e la giurisprudenza non riconoscono la validità giuridica della fusione e scissione concernenti società nazionali di Stati diversi, conforme HELENO TAVEIRA TORRES, *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*, São Paulo, RT, 2001, pp. 432-433.

<sup>35</sup> Poiché la fusione e la scissione tendono sia a istituire delle garanzie a favore degli azionisti minoritari, creditori e lavoratori sconosciute nelle altre forme societarie di riorganizzazione societarie, sia perché la loro realizzazione transfrontaliera poteva dar causa alla loro estinzione e liquidazione.

tempo che il movimento d'integrazione regionale in Europa si approfondiva, il nocciolo duro delle relazioni economiche tripolari fra Europa, Stati Uniti e Giappone iniziava a distogliersi progressivamente, dando luogo all'insorgenza di una pluralità di nuovi attori nella scena economica mondiale. Parte importante del flusso finanziario e produttivo si è traslatata dai paesi di economia avanzata, polverizzandosi in una rete ultra complessa di destinatari, prima di (re)ingressare sia nelle economie avanzate, sia nel circuito delle economie emergenti<sup>36</sup>. Il resoconto – amaro – di questo movimento appare nell'indomani della crisi finanziaria del 2008, quando si prospetta un nuovo disegno economico mondiale e, il movimento transnazionale, prima centrato nelle economie avanzate, si globalizza<sup>37</sup>.

### **C) Il terzo periodo: La crisi finanziaria contemporanea (dal 2008)**

L'inquadramento temporale del terzo periodo verso la crisi finanziaria del 2008, poiché si considera che la siffatta crisi rappresenti un punto d'inflessione nel sistema economico disegnato nelle fasi precedenti. Come fenomeno recente, l'analisi dei suoi effetti nello stadio attuale potrebbe essere tutt'altro che complessiva, in modo che qualsiasi affermazione assoluta sembrerebbe parziale e tendenziosa. Nella consapevolezza di tali limiti, si pretende apportare alcune riflessioni introduttorie sul nuovo profilo dell'attuazione societaria, piuttosto di procedere a un inquadramento esauriente del fenomeno.

Innanzitutto, sarebbe necessario chiarire che la demarcazione temporale assunta nei paragrafi precedenti è meramente indicativa. Il passaggio di una fase ad altra non si manifesta di forma lineare, neanche ben delimitata. L'adozione di un nuovo modello produttivo occorre di modo lento e progressivo, indipendentemente del completo esaurimento del modello anteriore. Anzi, è

---

<sup>36</sup> Il rapporto OECD *Report on Addressing BEPS*, op. cit. p. 26 rimarca che oggigiorno la struttura e la gestione delle multinazionali si basa nel modello organizzativo del tipo "catena del valore globale", implicando nella frammentazione della produzione in diversi fasi e distribuendola fra economie emergenti e economie avanzate: "*Global Value Chains (GVCS), characterised by the fragmentation of production across borders, have become a dominant feature of today's global economy, encompassing emerging as well as developed economies.*"

<sup>37</sup> Non è per caso che la OCSE, chiamata da ERIC HOBBSBAWM, op. cit. p. 262 di "El club de economías capitalistas industriales avanzadas", a partire degli anni 2000 inizia a cambiare suo approccio verso il resto del mondo, adottando una strategia "global", per rinforzare il dialogo con paesi non-membri, in particolare in materia di trasparenza e di scambio di informazioni per fini fiscali. Si veda: <http://www.oecd.org/tax/transparency/>.

assolutamente plausibile la convivenza fra le distinte strutture produttive, in decorrenza della diversità nei ritmi di sviluppo economico.

Infatti, la delimitazione della terza fase all'incirca della crisi finanziaria del 2008, si giustifica nella necessità di riflettere sulle trasformazioni che poco a poco si furono implementando e approfondendo nel trascorrere del primo decennio del secolo XXI e che consolidarono l'attuazione transnazionale delle società, sfidando le autorità statali a ripensare l'attuale struttura normativa.

A prescindere degli elementi finanziari a generare la crisi e a richiedere lo sviluppo di meccanismi di controllo statale per evitare la sua propagazione e rinnovazione, l'analisi a che si propone vuole mettere in luce alcuni fattori che determinarono il risveglio dell'attenzione degli Stati e delle organizzazioni internazionali verso l'attuazione transnazionale delle società e i suoi impatti sul finanziamento delle attività statali.

Un primo resoconto va fatto in funzione del riallineamento degli Stati nazionali nel nuovo panorama economico prospettato dall'avanzamento del processo di globalizzazione produttiva e finanziaria.

Eccezione fatta alla zona europea, le iniziative d'integrazione economica regionali avviate dalla metà degli anni 1950, quale scelta all'esposizione diretta delle economie nazionali al commercio internazionale, hanno perso forza prima ancora del suo completo raggiungimento.

All'inizio degli anni 2000, il livello d'integrazione commerciale in scala globale era già tale da indicare che il progetto regionale avrebbe ceduto passo al completamento del fenomeno della globalizzazione. MANUEL DE CASTELLS fonda il cambiamento di prospettiva nel modo di attuazione delle grandi società, che ha spostato il centro di direzione del progetto globalizzante dagli Stati – individualmente o regionalmente considerati – agli attori economici organizzati in forma di rete<sup>38</sup>. Ciò è stato possibile tramite la ripartizione dell'attività produttiva e distributiva in una vasta rete d'impresa, non necessariamente collegate giuridicamente fra loro. La strategia ha dato avvio a

---

<sup>38</sup> MANUEL DE CASTELLS, op. cit., p. 156: *"Em resumo, o processo de regionalização da economia global dissolveu-se, em grande parte, em favor de uma estrutura de padrões comerciais de diversas camadas, diversas redes, que não se pode apreender por intermédio das categorias de países como unidades de comércio e concorrência. De fato, os mercados de mercadorias e serviços estão se tornando cada vez mais globalizados. Mas as verdadeiras unidades de comércio não são países, porém empresas, e redes de empresas."* In questo senso si veda anche il documento OECD Report on Addressing BEPS, op. cit. p. 25.

un intenso movimento di attrazione del flusso commerciale transnazionale dalla dimensione pubblica (fra parti non-relazionate, localizzate in un dato Stato) alla sfera privata (entro un gruppo d'impresе vincolate economicamente fra di loro e sparse globalmente)<sup>39</sup>. Fatto sta che oggi, secondo osserva EDUARDO F. P. MATIAS, parte rilevante della corrente commerciale in ambito internazionale avviene degli scambi di beni e servizi fra società appartenenti allo stesso gruppo economico<sup>40</sup>.

Si da un lato si possa affermare che le transazioni commerciali intra-gruppo non rappresentano una pratica del tutto nuova, in modo a giustificare il suo inserimento temporale nel periodo della crisi finanziaria del 2008, è la sua intensificazione<sup>41</sup> ed il suo impiego per far circolare beni intangibili a rendere valido tale inquadramento<sup>42</sup>. Uno degli aspetti collegati agli intangibili, decorre proprio del mutamento progressivo del nucleo produttivo di ricchezza dal settore secondario (industria) al settore terziario (servizi e conoscenza), cui origine rimonta alla rivoluzione tecnologica iniziata nel secolo XX<sup>43</sup>.

Tal fattore sta impattando fortemente sul modello produttivo, distributivo e di consumo attuato dalle società transnazionali, nella misura in cui gli elementi reddituali derivati della produzione di beni materiali si tornano accessori in rapporto ai redditi oriundi della prestazione dei servizi ai e dei beni intangibili a loro collegati. Ne risulta che gli elementi "immateriali" passano a essere centrale

---

<sup>39</sup> ERIC HOBBSAWM, op. cit., p. 281, nell'analizzare l'importanza del flusso commerciale internazionale, delle società multinazionali statunitensi e britanniche, già all'inizio degli anni 1980, conclude: "*En cierto sentido, estas cifras son irrelevantes, ya que la función principal de tales compañías era 'internacionalizar los mercados más allá de las fronteras nacionales', es decir, convertirse en independientes de los estados y de su territorio.*"

<sup>40</sup> EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 133. Per dare un'idea delle proporzioni del fenomeno delle transazioni intra-gruppo, si ricorre ancora una volta a ERIC HOBBSAWM, op. cit. p. 281: "*Gran parte de lo que las estadísticas (que básicamente recogen los datos país por país) reflejan como importaciones o exportaciones es en realidad comercio interno dentro de una entidad transnacional como la General Motors, que opera en cuarenta países.*"

<sup>41</sup> L'intensità del movimento già era sentita all'inizio degli anni 1990, conforme relata ERIC HOBBSAWM, op. cit., p. 283: "*Que compañías con base en un país pero con operaciones en varios otros expandiesen sus actividades era bastante natural [...] La novedad radicaba sobre todo en la escala de las operaciones de estas entidades transnacionales.*"

<sup>42</sup> EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 174: "*Atualmente [2005], [...] crescem as transações envolvendo serviços – como os de contabilidade, crédito, pesquisa e desenvolvimento, capacitação de pessoal –, e conhecimento – como patentes, fórmulas, marcas, direitos autorais, licenças e franquias –, cujo caráter intangível torna mais difícil qualquer tipo de valoração monetária, dificultando, em consequência, a tarefa das autoridades fiscais [...]*"

<sup>43</sup> EDUARDO F. P. MATIAS, op. cit., p. 119.

nel processo di aggregazione di valore al prodotto, con il vantaggio aggiunto di essere mobili e permeabili ai confini nazionali<sup>44</sup>.

Un ultimo condizionante da rilevare in rapporto al periodo contiguo alla crisi finanziaria del 2008 fu l'intensificazione del movimento di delocalizzazione della produzione dalle economie avanzate, verso le economie in transizione, raggruppati sotto il nome collettivo BRICS – Brasile, Russia, Cina e Africa del Sud, ancora una volta tramite la struttura d'investimenti diretti all'estero<sup>45</sup>, oppure investimenti di portafoglio<sup>46</sup> di natura meno stabile.

La grande novità, tuttavia, s'incentra sulle strutture interposte prive di sostanza economica per far circolare l'investimento dall'economia di origine fino alla destinazione finale.

L'analisi fatta dall'OCSE, nel recente rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*", pubblicato a febbraio di 2013, in basi ai dati raccolti e organizzati dal Fondo Monetario Internazionale – FMI, sull'investimento diretto all'estero in scala mondiale rivela che in 2010, le economie di Barbados, Bermuda e Isole Vergine britanniche, complessivamente considerate, hanno ricevuto un flusso di IDE superiore a quello introdotto in Germania e Giappone, individualmente considerati, nello stesso periodo. Parimenti, le tre economie considerate hanno apportato più IDE verso il mondo che la Germania. Un altro dato fornito, che corrobora l'idea del paragrafo anteriore, avviene della constatazione che il flusso di IDE delle Isole Vergini britanniche in Cina è

---

<sup>44</sup> Il rapporto OECD, *Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 27 distacca che la produzione in catena del valore globale ha cambiato il ruolo delle economie nel processo di decisione su che cosa produrre. Ora è più importante valutare l'inserzione economica del paese nelle fasi di produzione che calcolare il volume dell'esportazione di beni o servizi e, a proposito della valutazione dei beni e servizi, aggiunge: "*From an economic point of view, most of the value of a good or service is typically created in upstream activities where product design, R&D or production of core components occur, or in the tail-end of downstream activities where marketing or branding occurs. Knowledge-based assets, such as intellectual property, software and organisational skills, have become increasingly important for competitiveness and for economic growth and employment.*"

<sup>45</sup> Lo studio recente di MANMOHAN S. KUMAR E DENNIS P. QUINN, *Globalization and Corporate Taxation*, IMF Working Paper WP/12/252, ottobre 2012, pp.6-7, per il Fondo Monetario Internazionale – FMI, conferma il fenomeno e lo quantifica: "[...] *to the extent that emerging markets have been much less adversely affected by the global crisis and their domestic demand growth had been robust, this too is having an impact on discussions regarding CIT [Corporate Income Tax]. In particular, there has been a sharp increase in the flow of foreign capital, both portfolio and direct investments, to these economies over the last few years, and projections are for these record flows to continue [...]. The impact on FDI [Foreign Direct Investment] flows of these positive developments in emerging markets, which predate the global crisis but have become accentuated since then is notable. [...]. In terms of the actual FDI flows, the example of India is striking but not unique: total foreign direct investment to India has risen from around \$8 billion in the two years before the global crisis, to nearly \$37 billion in 2009-10, and is projected to rise further.*"

<sup>46</sup> Secondo l'OCSE, OECD *Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 18, in generale, l'interesse dell'investitore di portafoglio è tutt'altro che partecipare della gestione dell'impresa.

superiore a quello degli Stati Uniti. Già in India, gli investimenti arrivano maggiormente delle Isole Mauritius. Mentre in Russia, le economie come Cipri, Isole Vergine britanniche, Bermuda e Bahamas figurano fra i cinque principali investitori<sup>47</sup>.

Il quadro sopra descritto dimostra chiaramente che la strategia di attuazione transnazionale delle società multinazionali sta spingendo oltre alla semplice ristrutturazione materiale del modello di produzione, distribuzione e consumo di beni e servizi. Il flusso di IDE, che prima si dirigeva ad acquisire il controllo di una società, oppure a installarsi un'unità produttiva all'estero, ora serve, a costruire reti di rapporti inter-societari<sup>48</sup> per valersi di una serie di fattori economici (risorse naturali e umane, mercato consumatore, localizzazione geografica, infrastruttura, ecc.), tra cui l'imposizione fiscale assume un ruolo importante.

La diversità dei sistemi normativi nell'ambiente globale ha creato l'opportunità per le multinazionali di ottimizzare la redditività dell'investimento. Le inconsistenze normative fra i distinti sistemi giuridici aprono spazio per la pianificazione fiscale internazionale aggressiva e sfumano il concetto di evasione fiscale, una volta che la maggior parte degli schemi attua dentro della zona di legalità<sup>49</sup>.

Considerando che i gestori di negozi concepiscono l'imposizione fiscale come un costo che deve essere ridotto, lo sfruttamento dei vuoti normativi diventa essenziale per incrementare l'attrattività dell'investimento in funzione del calcolo degli utili per azioni (*earnings per share* – ETS)<sup>50</sup>.

La novità apportata dal modo di attuazione transnazionale delle società, nella sfera della riorganizzazione societaria, non riguarda tanto la modifica nelle figure societarie utilizzate nei periodi anteriori ma sì la scelta accurata dell'operazione per configurare il disegno della struttura societaria multilivello. Inoltre, grande pressione si sta esercendo sugli Stati nazionali per flessibilizzare

---

<sup>47</sup> Per le cifre esatte si veda *OECD Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 19.

<sup>48</sup> Tal come previsto da KEN'ICHI IMAI, citato nella nota a piè di pagina 19, cioè come riflesso della terza fase di sviluppo delle strategie delle società multinazionali.

<sup>49</sup> OECD, *Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 29.

<sup>50</sup> MANMOHAN S. KUMAR E DENNIS P. QUINN, op. cit. p. 7, riporta che le stime di MOOIJ E EDVERSEEN suggeriscono che: "a 1 percentage point cut in the tax rate in a country increases the size of profit reported by a multinational company in that country by 2 percent". Si veda anche, *OECD Report on Addressing BEPS*, op. cit., p. 30.

le regolazioni societarie e fiscali con la finalità di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione transfrontaliera delle operazioni di riassetto societario, necessaria al modellamento delle reti globali di produzione e distribuzione. La configurazione delle reti di società, a sua volta, mira la canalizzazione degli investimenti e il loro ripatriamento, benché delle utilità che ne derivano (dividendi, interessi, royalties, utili d'impresa, perdite, ecc.), ai fini di garantire la minima imposizione fiscale possibile<sup>51</sup>. Cosicché, le società ancora si valgono delle fattispecie societarie nazionali tradizionali, come la fusione, la scissione, l'acquisizione di partecipazioni maggioritarie e minoritarie, lo scambio d'azioni, il conferimento d'attivi, per dare avvio alla riorganizzazione societaria transnazionale. Lo che cambia è la scelta dell'operazione secondo due fattori: il costo fiscale dell'operazione in sé e l'imposizione fiscale sul normale esercizio delle attività d'impresa. Tuttavia, è da rilevarsi che nei paesi in cui l'ordinamento giuridico non prevede la realizzazione di fusioni e scissioni a livello internazionale, per motivi ovvi, la riorganizzazione societaria tenderà a occorrere attraverso le altre forme giuridiche disponibili, prima di consolidarsi, in un momento posteriore, tramite una fusione o scissione in ambito nazionale.

Di tutto ciò si percepisce che la differenza in rapporto al periodo di sviluppo economico anteriore (1980-2007) riguarda soltanto all'interposizione di strutture societarie, per diminuire il carico fiscale e potenziare il ritorno sugli investimenti. Data la mentalità di che l'imposta è un costo a essere minimizzato, sommata alla relativa libertà per far circolare capitali, beni, servizi e persone globalmente, le operazioni di riorganizzazione societaria, rappresentano – in questa struttura societaria multilivello – uno strumento in più per aumentare la redditività dell'investimento. La pianificazione adeguata dell'operazione di riorganizzazione societaria, abbinata ai vuoti legislativi decorrenti della

---

<sup>51</sup> SING YUAN YONG, *Tax optimization using branches?*, in Bull. Intl. Tax, agosto 2012, Journals IBFD, tratta dettagliatamente dell'uso delle strutture societarie dirette a ridurre l'imposizione fiscale. L'articolo fornisce degli esempi dell'impatto fiscale tramite la sostituzione di società sussidiarie per filiali in diversi livelli della catena produttiva, inclusivi con i calcoli e gli schemi grafici per dimostrare la differenza dell'incarico fiscale correlato. Gli schemi grafici servono, principalmente a capire il disegno del modo di produzione e di distribuzioni all'interno delle "catene del valore globale" e la frammentazione delle strutture societarie in modo a favorire il miglior sfruttamento dei benefici collegati alla produzione in reti globali, tra cui l'imposizione fiscale. In una breve sintesi, la gestione dell'impresa è realizzata da una società *holding* globale, intermediata di società *holding* regionali, che controllano le unità operative locali (produzione o distribuzioni), organizzate in forma di società sussidiarie oppure di filiali/stabili organizzazioni e che, a sua volta, distribuiscono i prodotti ai punti di vendita al consumatore, organizzate sotto la forma di *branches*.



disparità degli ordinamenti giuridici crea delle condizioni ottimali per ridurre il carico fiscale delle società multinazionali e compensare il rischio imprenditoriale.

Se da una parte sia ben vero che il fattore fiscale non è il più importante nel determinare la scelta imprenditoriale, poiché questa ancora attenda maggiormente alle strategie commerciali del gruppo economico<sup>52</sup>, non è meno vero che, una volta presa la decisione di investire in un determinato paese piuttosto di altro, l'elezione della figura giuridica di riorganizzazione societaria e la forma societaria che l'impresa assumerà, dipende ogni volta in più di una meticolosa pianificazione per ridurre l'imposizione fiscale sulle componenti reddituali che emergeranno successivamente in decorrenza della normale attività operativa (utili, dividendi, interessi, royalties, ecc.)<sup>53</sup>.

L'attuazione transnazionale delle società e il suo impatto negativo sul finanziamento delle attività statali è entrata nell'agenda delle discussioni globali in ragione della stretta fiscale che grande parte dei paesi di economia sviluppata sta sperimentando dall'inizio della crisi finanziaria nel 2008. Il rapporto *BEPS* dell'OCSE, dell'ultimo febbraio (2013)<sup>54</sup>, ha messo in evidenza l'inabilità degli attuali regimi d'imposizione fiscale in assicurare la tassazione il reddito prodotto dalle società multinazionali con attuazione transnazionale. La domanda di cambiamento dei paradigmi che orientano i sistemi d'imposizione fiscale nazionali, internazionali e transnazionali serve come esempio emblematico dell'impatto del fenomeno economico della ristrutturazione societaria sugli ordinamenti giuridici e della necessità della loro adeguazione.

L'analisi finora realizzata ha avuto per scopo tra l'altro evidenziare che la riorganizzazione societaria ha una forte vertente economica, decorrente dell'impatto che il fenomeno di transnazionalizzazione dei rapporti economici sta imprimendo sul modo di produrre e di distribuire beni e servizi. Quindi, l'approccio economico conferisce un'importante chiave di lettura dello sfondo su

---

<sup>52</sup> Conforme SING YUAN YONG, op. cit. p. 430.

<sup>53</sup> I rapporti pubblicati dalle società di consulenza, le c.d. "BIG 4": PRICEWATERCOOPERS, DELOITTE, ERNST & YOUNG, KPMG, contengono le strategie per investire all'estero, calcolando gli effetti fiscali nella scelta delle diverse figure di riorganizzazione societaria. Per il Brasile, si veda: PWC, *Doing Deals in Brazil*, 2011, pp. 71-80; KPMG International, *Taxation of cross-border mergers and acquisitions - Brazil*, 2012; Per una prospettiva globale, si veda: ERNST & YOUNG, *Global M&A tax survey and trends: The growing role of the tax director*, 2011.

<sup>54</sup> OECD, *Report on Addressing BEPS*, op. cit.

cui le scelte di politica tributaria in materia di riorganizzazione societaria si sono orientate finora e si orienteranno nei prossimi anni.

La metodologia si giustifica nella misura in cui la contestualizzazione economica del fenomeno rende agevole la comprensione dell'influenza reciproca fra il diritto e le sue discipline confinanti: l'economia, la politica, le scienze aziendali, il diritto privato<sup>55</sup>. Inoltre, favorisce il condizionamento mentale per afferire il contenuto giuridico-tributario del concetto multidisciplinare<sup>56</sup> della riorganizzazione societaria. Conseguentemente, aiuta a riflettere sul passaggio del trattamento fiscale delle vicende riorganizzative da un modello impositivo incentrato sulle singole operazioni verso una categoria generale di atti di riassetto societario.

Nel prossimo paragrafo si tratterà del secondo passaggio di recepimento del concetto di riorganizzazione societaria in sede giuridica, adoperata all'interno del diritto tributario, mettendo in luce le difficoltà in riassumere una definizione unica e definitiva per il termine "riorganizzazione societaria", in ragione della diversità dei distinti modelli impositivi.

### **1.3 Il concetto di riorganizzazione societaria nei diversi modelli impositivi**

La configurazione di un trattamento fiscale speciale per un gruppo particolare di operazioni straordinarie d'impresa dipende, innanzitutto, di una scelta di politica tributaria. Negli ordinamenti giuridici nazionali l'esistenza di regole fiscali specifiche per le operazioni di riorganizzazione societaria si ricollega alla volontà decisa degli Stati in incoraggiare la creazione e/o il

---

<sup>55</sup> Nelle parole dell'antropologo, sociologo e filosofo francese EDGAR MORIN, si deve promuovere la "ruptura entre as fronteiras disciplinares", perché "Todo conhecimento constitui, ao mesmo tempo, uma tradução e reconstrução partir de sinais, signos, símbolos, sob a forma de representações, ideias, teorias, discursos" e "o conhecimento pertinente é o que é capaz de situar qualquer informação em seu contexto e, se possível, no conjunto em que está inscrito", EDGAR MORIN, *A Cabeça Bem-Feita*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005, pp. 107, 24 e 15, rispettivamente.

<sup>56</sup> Qui intesa in consonanza con il rilievo di FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1955, p. 245 (citato da ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Marcial Pons, 2010, p. 41): "Há juristas que quase sempre cometem o erro de aceitar e utilizar empiricamente os conceitos das ciências pré-jurídicas, sem cuidarem de pesquisar o novo e diferente [significado] que eles passam a vestir no momento em que entram no mundo jurídico.", rielaborato più avanti dal proprio ALFREDO AUGUSTO BECKER, op. cit., p. 43: "Ora, os estimulantes jurídicos (princípios e conceitos jurídicos), devem necessariamente provocar, na atitude mental jurídica, um outro (diferente) reflexo e não o mesmo reflexo que era provocado quando aquele princípio ou conceito era [...] de natureza apenas econômica, em síntese: quando era pré-jurídico. Portanto, o único remédio [...] é sujeitar-se ao trabalho de reeducar os reflexos condicionados, na atitude mental jurídica tributária."

rinforzamento di certi settori produttivi dell'economia interna, oppure favorirne la ristrutturazione<sup>57</sup>.

Dall'universo di atti di scomposizione e di (ri)articolazione dei soggetti e dei patrimoni aziendali, regolati dal diritto delle società di ogni Stato – che potrebbe essere composto di operazioni di trasformazione, fusione, scissione, conferimento d'attivo, permuta, conferimento di azioni, acquisto di partecipazioni, trasferimento di sede sociale all'estero, ecc. – il legislatore tributario realizzerà un giudizio di valore per selezionare alcune delle vicende più espressive e ne applicherà un regime fiscale speciale. In conformità a questa scelta, la dottrina tributaria elaborerà un concetto di riorganizzazione societario più o meno ampio nel riguardo della sua definizione nel diritto privato.

Molteplici possono essere i fattori a determinare la scelta delle operazioni ricoperte e le conseguenze fiscali che ne decorrono. Normalmente, l'elezione del legislatore dipenderà del bilanciamento tra gli elementi di sfondo economico-culturale e il corrispettivo quadro giuridico di sopporto.

Ancora una volta, il rapporto dialettico fra il fenomeno economico e gli ordinamenti giuridici svolge un ruolo essenziale. Come si è rilevato in precedenza, la regolazione giuridica dei fatti economici attenderà alla congiunzione della necessità imprenditoriale di riadeguarsi al mercato e la sensibilità degli Stati in provvedere delle misure normative corrispondenti. Tal come nel diritto societario, la pressione del modo di attuazione delle società rifletterà sulla scelta delle fattispecie societarie che integreranno il concetto fiscale di riorganizzazione societaria.

Così come la questione della scelta delle operazioni, i ragionamenti che fondamentano le soluzioni tecniche applicate per risolvere la problematica fiscale che ne decorre, saranno variabile da paese a paese,<sup>58</sup> poiché anch'essi sono dipendenti dell'intorno negoziale e della tradizione giuridica. L'obiettivo dei distinti regimi, però sarà unico e comune: evitare che l'imposizione fiscale sia un elemento a ostacolare il raggiungimento di una struttura imprenditoriale

---

<sup>57</sup> GIUSEPPE ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi. Trasformazioni, fusioni e scissioni*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 15.

<sup>58</sup> GIUSEPPE ZIZZO, op.cit., p. 3: "Si è testé affermato che il concetto in discussione [la riorganizzazione societaria] non presenta dei confini fissi, ma che questi mutano di estensioni da ordinamento ad ordinamento".

più razionale e adatta alla competitività delle imprese e alla crescita dell'economia<sup>59</sup>.

In generale, i distinti modelli impositivi cercano di attenuare le conseguenze fiscali ricollegate alla ristrutturazione aziendale, che possono essere riassunte sia nella finzione giuridica dell'estinzione della società conferente, seguita dalla sua conseguente liquidazione patrimoniale, nelle operazioni sui soggetti (fusione, scissione, trasformazione, trasferimento all'estero della sede sociale); sia nella presunzione dell'inquadramento delle operazioni sui beni (conferimento d'attivo, scambio d'azioni) fra gli atti che operano il distoglimento dei beni del regime patrimoniale d'impresa. Secondo il disegno d'imposizione fiscale, entrambi situazioni summenzionate potrebbero dar luogo alla realizzazione dei crediti fiscali latenti (plusvalenze, accantonamenti e riserve in sospensione d'imposta) e, in conseguenza, all'imposizione fiscale senza il corrispondente apporto monetario ai soci o azionisti, insito alle normali operazioni di estinzione e liquidazione di società oppure di alienazione partecipazioni societarie o di cessioni di rami di attività. Inoltre, tali effetti fiscali possono ripercuotersi nei due livelli di rapporti che suddette operazioni normalmente incatenano. In un primo livello concernente ai rapporti fra le società stesse e in riguardo del loro capitale sociale. In un piano secondario, corrispondente ai diritti dei soci e degli azionisti in confronto alle società coinvolte nell'operazione.

Anche se in misura e grado diversi, gli ordinamenti giuridici nazionali tendono a applicare un regime di neutralità fiscale alle operazioni di riorganizzazione societaria, *“benché non sempre il significato e la portata di questa formula [neutralità fiscale] vengono definiti in maniera coincidente”*<sup>60</sup>.

Per GIUSEPPE ZIZZO<sup>61</sup>, il predicato della “neutralità” può riferirsi da un lato alle fattispecie di riorganizzazione societaria e dall'altro alla normativa fiscale in riferimento.

Nel primo caso, il concetto di neutralità si ricollega all'irrilevanza fiscale attribuita dalla legge tributaria ad alcune fattispecie di riorganizzazione societaria, individualmente considerate. In questa vertente, il termine

---

<sup>59</sup> GIUSEPPE ZIZZO, op. cit., p. 5.

<sup>60</sup> GIUSEPPE ZIZZO, op. cit., p. 9.

<sup>61</sup> GIUSEPPE ZIZZO, op. cit., pp.19-20.

“neutralità fiscale” acquisisce una connotazione *lato sensu*, poiché raggruppa tanto le misure legislative di tipo agevolativo, quanto le norme che considerano certe vicende come inidonee a provocare il realizzo delle plusvalenze.

Nella seconda accessione elaborata da ZIZZO, la scelta normativa della ha per obiettivo evitare che l'imposizione fiscale interferisca nella riorganizzazione societaria, servendo di fattore d'incentivo o di disincentivo per la realizzazione delle operazioni. L'aspetto fiscale dell'operazione deve essere neutro, lasciando la scelta imprenditoriale libera di qualsiasi condizionante di ordine fiscale. La neutralità fiscale in questo senso ha un aspetto funzionale, stabilito in ragione di esigenze meta-tributarie di rafforzamento dell'apparato produttivo<sup>62</sup>, piuttosto che in decorrenza dei componenti reddituali delle operazioni. Poiché il valore ad essere tutelato è la produttività delle imprese e la loro competitività, le distinte conseguenze fiscali basate sugli componenti reddituali delle operazioni sono appiattite sotto una soluzione normativa unica di neutralità fiscale.

Di ciò si evince che i modelli impositivi sulle operazioni di riorganizzazione societaria possono distinguersi in due: modelli impositivi riguardanti le singole operazioni e basati sui loro componenti reddituali e modelli impositivi centrati su esigenze meta-tributarie di rafforzamento dell'apparato produttivo e basati su una categoria generali di atti di riassetto societario.

### **1.3.1 I modelli impositivi improntati sulle singole operazioni di riorganizzazione societaria**

È da distaccarsi che grande parte delle leggi tributarie nazionali non indirizza la problematica fiscale della ristrutturazione aziendale attribuendo a essa un profilo fiscale di categoria generale. Fatte salve alcune eccezioni, di cui gli Stati Uniti d'America ne fanno esempio e a qui si fa riferimento più avanti, i modelli nazionali d'imposizione fiscale sulle vicende di riorganizzazione applicano la logica del sistema di tassazione del reddito d'impresa, fondato sul regime patrimoniale dei beni d'impresa, per individuare le conseguenze fiscali delle operazioni societarie singolarmente considerate.

---

<sup>62</sup> GIUSEPPE ZIZZO, op. cit., p.16.

Secondo il regime patrimoniale dei beni d'impresa, i beni immersi nel circuito produttivo sono destinati a creare componenti positive e negative di reddito<sup>63</sup>. In breve sintesi, la sistematica del regime gira attorno su due principi cardini: il valore fiscale dei beni e la continuità dei valori patrimoniali. Poiché le variazioni nel valore fiscalmente riconosciuto dei beni sono costanti nell'esercizio ordinario dell'impresa, essi soltanto acquisiscono rilevanza fiscale in momenti specifici del ciclo dell'impresa. In particolare, quando occorra una situazione abile a provocare il distoglimento dei beni del complesso produttivo (azienda), causando l'interruzione della continuità fiscale dei valori patrimoniali. Le fattispecie di ristrutturazione aziendale integrano l'elenco delle situazioni straordinarie in cui il regime patrimoniale dei beni d'impresa possa subire soluzione di continuità, facendo che la differenza tra i valori correnti e i valori fiscali dei beni acquisisca rilevanza fiscale.

Diverse possono essere le soluzioni normative per risolvere la problematica fiscale emersa dalle singole operazioni di riorganizzazione societaria. Un primo tentativo di ordinare in modo sistematico gli effetti fiscali dell'ampio nucleo di fattispecie riorganizzative, definito inizialmente nell'ambito del diritto delle società, potrebbe essere intravisto nella loro distinzione fra operazioni sui soggetti (trasformazione, fusione e scissione) e operazioni sui beni (conferimento d'attivi e scambio di azioni), sempre che l'ordinamento giuridico di riferimento lo permetta<sup>64</sup>.

A partire di una tale differenziazione, molteplici possono essere le scelte di politica tributaria, a sua volta tradotte nelle normative fiscali. Per illustrare i distinti trattamenti tributari per le stesse vicende riorganizzativi, si collazioneranno brevi considerazioni sui regimi applicati in Italia e in Brasile.

---

<sup>63</sup> RAFFAELLO LUPI, op. cit., p. 7.

<sup>64</sup> Qui si considera l'eterogeneità delle operazioni di riorganizzazione societaria all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali e si richiama il fatto che nei Paesi Bassi, Regno Unito e Irlanda, la legge societaria non regolava gli istituti della fusione e della scissione, fino all'intervento legislativo dell'UE.

## A) Il regime italiano

In Italia, prima dell'intervento dell'Unione<sup>65</sup>, una prima variante di politica tributaria ha considerato le vicende sui soggetti (fusione, scissione e trasformazione) inidonee a provocare la realizzazione delle plusvalenze maturate in capo alle società che si estinguono all'atto dell'operazione<sup>66</sup>. Il regime di neutralità fiscale si fonda nella garanzia di continuità fiscale dei valori patrimoniali, giacché il patrimonio aziendale della società che si estingue senza liquidarsi confluisce nella società risultante dell'operazione. Si considera che le plusvalenze eventualmente emerse in virtù delle operazioni siano prive di certezza e di definitività<sup>67</sup> e quindi non si realizzino all'atto della fusione o della scissione ma, semplicemente, si aggiungano alle corrispondenti poste contabili nel patrimonio della società risultante dell'operazione, assicurando la continuità del loro valore fiscalmente riconosciuto.

In decorrenza, la neutralità fiscale si ricollega alle caratteristiche delle operazioni sui soggetti (fusione, scissione e trasformazione). In altre parole, la neutralità fiscale della fusione, della scissione e della trasformazione è la conseguenza naturale dell'applicazione dei principi cardini che orientano il regime ordinario di tassazione del reddito d'impresa: il valore fiscale dei beni e la continuità fiscale dei valori patrimoniali.

Invece, la soluzione improntata alle operazioni sui beni, quale il conferimento d'azienda e la permuta di azioni, si orientava in senso diametralmente opposto. Ancora seguendo il ragionamento del regime patrimoniale dei beni d'impresa, si attribuiva rilevanza fiscale alla differenza fra i valori fiscalmente riconosciuti e i valori correnti nel riguardo delle operazioni sui beni.

Si tome per esempio il conferimento d'azienda dove occorre la sostituzione di beni di primo grado (beni della società conferente) per beni di secondo grado

---

<sup>65</sup> Intanto l'ambito di applicazione del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE ricada sulle operazioni di riorganizzazione societaria di carattere transfrontaliero, è innegabile che l'attuazione del regime comune transfrontaliero in via indiretta abbia allargato alle operazioni nazionali, per forza dell'applicazione alla rovescia del principio di non discriminazione.

<sup>66</sup> Tale orientamento è stato introdotto nell'articolo 16 del Decreto del Presidente della Repubblica - D.P.R. n. 598, del 29 settembre del 1973 (G.U. n. 268, del 16 ottobre 1973) e riprodotto nell'articolo 123 del t.u.i.r. n. 917/86 (G.U. n. 302, del 31 dicembre 1986).

<sup>67</sup> RAFFAELLO LUPI, op. cit., pp. 21-22, in riferimento a GASPARE FALSITTA, *Fusioni per incorporazione senza cambio di azioni e tassazione delle plusvalenze*, in Riv. Dir. Finanz., 1979, II, p. 246.

(partecipazioni nel patrimonio della società conferita). La manutenzione dei due soggetti societari distinti dopo dell'operazione implica, necessariamente, la realizzazione delle plusvalenze maturate in capo alla società conferente, purché la società conferita possa registrare i beni ricevuti nel suo patrimonio in basi al loro valore corrente. Inoltre, il percentuale di partecipazione della società conferente nel patrimonio della società conferita si stabilisce in funzione del valore corrente dei beni ricevuti. Quindi, permettere alla società conferita d'ingressare i beni conferiti nel suo patrimonio – anche se ricompresi nel complesso aziendale – per il loro valore correnti, senza la corrispondente imposizione fiscale fra le plusvalenze maturate nella società conferita, darebbe luogo a un salto d'imposta inconcepibile nella logica del regime patrimoniale dei beni d'impresa.

Intanto, con riferimento al conferimento di azienda, si prevedevano delle misure agevolative che si traducevano nel differimento dell'imposizione nel differimento dell'imposizione sulle plusvalenze emerse all'atto del conferimento, permettendo che la società conferente attribuisse il valore storico dei beni conferiti alle partecipazioni ricevute in cambio<sup>68</sup>. Evidentemente, questa soluzione non defluiva della normale applicazione del regime patrimoniale dei beni d'impresa.

## **B) Il regime brasiliano**

Un'altra vertente di scelta di politica tributaria nel riguardo del trattamento fiscale delle componenti reddituali delle operazioni di riorganizzazione societaria singolarmente considerate, consiste in considerare le operazioni sui soggetti (fusione, scissione, trasformazione) idonee a realizzare le plusvalenze latenti in capo alla società conferente. Si tratta quindi di

---

<sup>68</sup> Sul contrasto del regime italiano d'imposizione fiscale sulla fusione e il conferimento d'azienda, vale citare il pensiero di RAFFAELLO LUPI, op.cit., pp. 51-52: “[...] *l'irrilevanza dei valori correnti in sede di fusione appare meramente ricognitiva dei principi, mentre le norme tendenti a differire 'sine die' l'imposizione sulla plusvalenza da conferimento d'azienda devono considerarsi espressione di un 'favor' nei confronti delle riorganizzazioni societarie. Queste considerazioni costituiscono il presupposto per comprendere la coesistenza tra un regime ordinario (art. 54 DPR 597) dove il conferimento (incluso quello d'azienda) comporta il realizzo delle plusvalenze ed una disposizione fortemente agevolativa in base alla quale la conferente avrebbe invece potuto mantenere le partecipazioni ricevute al vecchio valore dei beni conferiti.*” Nella stessa linea, si veda ANDREA SILVESTRI, “Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE”, Rivista italiana di diritto finanziario e scienza delle finanze, vol. 3, 1996, pp. 429-430.



attribuire rilevanza fiscale alla differenza fra i valori fiscalmente riconosciuti e i valori correnti dei beni patrimoniali, evidenziata all'atto dell'operazioni. In conseguenza, la neutralità fiscale delle operazioni di fusione, scissione e trasformazione viene meno, facendo che di essi emergano plusvalenze tassabili.

L'attenuazione delle conseguenze fiscali decorrenti di una tale scelta normativa possono essere due. La meno comune determina la tassazione immediata delle plusvalenze rilevate all'atto delle operazioni. L'altra, più comune, riguarda l'adozione di misure agevolative consistenti sia nell'esenzione delle plusvalenze iscritte in bilancio, sia nel differimento dell'imposizione fiscale sino al momento della loro effettiva realizzazione.

Per dare un esempio di applicazione di questa vertente, RAFFAELLO LUPI<sup>69</sup>, ancora in riferimento all'Italia, fa menzione all'antica sistematica prevista nell'articolo secondo, comma 1, della legge n. 170 del 18 marzo 1965<sup>70</sup>, che in un primo momento inseriva la fusione fra i fenomeni che comportavano il realizzo di plusvalenze, per di seguito, esentare le plusvalenze evidenziate in bilancio dall'imposizione fiscale.

In Brasile, nel riguardo delle operazioni sui soggetti (fusione, scissione e trasformazione), la legge adopera una scelta normativa ricoprente alle due vertenti utilizzate dal legislatore italiano (legge n. 170/1965 e D.P.R. n. 598/1973). Ciò perché, l'articolo 235, secondo comma, del Regolamento dell'imposta sul reddito - RIR<sup>71</sup>, conferisce alla società che si estingue nella fusione o nella scissione il diritto di scelta di iscrivere nel bilancio elaborato appositamente per l'operazione sia il valore fiscale, sia il valore correnti dei beni.

Nei casi in cui la società faccia l'opzione di iscrivere in bilancio il valore fiscalmente riconosciuto dei beni patrimoniali, la fusione e la scissione si applica un regime di neutralità fiscale. Invece, quando la scelta ricada in iscrivere in bilancio i valori correnti dei beni, per forza delle disposizioni dell'articolo 440 del RIR, s'impronta una misura agevolativa consistente nel differimento dell'imposizione fiscale sulle plusvalenze evidenziate in bilancio fino alla loro effettiva realizzazione.

---

<sup>69</sup> RAFFAELLO LUPI, op. cit., pp. 20-21.

<sup>70</sup> G.U. n. 77, del 27 marzo 1965.

<sup>71</sup> Decreto n. 3000, del 26 marzo 1999, pubblicato nel D.O.U, del 17 giugno 1999.

Le pennellate sui modelli impositivi italiano e brasiliano, apportate a titolo di esempio, rispecchiano bene la complessità dell'imposizione fiscale riguardante le operazioni di riassetto societario. Le soluzioni normative sono tante variegate quanto ne siano i regimi fiscali nazionali. Si potrebbe andare all'infinito riproducendo le varianti del trattamento fiscale che s'impronta alle vicende riorganizzative. Ciò si deve all'eterogeneità delle operazioni e dei regimi fiscali correlati difficoltando l'adozione di una soluzione di sintesi.

Il modello impositivo calcato sulle singole operazioni attendeva bene il fenomeno della riorganizzazione societaria mentre esso si manifestava esclusivamente a livello nazionale, poiché rifletteva più agevolmente la congiunzione degli interessi delle società e degli Stati nazionali. Man mano che l'internazionalizzazione dell'economia va spingendo l'attuazione delle società nazionali oltre ai confini statali, si cominciano a porre i primi problemi della concezione essenzialmente nazionale del modello di riorganizzazione societaria. Quando, invece, la transnazionalizzazione dell'economia trasforma completamente la struttura produttiva e distributiva, si slacciano i vincoli fra le società e gli Stati nazionali di origine ed il modello di riorganizzazione societaria nazionale perde consistenza, poiché si dissocia del modo di attuazione delle società.

Nel diritto tributario, le pressioni esercitate del fenomeno economico di transnazionalizzazione della produzione e della distribuzione di beni e servizi, si sta traducendo nello spostamento della logica dell'imposizione fiscale sulle vicende riorganizzative dai profili reddituali delle singole operazioni verso il criterio funzionale di razionalizzare l'apparato produttivo e di rinforzare la competitività internazionale delle società nazionali.

### **1.3.2 I modelli impositivi improntati sulla riorganizzazione societaria come categoria generale**

Nel nuovo modello impositivo improntato sulla riorganizzazione societaria come categoria generale, la neutralità fiscale si riferisce al regime tributario che obbiettiva promuovere la neutralizzazione dell'incidenza fiscale nella realizzazione delle operazioni raggruppate sotto un concetto generale di

riorganizzazione societaria. La definizione di neutralità fiscale si dissocia dai componenti reddituali delle singole operazioni e s'impronta su una categoria generale di atti estranei alla gestione dell'impresa in funzione degli obiettivi meta-tributari da essi perseguiti.

Ipoteticamente, si ritiene che questo modello sia più adatto a regolare il processo di espansione delle attività produttive e distributive all'estero, poiché agevola la riorganizzazione societaria come categoria generale, evitando la differenza del trattamento tributario attribuito alle singole fattispecie societarie. Si dà una parte sia vero che l'eliminazione delle conseguenze fiscali della realizzazione transnazionali della riorganizzazione societaria sia difficile – quando non impossibile – da raggiungere, dall'altro l'impostazione di un regime di neutralità fiscale per una categoria generale di operazioni potrebbe facilitarne la vicenda. Innanzitutto, permetterebbe allineare il trattamento fiscale improntato dai distinti ordinamenti giuridici, evitando che le conseguenze fiscali di una fusione siano distinte negli Stati "X" o "Y", facilitando la mobilità delle società. In un secondo momento, permettere una miglior comprensione del regime impositivo, facilitando le misure di controllo fiscale, per esempio, quando una sussidiaria di una società residente in uno Stato "X" realizza un'operazione di riorganizzazione societaria con una società residente nello Stato "Y".

### **A) Il regime nord-americano**

Nella pratica, gli Stati Uniti di America già all'inizio del secolo XX<sup>72</sup> hanno enucleato il regime fiscale delle vicende di riassetto societario su una categoria generale di riorganizzazione societaria.

La motivazione di questa scelta va ricavata nella volontà dello Stato nord-americano in stimolare la ristrutturazione produttiva delle società nazionali, con l'obiettivo di consolidare la loro competitività interna e rinforzare la loro tendenza di espansione internazionale.

---

<sup>72</sup> Più di preciso nel *Revenue Act* del 1921, conforme informa GIUSEPPE MARINO, op. cit., p. 287. Si consiglia la lettura del riferito lavoro di ricerca, per chi volesse approfondire l'analisi sullo sviluppo dell'imposizione tributaria sul reddito delle società negli Stati Uniti d'America e il correlato regime fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria.

Nella concezione del modello impositivo, è molto probabile che una delle più importanti sfide del legislatore tributario federale nord-americano sia stata la coordinazione della pluralità di soluzioni di natura societaria adoperata all'interno degli stati membri federati<sup>73</sup>. Come si è noto, il disegno federativo statunitense ha conferito autonomia legislativa a ognuna delle unità federative per organizzare la propria legge societaria. Un tale modello ha permesso che la definizione giuridica delle operazioni di riassetto societario, individualmente considerate (a *merger*, a *division*, a *demerge*, ecc.), potesse variare secondo le definizioni adottate per il Codice societario vigente in ognuno degli stati. Ciò, possibilmente, avrà indotto il legislatore federale a definire il contenuto delle distinti fattispecie societarie per i soli fini fiscali, in modo di rendere la sua applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale.

In un'analisi preliminare, si potrebbe dire che la novità apportata dal riferito modello impositivo statunitense fu l'introduzione letterale dell'espressione "riorganizzazione societaria" nella legge tributaria, riassumendo, di forma sistematica e inequivoca, un gruppo di operazioni di riassetto societario, su cui si è improntato un regime di neutralità fiscale. Tuttavia, di una riflessione meno affrettata, ci si può cogliere la vera e propria innovazione apportata dal legislatore statunitense, nell'ambito del trattamento tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: la creazione di un significato autonomo, secondo il diritto tributario, per l'espressione "riorganizzazione societaria"<sup>74</sup>. Espressione elastica, permettendo l'allargamento o la riduzione del suo contenuto a seconda delle fattispecie societarie ricoperte.

---

<sup>73</sup> Per riaffermare la molteplicità di leggi societarie a definire il concetto delle operazioni societarie all'interno degli Stati Uniti d'America, vale citare PATRICK J. O'LEARY E BRAINARD L. PATTON JR., op. cit., p. 467: "In the US the operative corporate/company's law dictates the legal parameters within which a demerger can occur and are dictated by each of the 50 states individually. Consequently, prior to effecting any demerger it will be important to refer to each particular state's company's provisions regarding how to effect a demerger."

<sup>74</sup> Revenue Act of 1921, cap. 136, 42 Stat. 227, 23 novembre 1921, Sez. 202 (c) (2): "For the purposes of this title, on an Exchange of property, real, personal or mixed, for property: any other such property, no gain or loss shall be recognized unless the property received in exchange has a readily realizable market value; but even if the property received in exchange has a readily realizable market value, no gain or loss shall be recognized: (2) When in the reorganization of one or more corporations a person receives in place of any stock or securities owned by him, stock or securities in a corporation a party to or resulting from such reorganization. **The word "reorganization," as used in this paragraph, includes a merger or consolidation (including the acquisition by one corporation of at least a majority of the voting stock and at least a majority of the total number of shares of all other classes of stock of another corporation, or of substantially all the properties of another corporation), recapitalization, or mere change in identity, form, or place of organization of a corporation, (however effected);**", disponibile in:

## B) Il regime fiscale comune dell'Unione europea

Se il regime fiscale statunitense è stato importante per la concezione funzionale della neutralità fiscale, fu il regime fiscale comune dell'UE a trasporre i risultati di una tale scelta normativa a livello transfrontaliero.

In certo modo, la stessa problematica affrontata negli Stati Uniti d'America in ragione della pluralità di regolazione delle vicende societarie si presentò al legislatore dell'Unione europea<sup>75</sup> già nei primi anni del processo di integrazione economica. Intanto, il panorama in Europa era abbastanza più complesso che quello nord-americano, poiché coinvolgeva oltre alla questione societaria, la differenza dei regimi fiscali. Inoltre, si aggiunga la competenza fiscale limitata dell'UE, decorrente della manutenzione della sovranità degli Stati membri in materia d'imposizione diretta. Ancora, si pensi nella problematica della dualità dei sistemi giuridici (*common law* e *civil law*) all'interno dello spazio europeo<sup>76</sup>.

Tuttavia, la pluralità dei quadri giuridici (societari e fiscali) nazionali e l'impossibilità di estenderli efficientemente a livello transfrontaliero è stato

---

<http://ia700404.us.archive.org/32/items/cu31924030264679/cu31924030264679.pdf>, pp. 8-9 (sottolineatura nostra).

<sup>75</sup> Si veda il documento della COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Rapporto sullo stabilimento delle società europee* - SEC (66) 1250, del 22 aprile 1966 (Supplemento del Bollettino 9/10-1966), p. 11.

<sup>76</sup> I termini sistema giuridico e ordinamento giuridico sono impiegati distintamente. Il vocabolo sistema giuridico è inteso come riassuntivo di un gruppo di ordinamenti nazionali dotati di caratteristiche storiche, sociali, economiche e giuridiche comuni fra di loro, conforme distacca il professore PIERANGELO CATALANO, *Sistemas y Ordenamientos: El ejemplo de América Latina*, in *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, pp. 19-38 (coord. Sandro Schipani): "*Desde hace mucho, se ha afirmado la necesidad, a fin de evitar cualquier confusión de los conceptos jurídicos, de emplear en modo diverso las palabras 'ordenamiento' y 'sistema'*". [...] 25 *En verdad, el trabajo realizado por los historiadores del Derecho y por los comparatistas nos conduce a determinar cuatro sistemas jurídicos de importancia mundial: el sistema romanista (del cual el sistema latino-americano es un subsistema), el sistema anglosajón (del cual el sistema norteamericano es un subsistema), el sistema socialista (hoy fragmentado entre algunas repúblicas de Asia y la República de Cuba,) y el sistema musulmán*". L'argomento sviluppato dal riferito professore, interessa, particolarmente, quando elabora le possibili giustificative per raggruppare una pluralità di ordinamenti giuridici nazionali sotto un sistema comune, quale siano: a) dare una soluzione uniforme a fenomeni giuridici simili; b) distaccare la tensione fra i diversi ordinamenti giuridici e il sistema giuridico, quando questo ultimo è complesso; c) stabilire il rapporto fra le realtà economiche simili e le forme giuridiche che le regolano. "*En los contextos culturales y lingüísticos donde el término "sistema" conserva posibles utilizaciones nítidamente diferentes de aquellos de los términos derivados de ordo, se tiende a dar una descripción y una explicación renovada de los fenómenos jurídicos mediante diversos empleos del término "sistema" [...] Tales utilizaciones pueden ser hechas para diversos fines; por ejemplo: a) hacer comprensibles las relaciones entre el sistema "ideal" del ius Romanum y los diferentes ordenamientos jurídicos "positivos", a través de los cuales se extiende éste por Europa, durante las edades medieval y moderna; b) poner en evidencia la diferencia entre los "ordenamientos" jurídicos en su pluralidad y el sistema jurídico, cuando este último es particularmente complejo, como es el caso de Marruecos, donde [...] coexisten al menos tres ordenamientos jurídicos: los "usos y costumbres", las "prescripciones musulmanas", el "Derecho francés"; c) subrayar la estrecha relación existente entre las formas jurídicas y las realidades étnicas y económicas continentales o subcontinentales [...]"*

proprio l'elemento differenziale a giustificare l'intervento dell'Unione – giacché essa si muoveva nell'ambito dell'imposizione fiscale diretta, materia a principio riservata alla competenza degli Stati membri. Il fatto di che la manutenzione delle disparità fra i regimi impositivi nazionali avrebbe potuto bloccare per completo la realizzazione transfrontaliera delle operazioni e, quindi, ostacolare lo stabilimento transfrontaliero delle società e il funzionamento del mercato<sup>77</sup> ha strada per l'adozione della direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990<sup>78</sup>.

Nella concezione del regime fiscale comune, il legislatore dell'Unione oltre a superare la disparità di trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria all'interno di ciascuno degli Stati membri, ha dovuto affrontare il problema della perdita di collegamento fiscale della società acquisita o conferente con il rispettivo Stato membro di origine, operata in ragione del carattere transnazionale delle operazioni. Si trattava dunque di coordinare una soluzione che potesse allo stesso tempo garantire agli operatori economici l'esercizio della libertà di stabilimento all'interno del mercato unico e del potere impositivo dello Stato membro di origine sui crediti tributari latenti maturati nel normale esercizio delle attività d'impresa svolte nel suo territorio, dalla società "partente".

L'utilità del regime fiscale comune va ricercata negli stessi motivi che spingono gli Stati membri, individualmente considerati, a implementare i regimi fiscali nazionali, cioè nella necessità di promuovere l'integrazione produttiva all'interno del mercato unico e migliorare la competitività delle imprese dell'Unione con riguardo ai grandi gruppi economici internazionali<sup>79</sup>. La

---

<sup>77</sup> Il programma generale di armonizzazione fiscale del 1967, (CEE), doc. cit., p. 17, già esaminava l'impossibilità dell'estensione dei regimi nazionali sul piano comunitario in ragione della diversità delle operazioni e, soprattutto perché i regimi fiscali nazionali si basavano nel differimento dell'imposta e, in quei tempi, tale sistematica sarebbe stata difficile di trasporre al livello transnazionale." Tale preoccupazione si traslata alla terza e quarta consideranda della direttiva 90/434/CEE: "*considerando che disposizioni di ordine fiscale penalizzano attualmente tali operazioni rispetto a quelle che interessano società di uno stesso Stato membro; che è indispensabile eliminare tale penalizzazione; considerando che non è possibile conseguire tale scopo mediante un'estensione del piano comunitario dei regimi interni in vigore negli Stati membri, dato che le differenze esistenti fra questi regimi possono provocare distorsioni; che soltanto un regime fiscale comune può pertanto costituire una soluzione soddisfacente in proposito.*"

<sup>78</sup> (GU L 225, 20.8.1990, p. 1-5), consolidata nella direttiva 2009/133/CE, del Consiglio, del 19 ottobre 2009 (GU L 310, 25.11.2009, p. 34-46).

<sup>79</sup> Secondo il programma generale di armonizzazione fiscale del 1967 (CEE), doc. cit., p. 7, la ragione per promuovere il ravvicinamento dell'imposizione diretta fra gli Stati membri in materia di riorganizzazione societaria era: "*The growth and consolidation of undertakings, their reorganization and, more generally, reform of the structure of production and distribution must be facilitated, not impeded, by*

differenza è che il modello impositivo del regime fiscale comune dell'UE s'impronta sul carattere funzionale della neutralità fiscale, basata su una categoria generale di atti di riorganizzazione societaria e non sui profili fiscali delle singole operazioni.

Intanto, la direttiva ha dovuto precisare il contenuto di ognuna delle operazioni raggruppate sulla categoria generale di riorganizzazione societaria per i fini di garantire l'applicazione del regime fiscale comune, giacché l'approvazione delle direttive sulle fusioni e scissioni<sup>80</sup>, che avrebbero dovuto coordinare il concetto di riferiti istituti attraverso gli Stati membri avevano due limiti: l'esclusività della forma societaria (società per azioni) e l'ambito territoriale di applicazione (nazionale). Inoltre, l'incompiuta regolazione della fusione societaria transfrontaliera<sup>81</sup>, ha spinto il legislatore dell'Unione a valersi – anche se in via trasversale – della forza creativa del diritto tributario, per conferire un contenuto giuridico unico<sup>82</sup> alle operazioni straordinarie di impresa rese fra le società stabilite in diversi Stati membri e rendere possibile l'applicazione di un regime fiscale comune atto a facilitare la realizzazione di talune operazioni.

Cosicché, l'autonomia e l'originalità del diritto tributario – eredità dell'elaborazione della dottrina e giurisprudenza nazionali – trascendono i confini degli Stati membri per, nell'ambito dell'Unione europea, rendere possibile l'adozione del regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi d'azioni concernenti le società di Stati Membri diversi.

---

*the tax systems. Any tax obstacles to the amalgamations which will be needed if enterprises are to adjust themselves to the scale of the Common Market and if the firms of the Community are to hold their own against competition on the world market (mergers and acquisitions of holdings at national and Community level, creation of European companies, activities of association of enterprises, etc.) must therefore be eliminated.*" Tale orientamento è mantenuto in modo che la stessa idea appare rielaborata nel primo considerando della direttiva 90/434/CEE: "[...] per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale."

<sup>80</sup> La direttiva 78/855/CEE, la terza direttiva del Consiglio, del 9 ottobre del 1978, relative alle fusioni delle società per azioni (GU L 295, 20.10.1978, p. 36-43) e la direttiva 82/891/CEE, la sesta direttiva del Consiglio, del 17 dicembre 1982, relative alla scissione delle società per azioni (GU L 378, 31.12.1982, p. 47-54).

<sup>81</sup> In quel tempo, la discussione della proposta di decima direttiva presentata dalla Commissione al Consiglio nel 14 gennaio del 1985, COM (84) 727, concernente alla fusione transfrontaliera si trovava bloccata nel Parlamento.

<sup>82</sup> ANDREA CARINCI, *Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi*, in AAVV Lo Stato della Fiscalità nell'Unione europea: L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione (coord. ADRIANO DI PIETRO), Bologna, Guardia di Finanza-Scuola di Polizia Tributaria, 2003, vol. 2, pp. 514-515.

## 1.4 Il concetto di riorganizzazione societaria nel diritto tributario europeo

La direttiva innova laddove introduce un regime fiscale incentrato su una categoria generale di atti societari riassunta nell'espressione "riorganizzazione societaria" e crea una definizione giuridica propria per ognuna delle operazioni che ne regola, anziché di semplicemente enumerarle. Cioè, in sede dell'Unione, al di là della mera indicazione del *nomen iuris*, tagliato nell'ambito dei diritti privati nazionali – oppure il rinvio al contenuto attribuito dalla leggi societaria in ognuno degli Stati membri –, si è attribuito alle operazioni societarie un contenuto giuridico diverso, per i soli fini del diritto tributario europeo e di applicabilità circoscritta alle operazioni transfrontaliere.

Anche se non sia possibile ritrovare nel testo della direttiva 90/434/CE un riferimento espresso al termine "riorganizzazione societaria", il suo concetto unitario si desume dalla comune regolazione che il regime tributario prevede per lo specifico gruppo di operazioni societarie individuato.<sup>83</sup> Tanto è vero che, dopo l'avvenimento della direttiva degli anni 1990, a forza dell'impiego reiterato del termine riassuntivo "riorganizzazione societaria", la terminologia viene incorporata al testo della direttiva 2005/19/CE del Consiglio, del 17 febbraio del 2005<sup>84</sup> (modificativa del testo originale), nei due primi "considerando", assumendo le variazioni "ristrutturazione aziendale" e "riorganizzazione aziendale".

Dalla lettura attenta della direttiva fusione fiscale<sup>85</sup> si intravede che la tecnica scelta dal legislatore dell'Unione si centra più in definire le operazioni

---

<sup>83</sup> In questo punto si sono paragonate le considerazioni apportate da GIUSEPPE ZIZZO, op. cit. p. 2 in riferimento all'ordinamento italiano: "*La costatazione che l'ordinamento italiano, come del resto quello di altri Paesi, regola trasformazioni, fusioni e scissione sulla base del medesimo assunto, senza tuttavia assegnare loro una denominazione di gruppo, mi ha indotto a ricorrere – nella trattazione del regime tributario di queste operazioni – alla predetta espressione [riorganizzazione societaria] la quale rende bene l'idea intorno alla quale codesto regime è costruito.*" Nello stesso senso, si veda ANDREA SILVESTRI, op. cit., p. 430.

<sup>84</sup> (GU L 307, 21.11.2009, p. 9–9).

<sup>85</sup> Intanto la dottrina soglia denominare la direttiva 2009/133/CE di "direttiva fusione", si considera la terminologia impropria per due motivi semplici: la direttiva non tratta soltanto della fusione ma anche di altre operazioni societarie; con l'approvazione della direttiva 2005/56/CEE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, il termine "direttiva fusione" potrebbe dare causa a malintesi. Dall'altra parte, riconoscendo gli inconvenienti dell'uso del termine "direttiva fusione, scissione, conferimento di attivo, di scambio di azioni, di trasferimento di sede sociale della SE e della SCE", in questo lavoro si è fatta la scelta di



individualmente, dato che loro concetto giuridico assumeva sfumature diverse sotto la legge di ogni Stato membro. Ciò indica la predisposizione del legislatore di valorizzare l'abilità del diritto tributario in catturare il fenomeno economico e ridurlo a una fattispecie d'imposta<sup>86</sup>. Infatti, nella conformazione del regime tributario, data la situazione generale in cui la direttiva s'inseriva, si è data più enfasi al risultato economico di talune delle operazioni, piuttosto di un possibile concetto giuridico previamente plasmato nell'ambito del diritto privato. Questa tecnica rispecchia, senz'altro, l'autonomia del diritto tributario in formulare concetti propri, prescindendo dei significati conosciuti per altri campi del diritto. In ultimo luogo, esprime la duttilità del diritto tributario in *"caratterizzare i fenomeni economici, gli eventi o le transazioni normalmente rappresentate da [...] forme legali"*<sup>87</sup>, conferendogli, però, un contenuto giuridico distinto.

A questo punto, non sembrerebbe eccessivo interrompere la linea argomentativa per fare un richiamo alla dottrina sviluppata, dai cultori del diritto tributario del secolo scorso, come risultato del dibattito sui rapporti fra il diritto tributario e le altre branche del diritto. Ciò si fa per introdurre un primo spunto di riflessione – a essere approfondita nel terzo capitolo – sulla scelta fatta dal legislatore dell'Unione europea, quando ha concepito il regime fiscale comune applicabile sulle operazioni di riorganizzazione societarie transfrontaliere. In questa prospettiva, si ritiene valido trascrivere i commenti di Herbert Horn<sup>88</sup> sul pensiero – finora attuale purché classico – di Albert Hensel, mettendo particolare luce nella problematica dell'interpretazione della norma tributaria:

L'approccio economico presenta differenti aspetti, che Hensel sottolinea. Il primo è lo sviluppo di concetti autonomi in materia tributaria, vale a dire di concetti formulati per scopi tributari. Esempi di tali concetti sono quello di reddito, di capitale, di scambio etc. Qui il compito dell'interpretazione è di

---

adottare il termine "direttiva fusione fiscale" per denominare indistintamente la direttiva 90/434/CEE, e la sua versione consolidata 2009/133/CE.

<sup>86</sup> In questo senso: *"La varietà e l'eterogeneità delle vicende che il diritto tributario riconduce alla nozione di riorganizzazione societaria pongono le premesse per una svalutazione dell'importanza del contributo che altre contigue discipline – come il diritto commerciale o le scienze aziendali – sono in grado di recare alla giustificazione delle scelte effettuate dal legislatore nel delimitare la sfera delle predette vicende"*, GIUSEPPE ZIZZO, op. cit., p. 9.

<sup>87</sup> HERBERT DORN, *Introduzione: Alcuni problemi fondamentali del diritto tributario nei "principi" di Albert Hensel*, in ALBERT HENSEL, *Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>88</sup> HERBERT DORN, op. cit., pp. XXVIII e XXIX.

rinvenire quali fatti della vita la legge volle colpire con l'imposta. La seconda possibilità è quella di fare uso, entro una determinata legge fiscale, di concetti conosciuti per altri campi del diritto. Eredità, donazione, trasferimento reale di proprietà, contratti di assicurazione, sono esempi di ciò. In questi casi il concetto può essere stato assunto senza alcun cambiamento o solo per caratterizzare i fenomeni economici, gli eventi o le transazioni normalmente rappresentati da quelle forme legali. Hensel esprime l'opinione che l'interpretazione deve compiere la sua scelta fra queste due alternative. Ma egli aggiunge un'avvertenza, che a mio avviso pone in luce un ulteriore caso: *la possibilità che sia stato usato sì il termine tecnico della legge civile, ma anche lo si sia riempito di nuovo contenuto per adempiere alle sue funzioni ai fini tributari. Qui occorrerà portare l'attenzione sul fatto che si è sviluppata un'influenza reciproca fra il mondo concettuale delle leggi civili, commerciali e fiscali, specialmente laddove i cambiamenti economici trasformano i concetti giuridici. Entro questo necessario processo di adattamento, può ben essere il giudice tributario che è chiamato a dare al concetto un nuovo contenuto per il fatto che è una questione tributaria quella cui per la prima volta giunge in sede contenziosa la evoluzione economica.* (corsivo nostro)

Si tratterebbe quindi di indagarsi in quale dei tre filoni identificati da Horn a partire da Hensel si potrebbero inquadrare le definizioni delle fattispecie di riorganizzazione societaria applicate dal legislatore nella direttiva fusione fiscale. Definizioni che hanno introdotto un contenuto giuridico proprio, autonomo, per le tradizionali figure societarie della "fusione", "scissione", "scambio di azioni" e "conferimento di attivo" e, anche se non nominato espressamente, hanno permesso la circoscrizione di un nuovo significato compressivo per il termine "riorganizzazione societaria".

Innanzitutto, in rapporto a questo ultimo elemento, sembra che la soluzione adottata si avvicini alla terza ipotesi di Horn. Il significato di "riorganizzazione societaria" desumibile dallo spirito della direttiva fusione fiscale e delle sue modifiche successive si collega strettamente agli scopi tributari in essa regolati. Indirettamente, s'intende per "operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere" l'universo delimitato delle operazioni ricoperte dal regime fiscale comune plasmato nella direttiva. Tutte le

altre possibili operazioni di riadeguamento dell'assetto societario rimangono all'infuori del campo di applicazione del riferito regime di favore. Dunque, si può affermare che il concetto di "riorganizzazione societaria" inferito del testo della direttiva, ha un contenuto tagliato secondo il diritto tributario europeo, che a sua volta, si discosta di quello desumibile degli ordinamenti giuridici nazionali.

Nel riguardo delle operazioni individualmente considerate, si registra un'attuazione ancora più approfondita del diritto tributario europeo. Cosicché si nota con maggior chiarezza la manifestazione della preferenza del legislatore comunitario verso la soluzione articolata nella terza via ipotizzata da Horn. Infatti, quando l'articolo secondo, *caput*, della direttiva assegna una formula del tipo "Ai fini dell'applicazione della presente direttiva, si deve intendere per", adopera una forza creativa, attraverso della quale si costruisce un nuovo significato per le operazioni<sup>89</sup> che ne succedono, cioè, quelle disposte nelle lettere (a), (b), (c) e (d): la fusione, la scissione, il conferimento d'attivo e lo scambio di azioni, rispettivamente. L'effetto operato da questa formula, a partire dell'attuazione della direttiva, determina che un'operazione – del tipo fusione, scissione, conferimento d'attivo o scambio di azioni – avvenuta fra società di Stati membri diversi, si consideri realizzata ogniqualvolta sia possibile ricondurla a una delle fattispecie previste nella direttiva, a prescindere delle disposizioni della legge nazionale dei Paesi delle società coinvolte. Ciononostante, la conseguenza, la più importante, è quella che ne decorre. La sussunzione del fatto (operazione transfrontaliera) alla norma (fusione, scissione, ecc.) fa scaturire gli effetti collegati all'attuazione del regime fiscale comune, anch'essi indipendenti delle disposizioni delle leggi tributarie nazionali. In rapporto a questo ultimo aspetto è necessario, però, rimarcare che ne possono far eccezione le specialissime situazioni in cui la direttiva autorizza gli Stati membri a rifiutare l'applicazione del regime comune, oppure di applicarlo in consonanza al regime nazionale.

---

<sup>89</sup> Sul tema vale collazionare il pensiero di ANTONIO BERLIRI, op. cit. pp. 124-125: "Dato infatti che le varie branche del diritto non costituiscono altrettanti compartimenti stagni ma, al contrario, non sono che parti di un unico inscindibile sistema, è ovvio come una definizione, quale che sia la legge che la contiene, debba valere per tutto il diritto, a meno che il legislatore non ne abbia espressamente limitato l'efficacia a determinati effetti, o, al contrario abbia escluso che essa possa trovare applicazione in un dato settore. Pertanto, quando il legislatore tributario parla di vendita, di mutuo, di enfiteusi, di società, di [...] si deve ritenere che tali espressioni abbiano lo stesso valore che esse hanno nelle altre branche del diritto, a meno che non consti o che la legge [...] abbia voluto attribuire a quella espressione un significato speciale per quella determinata imposta o per quella determinata branca del diritto." (sottolineature nostre)

Sono variegati gli esempi che potrebbero corroborare un tale indirizzo del legislatore comunitario, cioè, quello di far uso di termini proveniente del diritto privato, trasformandogli e riempiendogli di un significato distinto, per compiere gli obiettivi del diritto tributario. Fra tutti, si cercherà di raccogliere quelli più rimarcanti.

In prima battuta, conviene ricordare che ai tempi dell'avvenuta della direttiva fusione fiscale, inesisteva un contenuto univoco atto a definire a livello transnazionale ognuna delle operazioni societarie integranti del suo elenco restrittivo. La disparità della regolazione dei rispettivi istituti giuridici attraverso gli Stati membri dell'Unione europea all'inizio degli anni 1990 - l'Europa dei 12 - rifletteva non solo la diversità dei sistemi e ordinamenti giuridici, ma, soprattutto, le profonde differenze culturali dei loro ambienti imprenditoriali.<sup>90</sup> Evidentemente, la costruzione di un regime fiscale disegnato per rimuovere gli ostacoli all'attuazione delle società in un mercato interno, richiedeva dal legislatore comunitario l'abilità in trovare delle definizioni giuridiche quanto più ampie possibili, per aggirare possibili conflitti decorrenti della sovrapposizione di una pluralità di ordinamenti giuridici. Inoltre, richiedeva la sensibilità in riconoscere il vincolo stretto fra le realtà economiche e le corrispettive forme giuridiche. Cosicché, in decorrenza ai mutamenti economici derivati dalla premente instaurazione del mercato unico, il legislatore dell'Unione fu spinto a ridefinire la nozione di ognuna delle operazioni, basicamente calcata nella tradizione giuridica degli Stati membri; e promuovere il riadeguamento della loro forma, requisiti e effetti, purché si potesse garantire l'applicazione del regime fiscale comune alle operazioni di riassetto societario scelte, in ambito transfrontaliero.

Un altro aspetto a rafforzare l'idea di che la scelta comunitaria si è centrata ad una tecnica consonante alla terza possibilità di interpretazione della legge tributaria veicolata da Horn a partire di Hensel, si desume dalle modificazioni introdotte tramite la direttiva 2005/19/CE del Consiglio, del 27 febbraio di 2005, alla direttiva 90/434/CEE per ampliarne i risultati positivi. Il legislatore, consapevole dell'evoluzione dei rapporti economici all'interno del mercato unico

---

<sup>90</sup> Sul tema si rinvia al lavoro di CHIA MICHAEL E TODD ANDREW, *Obstacles to european cross-border mergers: A study on United kingdom, West Germany, France and Italy*, London Business School, apr 1990, pp. 4-6.

e la corrispondente tendenza ciclica dei movimenti di concentrazione e di deconcentrazione di capitale, ha allargato il contenuto della categoria generale di riorganizzazione societaria per abbracciare la scissione parziale, il conferimento d'attivo sotto la forma di stabile organizzazione, e lo scambio di azioni relativo all'acquisizioni di partecipazioni societarie dopo del raggiungimento della maggioranza di voto. Inoltre, ha introdotto il trasferimento di sede della Società europea (SE) o della Società cooperativa europea (SCE) nell'elenco delle operazioni di riorganizzazione societarie transfrontaliere. In tutti i casi summenzionati, il diritto tributario europeo adopera, ancora una volta, la cattura di un fenomeno economico, cui definizione del termo tecnico proviene del diritto privato, e ne ha improntato un nuovo contenuto, per il solo fine di applicarne il regime fiscale comune.

Un terzo argomento di rinforzo a tutto ciò che è stato affermato finora, si estrae proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – di ora in poi la Corte di giustizia (CGUE) o semplicemente la Corte.

Nella causa C-28/95, *Leur-Bloem*<sup>91</sup>, il tribunale di Amsterdam aveva sottoposto alla Corte una pronuncia in via pregiudiziale chiedendo fra altri, l'interpretazione dell'espressione "scambio di azioni" di cui art. 2, lett. d) della direttiva fusione fiscale. In breve sintesi dell'articolato di questioni formulato, il tribunale olandese domandava alla Corte se uno "scambio di azioni" potesse sussistere come tale, qualora l'operazione societaria realizzata non compiesse il seguente requisito, aggiunto dalla legge olandese nel trasporre l'art. 2, lett. d) della direttiva 90/434/CEE: *"il fine di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'impresa della società acquirente e quella di un'altra in una stessa entità"*<sup>92</sup>. La CG, nella sentenza di 17 luglio 1997, nel

---

<sup>91</sup> Causa C-28/95, *LEUR-BLOEM*, sentenza del 17 luglio 1997 (Racc. pag. I - 4161).

<sup>92</sup> Per favorire la comparazione delle definizioni inserite nei testi legali, ci si trascrivono gli articoli corrispondenti: L'articolo 2, della direttiva 90/434/CEE: *"scambio di azioni: l'operazione mediante la quale una società acquista nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferirle la maggioranza dei diritti di voto di questa società, mediante l'attribuzione ai soci dell'altra società, in cambio dei loro titoli, di titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società e eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10 % del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile dei titoli consegnati in cambio;* e, l'art. 14 b, n. 2, della legge dei Paesi Bassi sull'imposta sui redditi del 1964: *"2. Sono considerati come fusioni di società i casi di specie seguenti: b) Una società con sede in uno Stato membro delle Comunità europee acquista, contro cessione di sue azioni o titoli di partecipazione, con pagamento eventuale di un saldo, un certo numero di azioni in un'altra società con sede in un altro Stato membro delle Comunità europee di modo che essa può esercitare più della metà dei diritti di voto in quest'ultima società, al fine di riunire in maniera duratura, da un punto di vista finanziario ed economico, l'impresa della società acquirente e quella di un'altra in una stessa*

valutare la compatibilità di tal requisito con il regime istituito dalla direttiva fusione fiscale, più precisamente, ai punti 36 e 37<sup>93</sup>, si pronuncia in favore di che un'operazione societaria debba essere qualificata quale "scambio di azioni" ogniqualvolta si inquadri nella definizione dell'articolo 2, lett. (d) della direttiva 90/434/CEE, a prescindere di qualsiasi altro elemento o condizione che la legge nazionale possa aver introdotto nella trasposizione della direttiva al diritto interno.

La sentenza collazionata è rappresentativa nella misura in che conferma il nuovo contenuto conferito dall'art. 2, lett. d) alla fattispecie "scambio di azioni", respingendo l'adozione delle definizioni concepite nelle legge nazionali – societarie o fiscali – ogniqualvolta la pietra angolare della discussione implichi l'applicazione del regime fiscale comune agevolativo<sup>94</sup>. Ancora una volta si fa ricorso al pensiero di Hensel, per arrivare alla conclusione di che attraverso l'esercizio interpretativo in *Leur-Bloem*, la Corte ha riaffermato il processo di adattamento del significato originale delle fattispecie di riorganizzazione societaria, coniato dagli ordinamenti giuridici nazionali, all'evoluzione economica derivata dell'implementazione del mercato interno europeo, che ne esigeva un contenuto nuovo per la loro trasposizione al livello transfrontaliero, necessità che viene tradotta nel regime fiscale comune della direttiva.

L'innovazione apportata dal legislatore dell'Unione al trattamento del fenomeno della riorganizzazione societaria per i fini fiscali, rinforza l'idea di che il termine "riorganizzazione societaria", bensì le fattispecie societarie che esso racchiude, assumeranno contenuti giuridici distinti a seconda della branca del diritto che ne regolano, oppure l'ordinamento giuridico in cui si inseriscono.

---

entità."

<sup>93</sup> Causa C-28/95, *LEUR-BLOEM*, sent. cit., punti 36 e 37: "(36) Occorre rilevare innanzi tutto che dall'art. 2, lett. d), nonché dalla struttura generale della direttiva risulta che il regime tributario comune che essa istituisce, il quale comprende diverse agevolazioni fiscali, si applica indistintamente a tutte le operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambio di azioni, a prescindere dai loro motivi, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali. (37) Di conseguenza, il fatto che la società acquirente, ai sensi dell'art. 2, lett. h), della direttiva, non gestisca essa stessa un'impresa o il fatto che una stessa persona fisica che era l'unico azionista e amministratore delle società acquistate divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non impedisce che l'operazione sia qualificata come scambio d'azioni ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva. Inoltre la riunione in maniera duratura, in un'entità, da un punto di vista finanziario ed economico, dell'attività d'impresa di due società non è necessaria affinché l'operazione sia qualificata come scambio d'azioni ai sensi di questa disposizione.

<sup>94</sup> Nello stesso senso, *ANDREA CARINCI*, op. cit., pp. 515: "Ne consegue, che specificazioni ulteriori adottate a livello di disciplina nazionale, volte a restringere ulteriormente la nozione di operazioni rispetto a quella comunitaria [...] diventano censurabili".

Chiudendo il percorso di ricostruzione del significato dell'espressione "riorganizzazione societaria" secondo il diritto tributario europeo, si evince che nel quadro legislativo attuale dell'Unione europea, essa vuole significare il nucleo di operazioni a realizzarsi fra società di Stati membri diversi (carattere transfrontaliero), su cui si applica il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE.

Cosicché, ai fini dell'applicazione del regime fiscale comune, si deve intendere per "riorganizzazione societaria transfrontaliera" le operazioni di fusione, scissione, conferimento di attivo, scambio di azioni e trasferimento di sede della SE e della SCE, realizzate fra società nazionali di Stati membri diversi dell'Unione europea.

Nel prossimo capitolo si tratterà dell'inserimento del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE nel quadro normativo generale della riorganizzazione societaria nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

IL QUADRO NORMATIVO DELLE OPERAZIONI DI RIORGANIZZAZIONE SOCIETARIA  
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA

**2.1. Le operazioni di riorganizzazione societaria e la libertà di stabilimento**

Dalle quattro libertà “economiche” fondamentali tutelate dall’ordinamento giuridico dell’Unione europea, la che riguarda più direttamente il tema della riorganizzazione societaria transfrontaliera è, senz’altro, la libera circolazione delle persone, ivi ricompresa la libertà di stabilimento delle società all’interno del mercato comune<sup>95</sup>. Tale assertiva, intanto semplice, comprende un insieme di concetti con riferimento alla libertà di stabilimento che si sono sviluppati lentamente al lungo del percorso dell’integrazione economica europea. Si da una parte sia possibile dire che la disciplina della libertà di stabilimento già si trovava presente nel Trattato di Roma, è altrettanto necessario riconoscere che il suo contenuto era abbastanza ridotto. È dagli interventi del legislatore dell’Unione ma soprattutto dall’opera della Corte di giustizia, che il contenuto iniziale della libertà di stabilimento si va pur sempre allargando<sup>96</sup>, fino a ricomprendere le operazioni di riorganizzazione societaria. Questa sezione tratta dell’analisi dello sviluppo del concetto della libertà di stabilimento nell’ordinamento dell’Unione e i suoi riflessi sulla fiscalità delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere.

In carattere introduttorio, occorre giustificare in maniera sintetica perché si considera che il trattamento del tema della riorganizzazione societaria transfrontaliera si ancori sulla libertà di stabilimento piuttosto che sulle altre libertà dell’Unione. La premessa si fonda nelle conclusioni della Corte di

---

<sup>95</sup> Conforme PIETRO BORIA, op. cit. p. 145: *“Una seconda manifestazione del principio di libera circolazione delle persone riguarda il diritto di stabilire una attività economica produttiva che sia priva dei requisiti del rapporto di lavoro subordinato (e dunque una impresa o una attività di lavoro autonomo) in ciascuno degli Stati membri [...]”*. Nello stesso senso si veda anche ALBERTO SANTA MARIA, op. cit., p.181.

<sup>96</sup> ALBERTO SANTA MARIA, op. cit., p. 99.



giustizia pronunciate nella causa BAARS <sup>97</sup> . Dalla sentenza BAARS, la giurisprudenza dell'Unione è costante nel ricomprendere nella nozione di libertà di stabilimento l'acquisto di parte delle azioni o partecipazioni societarie quando esso conferisce all'acquirente una certa influenza sulle decisioni della società. Poiché la realizzazione di ciascuna delle fattispecie di riorganizzazione societaria transfrontaliera regolate nella direttiva 2009/133/CE (direttiva fusione fiscale codificata)<sup>98</sup>, quanto meno permettono alle società acquirenti o conferite raggiungere una soglia minima di partecipazione nelle società acquisite o conferenti, tale da assicurare alle prime un grado un'influenza sull'amministrazione delle ultime, si ritiene valido inserire le summenzionate operazioni nel campo di attuazione della libertà di stabilimento.

## **2.2 Le basi normative delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera nei trattati dell'Unione europea**

Il quadro normativo della riorganizzazione societaria transfrontaliera nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione coinvolge il coordinamento del diritto delle società e il ravvicinamento dell'imposizione fiscale diretta, e si costruisce dall'interrelazione e dall'alternanza delle due competenze delle istituzioni dell'Unione: la legislativa che dà avvio all'integrazione positiva e la giudiziale che garantisce la corretta applicazione del diritto derivato e, quando necessario, promuove la tutela della libertà di stabilimento delle società all'interno del mercato unico, attraverso un intervento d'integrazione negativa.

Innanzitutto, occorre fare una breve introduzione sulle direttive e regolamenti riguardanti direttamente le fattispecie di riorganizzazione societaria transfrontaliera e i loro corrispondenti fondamenti normativi nei

---

<sup>97</sup> C-251/98, BAARS, sentenza del 13 aprile 2000, punto 22 (Racc.2000, pag. I-02787): *"Emerge infatti dall'art. 52, secondo comma, del Trattato, che la libertà di stabilimento comprende la costituzione e la gestione d'impresa, e in particolare di società, in uno Stato membro da parte del cittadino di un altro Stato membro. Si avvale quindi del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività."*

<sup>98</sup> Le fattispecie della direttiva sono la fusione, la scissione, la scissione parziale, il conferimento d'attivo, lo scambio di azioni, le quali saranno trattate nel capitolo terzo. Si osservi che la menzionata direttiva ricopre anche il trasferimento della sede sociale della Società europea e della Società cooperativa europea. Tuttavia, queste operazioni non furono nominate perché, in ragione della loro natura, non comportano un acquisto di azioni o di partecipazioni societarie, neppure un cambiamento nei rapporti fra gli azionisti o quotiste della società.

trattati, risaltando il parallelismo tra le disposizioni societarie e fiscali.

In materia societaria, il Trattato di Roma ha dotato il legislatore dell'Unione di due tecniche per promuovere l'armonizzazione del diritto delle società emanato dagli Stati membri: il coordinamento e il ravvicinamento. Invece, nell'ambito dell'imposizione fiscale diretta, le azioni della Commissione e del Consiglio si avvalgono della tecnica del ravvicinamento<sup>99</sup>.

La funzione di coordinamento del diritto delle società si fonda nella libertà di stabilimento e trova la sua base normativa nell'articolo 54, paragrafo 2, lett. (g), inserito nel secondo capo (il diritto di stabilimento), del titolo terzo (libera circolazione delle persone, servizi e capitali), della parte seconda (fondamenti della Comunità) del trattato.

A sua volta, la funzione di ravvicinamento sia del diritto delle società, sia della fiscalità diretta si fonda sull'istituzione e sul funzionamento del mercato comune e ha per fonte normativa l'articolo 100, inserito nel terzo capo (ravvicinamento delle legislazioni), del titolo primo (norme comuni), della terza parte del trattato (politica della Comunità).

Nel quadro normativo attuale delle fattispecie integranti la categoria generale della riorganizzazione societaria transfrontaliera all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, le iniziative legislative cui fonte normativa risiede negli articoli summenzionati sono culminati nell'adozione delle seguenti direttive:

a) direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, relativa alla fusione delle società per azioni (fusione nazionale);

b) direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, relativa alla scissione fra società per azioni (scissione nazionale);

c) direttiva 2005/56/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali;

d) direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009 (versione consolidata della direttiva 90/434/CEE e alterazioni posteriori), relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni

---

<sup>99</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 198 utilizza il termini "istituto" anziché "tecnica" per qualificare l'armonizzazione e il ravvicinamento. Quanto alla differenziazione dei due istituti, l'autore aggiunge "[è] corretto ritenere che tanto l'armonizzazione (in senso stretto) quanto il ravvicinamento costituiscano modalità (forse) diverse per raggiungere il medesimo obiettivo di una convergenza dei sistemi tributari nazionali verso un modello unitario definito a livello europeo."

parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri.

La direttiva fusione e la direttiva scissione, entrambi concernenti alle operazioni realizzate tra società per azioni all'interno di uno stesso Stato membro, e la direttiva fusione transfrontaliera, riguardante le operazioni realizzate tra società di capitali stabilite in diversi Stati membri, sono state adottate per iniziativa della Commissione in base all'articolo 54, paragrafo terzo, lett. (g) del Trattato di Roma (*ex* articolo 44 del Trattato CE, attuale articolo 50 TFUE).

D'altra parte, la fonte normativa della direttiva che istituisce il regime fiscale comune applicabile sulle fusioni, scissioni, conferimento di attivi, scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una società europea o di una società cooperativa europea tra Stati membri è l'articolo 94 della versione consolidata del Trattato CE (*ex* articolo 100 del Trattato di Roma e attuale articolo 115 del TFUE).

Un caso a parte delle tecniche d'armonizzazione *lato sensu* summenzionate sono il regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, del 8 ottobre 2001<sup>100</sup> relativo allo statuto della società europea e il regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003<sup>101</sup> relativo allo statuto della società cooperativa europea. La fonte normativa di entrambi regolamenti si ritrova nell'articolo 308 della versione consolidata del Trattato CE (*ex* articolo 235 Trattato di Roma, attuale articolo 352 del TFUE). Si tratta di un meccanismo speciale secondo il quale i trattati autorizzano l'Unione ad adottare disposizioni appropriate per realizzare il funzionamento del mercato in un'area cui poteri di azioni delle istituzioni dell'Unione non erano stati previsti da loro (trattati) specificamente.

La lettura attenta dei dispositivi normativi in riferimento rivela che la libertà di stabilimento – al contrario di quello che accade nelle azioni di coordinamento del diritto delle società – non costituisce il fondamento giuridico purché l'Unione adotte direttive di ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia d'imposizione diretta, poiché la competenza normativa della

---

<sup>100</sup> (GU L 294, 10.11.2001 p. 1-21).

<sup>101</sup> (GU L 207, 18.8.2003, p. 1-24).

Commissione e del Consiglio si fonda nella tutela del mercato interno. Cioè, la giustificativa immediata (diretta) delle azioni legislative positive per il ravvicinamento dell'imposizione fiscale sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere è il mercato interno. La libertà di stabilimento non si ricollega al ravvicinamento in materia della fiscalità diretta delle operazioni di riorganizzazione societaria se non per via mediata (indiretta), nella misura in cui il diritto di stabilimento degli imprenditori nazionali di uno Stato membro in un altro Stato membro configura uno dei presupposti essenziali per l'istaurazione e il funzionamento del mercato interno europeo.

In breve riassunto, questa sistemica rispecchia il ruolo negativo e la competenza sussidiaria dell'Unione nell'ambito tributario, più accentuato nell'ambito della fiscalità diretta. Occorre ricordare che la fiscalità diretta è una materia riservata alla competenza degli Stati membri. La competenza dell'Unione è sussidiaria in maniera tale che la sovranità degli Stati membri è limitata soltanto per compiere obiettivi specifici dell'Unione, come la realizzazione del mercato e la tutela delle libertà fondamentali e della concorrenza. Le azioni di "armonizzazione" dell'Unione si articolano mediante l'utilizzazione di due tecniche. Una nominata dalla dottrina di "armonizzazione positiva" e riguardante la tutela del mercato e che si risolve nei poteri conferiti dai trattati alla Commissione e al Consiglio, affinché esse possano adottare direttive di ravvicinamento, di cui la direttiva fiscale fusione (direttiva 2009/133/CE). L'altra, denominata di "armonizzazione negativa", desumibile dal trattato e riguardante la tutela del principio generale di non discriminazione e del divieto alla violazione delle libertà fondamentali e della concorrenza, si realizza per opera dell'interpretazione della Corte di giustizia<sup>102</sup>.

Insomma, nonostante la disciplina dell'imposizione fiscale diretta sia rimasta nell'ambito della competenza degli Stati membri, l'esercizio di questa prerogativa non è totalmente libero e si condiziona al rispetto alle libertà fondamentali e alle regole di concorrenza istituite nei trattati, oppure ai contorni normativi disegnati nelle direttive fiscali, qualora esistenti. Cioè, ogniqualvolta una disposizione nazionale relativa alla fiscalità diretta costituisca

---

<sup>102</sup> Il concetto d'integrazione positiva o negativa è usato tal come concepito da BEN J. M. TERRA E PETER J. WATTEL, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 17.

un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento, oppure non sia consonante al disposto nelle direttive, essa potrà essere sottoposta al controllo di compatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione dinanzi alla Corte di giustizia.

Intanto, anche se la direttiva fusione fiscale (direttiva 2009/133), una delle rare direttive a regolare il potere impositivo degli Stati membri in materia della fiscalità diretta, abbia stabilito regole comuni con riguardo alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere, ciò non significa che essa abbia regolato esaustivamente tutti gli aspetti essenziali all'esercizio delle attività imprenditoriali transfrontaliere. Neanche che la sua applicazione non possa dare adito a discriminazioni in base alla nazionalità delle società, oppure a misure restrittive tale da disincentivare la mobilità transfrontaliera. Perciò, oltre alla possibilità di richiamare la compatibilità delle leggi nazionali con la direttiva fiscale fusione, in base al normale esercizio d'interpretazione di un dispositivo legislativo (*c.d.* di "armonizzazione positiva"); la libertà di stabilimento apre strada per l'utilizzo dello strumento dell'armonizzazione negativa in materia dell'imposizione fiscale sulla riorganizzazione societaria transfrontaliera. Infatti, la possibilità di accertamento di una supposta violazione della libertà di stabilimento, decorrente sia di un dispositivo legale nazionale che intralcia le operazioni transfrontaliere, sia dell'applicazione della propria direttiva, giustifica l'intervento della Corte di giustizia. Si pensi alle seguenti situazioni: *i.* l'incompatibilità del regime fiscale comune con il diritto primario, nei casi in cui la sua applicazione implichi una discriminazione; *ii.* la manutenzione di certi ostacoli all'esercizio transfrontaliero delle attività imprenditoriale, in ragione del numero chiuso di fattispecie regolate e dei tipi societari ammessi; *iii.* al fatto che alcuni degli aspetti rilevanti del regime fiscale comune siano ancora regolati dagli Stati membri, come l'ammissione di certi tipi societari, la compensazione delle perdite e la figura della stabile organizzazione.

Come si nota la libertà di stabilimento costituisce un principio-chiave dell'ordinamento giuridico dell'Unione per indirizzare la problematica della riorganizzazione societaria transfrontaliera. Anzi, poiché il suo esercizio contribuisce al completamento del mercato, non è estraneo che essa se ricolleggi al concetto di riorganizzazione societaria transfrontaliera, come fenomeno

regolato funzionalmente dall'Unione in tutela alla creazione di un mercato interno, entro il quale la concorrenza fra le società subisca minimamente l'interferenza delle politiche nazionali tradotte, particolarmente, nelle leggi societarie e fiscali. Tuttavia, se oggi la questione della riorganizzazione societaria vada ricompresa nell'ambito della libertà di stabilimento, ciò si deve all'intenso lavoro di articolazione normativa realizzato dalle istituzioni dell'Unione. L'intersezione delle competenze legislative e giudiziali attribuite dai trattati agli organi dell'Unione ha svolto e tuttora svolge un ruolo centrale nella definizione del contenuto della libertà di stabilimento e, per conseguente, nel processo di configurazione del marco normativo della riorganizzazione societaria fra società nazionali di Stati membri diversi integranti dell'Unione Europea. Quando in ragione dello stato di sviluppo del processo d'integrazione economica e delle congiunture storiche e politiche, le misure legislative per sopprimere gli ostacoli alla libertà di stabilimento rimangono bloccate, è l'interpretazione della Corte di giustizia che respinge gli intralci creati dagli ordinamenti nazionali, o che dà la "spinta gentile" purché gli Stati membri collaborino con la marcia del processo conformazione e consolidazione del mercato interno.

### **2.3. Lo sviluppo storico del quadro normativo della riorganizzazione societaria transfrontaliera: Gli interventi legislativi e giurisprudenziali**

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione, la libertà di stabilimento rappresenta un punto di convergenza fra la disciplina fiscale e la societaria in materia di riorganizzazione societaria. Considerando che la tutela del diritto di stabilimento delle società si sviluppa in primo luogo nell'ambito del diritto societario - giacché i poteri d'intervenzione normativa delle istituzioni dell'Unione decorrono dall'esplicita regolazione nei trattati - per poi ricomprendere in via trasversale la fiscalità diretta, l'analisi dell'allargamento del contenuto di riferita libertà fondamentale inseguirà questo stesso percorso.

### **2.3.1 Dal Trattato di Roma all'unione doganale: Il periodo transitorio (1957-1969):**

Come punto di partenza per l'analisi della libertà di stabilimento, sembra utile andar a ricavare le sue basi normative nei trattati, le quali si ritrovano espresse negli articoli 52, 53, 54 e 58 del Trattato di Roma, attuali articoli 49, 50, 53 e 54 del TFUE.

L'articolo 52 del Trattato di Roma<sup>103</sup> determinava la riduzione progressiva degli ostacoli alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro durante il periodo transitorio, compreso fra 1957 a 1969. Con riguardo alle società, equiparate dall'articolo 58 alle persone fisiche cittadine di uno Stato membro – a patto che esse fossero costituite in uno degli Stati membri della comunità e avessero la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della comunità –, la riferita libertà ricopriva sia la loro costituzione, ivi inclusi l'apertura di agenzie, succursali o filiali, sia la gestione delle imprese.

In controparte, l'esercizio della libertà di stabilimento, secondo l'articolo 56 dello stesso trattato, potrebbe essere limitata dalle disposizioni legislative nazionali in decorrenza di regimi speciali riguardanti ai cittadini stranieri giustificabili per motivi d'ordine pubblico, pubblica sicurezza o di sanità pubblica. L'applicazione di questo articolo viene spesso richiamata dagli Stati membri per giustificare misure societarie e fiscali che limitano la libertà di stabilimento.

L'articolo 54 delineava le condizioni per l'approvazione dal Consiglio all'unanimità di un "programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento" proposto dalla Commissione. Nel suo paragrafo secondo, l'articolo conferiva al Consiglio, mediante proposta della Commissione, la possibilità di adottare direttive per dare compimento all'attuazione della libertà di stabilimento, a prescindere dell'elaborazione del menzionato programma generale. Nel paragrafo terzo, l'articolo determinava l'ambito di attuazione del Consiglio e della Commissione. Il coordinamento del diritto delle

---

<sup>103</sup> La scelta dell'uso la numerazione originale degli articoli all'interno dei trattati in questa sezione serve a rimarcare le fasi di evoluzione dell'ordinamento dell'Unione. Perciò, il riferimento numerico delle basi normative attenderà al passaggio delle fasi di sviluppo della disciplina.

società era regolato nella lettera (g). Dato che questo dispositivo sta alla base della maggior parte delle iniziative legislative adottate a livello dell'Unione nel campo del diritto delle società<sup>104</sup> si ritiene valido riprodurre le sue versioni originale (Trattato di Roma) e corrente (TFUE) in seguito:

TRATTATO DI ROMA, ARTICOLO 54

1. Entro la fine della prima tappa, il Consiglio stabilisce all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e dell'Assemblea, un programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento esistenti all'interno della Comunità. La Commissione sottopone tale proposta al Consiglio nel corso del primo biennio della prima tappa.

Il programma fissa, per le singole categorie di attività, le condizioni generali per l'attuazione della libertà di stabilimento e in particolare le tappe di tale attuazione.

2. Per realizzare il programma generale ovvero, in mancanza di tale programma, per portare a compimento una tappa dell'attuazione della libertà di stabilimento in una determinata attività, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e dell'Assemblea, delibera, mediante direttive, all'unanimità, à fino al termine della prima tappa e a maggioranza qualificata in seguito.

3. Il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni loro attribuite in virtù delle disposizioni che precedono, in particolare:

g) coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi.

---

<sup>104</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Proposta di direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali* – COM (2003) 703, definitivo, p. 6; ALBERTO SANTA MARIA, op. cit., p. 179.



TRATTATO DI FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA, ARTICOLO 50

(EX 44 DEL TCE)

1. Per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale.

2. Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni loro attribuite in virtù delle disposizioni che precedono, in particolare:

g) coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 54, secondo comma per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi.

(sottolineature nostre)

A titolo di distacco, si approfitta della riproduzione testuale dell'articolo per fare un richiamo sulle regole di deliberazione al Consiglio. L'articolo 54 al primo paragrafo determinava l'unanimità per l'approvazione del programma generale; al secondo paragrafo richiedeva l'unanimità per l'adozione delle direttive nella prima fase del programma e la maggioranza qualificata in seguito. Dal Trattato di Maastricht in seguito, il testo del paragrafo secondo è sostituito e si stabilisce la deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata mediante il procedimento legislativo ordinario.

Non è eccessivo rimarcare che la lettera "g" dell'articolo 54 del Trattato di Roma è stata la basi normativa giustificante delle direttive di coordinamento del diritto delle società nell'ambito dell'Unione.

Ancora sul Trattato di Roma è importante rilevare che fino a poco tempo fa una delle interpretazioni possibili dell'articolo 220 (articolo 293, Trattato CE, abrogato dal Trattato di Lisbona) era quella di che il coordinamento della disciplina delle operazioni di fusione societaria transfrontaliere e del mantenimento della personalità giuridica nel caso di trasferimento della sede della società di uno Stato membro all'altro (terzo trattino) fosse riservato agli

Stati membri. Questo motivo, probabilmente, ha determinato che la questione della riorganizzazione societaria transfrontaliera non sia stata integrata nel programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento<sup>105</sup> approvato dal Consiglio nel 18 dicembre del 1961. L'inclusione della disciplina di queste due operazioni transfrontaliere sotto il riferito articolo è stata fonte di grandi dibattiti.

A causa dell'articolo 220<sup>106</sup>, durante molti anni è perdurato il dubbio se la realizzazione delle riferite operazioni potesse essere ricompresa nella nozione di libertà di stabilimento in modo ad attribuire alle istituzioni comunitarie la competenza legislativa in base all'articolo 54, 3 lett. (g), oppure se il trattamento del tema dovesse essere ancora riservato agli Stati membri. In conseguenza, inizialmente si è lavorato su una proposta di convenzione internazionale<sup>107</sup>, che poi è stata ritirata nel 1980. Nel 1985, lo stadio di sviluppo dell'ordinamento giuridico dell'Unione ha permesso che la Commissione, in base allo stesso articolo 54, 3, lett. (g), e quindi nella logica delle direttive di coordinamento in materia societaria, riprendesse il trattamento del tema per mezzo della proposta di decima direttiva<sup>108</sup>. La proposta poi viene ritirata nel 2001, però per motivi estranei alla questione di competenza, come si vedrà in seguito.<sup>109</sup>

Con riguardo alla disciplina del trasferimento della sede sociale delle

---

<sup>105</sup> GUCE n. 2 del 15 gennaio del 1962, pp. 36 - 45.

<sup>106</sup> I quattro trattini dell'articolo 293 della versione consolidata del Trattato CE (ex articolo 220 del Trattato di Roma) hanno pur sempre dato adito al questionamento della competenza delle istituzioni comunitarie. Nel diritto tributario, diversamente della soluzione societaria che è culminato nell'adozione della direttiva 2005/56/CE, del Parlamento e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, la controversia si è risolta nella conversione di una proposta di direttiva in una convenzione, la convenzione 90/436/CEE, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili d'impresa associate. Conforme relata FRANCO ROCCATAGLIATA, *Diritto Tributario Comunitario*, in AAVV *Diritto Tributario Internazionale* (coord. VICTOR UCKMAR), 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2005, p. 1212: *Questo articolo non dovrebbe essere annoverato tra le azioni di competenza delle istituzioni comunitarie, poiché, come il testo lascia chiaramente intendere, la fase propositiva spetterebbe piuttosto agli Stati membri in quanto tali. La sua presenza nel Trattato, anziché rivestire un ruolo positivo per la fiscalità, ha piuttosto frenato l'utilizzo dell'articolo 94 ai fini dell'armonizzazione in materia di fiscalità diretta. Un'interpretazione restrittiva, data da una parte della dottrina al contenuto letterale della disposizione, rovesciandone lo spirito, poteva infatti far intendere come non strettamente necessaria l'eliminazione della doppia imposizione. Ciò non toglie che nella c.d. convenzione arbitraria, basata sull'articolo 293, le istituzioni comunitarie abbiano assunto un ruolo preminente, sia in fase propositiva - la convenzione era originariamente una proposta di direttiva della Commissione e solo successivamente è stata convertita in convenzione aperta alla firma degli Stati membri - sia in seguito, in quanto il Consiglio europeo ha influito sulla determinazione delle modalità applicative ed è attualmente il depositario degli strumenti di ratifica degli Stati membri.*

<sup>107</sup> Bollettino CE, Suppl. 13, del 1973.

<sup>108</sup> GUCE C 23, del 25 gennaio 1985, p. 11.

<sup>109</sup> Per l'approfondimento del tema, si veda ALBERTO SANTA MARIA, op. cit., p. 92 e THOMAS PAPADOPOULOS, *The magnitude of EU fundamental freedoms: Application of the freedom of establishment to the cross-border mergers directive*, in *European Business Law Rev.*, 2012, p. 521.

società nazionali di uno Stato membro in un altro Stato membro rimane tuttora sotto la competenza degli Stati membri<sup>110</sup>. I dubbi sulla competenza legislativa della Commissione e del Consiglio, come si ha fatto menzione in precedenza, hanno limitato l'intervento legislativo delle istituzioni dell'Unione. La questione si è risolta parzialmente con l'adozione dei regolamenti - di portata eminentemente transnazionale - della società europea - SE, regolamento (CE) n. 2157/2001 e della società cooperativa europea - SCE, regolamento (CE) n. 1435/2003, in base all'articolo 308 della versione consolidata del trattato CE. In essenza, entrambi strumenti normativi trattano delle regole per la costituzione di una SE e di SCE, a cui si assicura il diritto al trasferimento della sede sociale di un paese all'altro, senza che si operi l'effetto di scioglimento della società all'uscita di uno Stato membro, né la costituzione di una nuova persona giuridica all'ingresso in un altro Stato membro.

Di ciò si riafferma che il contenuto ristretto della libertà di stabilimento nel Trattato di Roma, in particolare con riferimento al riconoscimento delle società nazionali di uno Stato membro all'interno di altro Stato membro e alla possibilità di dar realizzo alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere. Rimane chiaro che nella fase iniziale d'integrazione regionale (1957-1959) il compito attribuito alle istituzioni comunitarie imponeva azioni dirette alla rimozione degli ostacoli alla fine di permettere l'esercizio dell'attività imprenditoriale di una persona o società nazionali di uno Stato in un altro Stato diverso dal suo di partenza. Lo stabilimento si traduceva sia nella costituzione di società e gestione d'impresa, sia nell'apertura di agenzie, filiali e succursali.

Il trasferimento di sede delle società e la fusione transfrontaliere non erano ancora ricoperte, poiché coinvolgevano questioni giuridiche più complesse, ancora esclusivamente regolate dagli ordinamenti giuridici nazionali. Si pensi ai problemi di riconoscimento delle nazionalità di una società emersi dal

---

<sup>110</sup> Dal fatto che, la disciplina del trasferimento transfrontaliero della sede di una società "nazionale" non sia stata integrata nell'ambito dell'articolo 52 ma, però, trattata separatamente nell'articolo 220, decorre la problematica tuttora attuale dell'ammissibilità della realizzazione di questa operazione senza il sopporto normativo della legge nazionale sotto la quale la società è stata costituita e n'è regolata, conforme relata PIETRO BORIA, op. cit. p. 147: *"il trasferimento della sede della direzione effettiva o amministrativa di una società residente in uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro rientra nell'ambito della regola fissata per la libertà di stabilimento, dovendo essa considerarsi come una mera articolazione organizzativa della società e non come un soggetto autonomo."*

tradizionale scontro fra le teorie societarie dell'incorporazione e della sede effettiva delle società. Oppure nella problematica concernente al riconoscimento della fusione e della scissione e alla definizione del loro contenuto negli ordinamenti nazionali in ragione della differenza di cultura giuridica negli Stati Membri<sup>111</sup>, conforme rilevato nel capitolo primo.

In supporto a questa linea di ragionamento, occorre fare una parentesi per apportare a titolo di esempio gli estremi della sentenza della Corte di giustizia nella causa DAILY MAIL<sup>112</sup>, che ancora nel 1988 lascia intravedere che la problematica non era stata risolta in definitivo. In brevi sintesi si trattava di una società incorporata in uno Stato membro che intendeva trasferire la sua sede di direzione in un altro Stato membro. Secondo l'ordinamento giuridico dello Stato di origine, che ne regolava costituzione e funzionamento, il diritto di trasferimento della sede direzione, intanto perfettamente attuabile, si sottostava alla previa autorizzazione governativa. Ciò perché con un tale trasferimento la società perdeva la sua residenza fiscale nello Stato di origine. Si tratta quindi di un classico caso in cui la mancanza di coordinamento del diritto di società risulta nell'imposizione di uno ostacolo al trasferimento transfrontaliero della sede di direzione di una società, che si traduce nel previo ottenimento di un'autorizzazione governativa. Si rimarchi che la questione tributaria è incidentale, una volta che essa stabilisce che il trasferimento della sede di direzione effettiva attua la perdita del collegamento fiscale con lo Stato di partenza e scaturisce l'imposizione fiscale all'uscita.

Nella sentenza pronunciata nel 1988, la Corte di giustizia riconoscendo che le società sono enti create dagli ordinamenti giuridici nazionali e constatando l'inesistenza di una convenzione sul trasferimento di sede, ai sensi del terzo trattino dell'articolo 220, benché di una direttiva di coordinamento del diritto

---

<sup>111</sup> BENJAMIN ANGELETTE op. cit., pp. 1193-1194 discorre sulle origini delle riferite teorie e sulle problematiche per adoperare un trasferimento transfrontaliero della sede societaria, secondo l'ordinamento giuridico dei paesi che adottano la dottrina della sede effettiva. Infatti, lo studioso mette in luce il nocciolo duro degli ostacoli societari e fiscali alla libertà di stabilimento in sede dell'Unione. Si legga: "*Siège réel was buttressed by two constraints on corporate mobility. In the entry cases, if a corporation moved into a real seat jurisdiction without reincorporating under that jurisdiction's law, the organization would be treated as a partnership, and all of its shareholders would be subject to unlimited liability. For existing corporations seeking to reincorporate (the exit case), the siège réel doctrine was even more burdensome because transfers of place of incorporation were treated as liquidations of the corporation, meaning that all capitals gains build up in its stock became immediately taxable to the shareholders.*"

<sup>112</sup> Causa C-81/1987 DAILY MAIL, set. cit. punti 19, 21 e 22.

delle società in tale ambito, dichiara che la libertà di stabilimento *“allo stato attuale del diritto comunitario”* non attribuiva *“ad una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale in detto Stato, il diritto di trasferire in altro Stato membro la sede della direzione”*.

A proposito del tema, ALBERTO SANTA MARIA aggiunge che il Trattato di Roma non ha regolato il godimento e l'esercizio dei diritti civili e la tutela giudiziaria di questi diritti. L'autore fundamenta la sua riflessione nella previsione espressa contenuta nel trattino primo del controverso articolo 220, secondo cui *“Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati in tesi a garantire a favore dei loro cittadini: - la tutela delle persone come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini”*<sup>113</sup>.

Un bell'esempio di concretizzazione di questo argomento si ritrova nella sentenza ÜBERSEERING<sup>114</sup>, pronunciata nel novembre di 2002, 14 anni dopo della DAILY MAIL. Ai punti 81 e 82 della sentenza, la Corte corroborando l'origine nazionale della società aggiunge che la sua esistenza *“è consustanziale alla sua qualità di società di diritto”* secondo l'ordinamento giuridico di uno Stato membro. Di ciò si può estrarre che ancora in ÜBERSEERING la personalità giuridica delle società rimaneva collegata alle norme nazionali di diritto civile e societario che ne regolavano la costituzione e il funzionamento. Seppure la Corte affermi il carattere nazionale delle società, per mezzo dell'attuazione della libertà di stabilimento essa ricomprende, nell'ambito dell'esercizio transfrontaliero dell'attività imprenditoriale, il diritto di una società costituita sotto la legge nazionale di uno Stato membro e avente la sede sociale all'interno dell'Unione a stare in giudizio in un altro Stato membro. E ciò a prescindere del compimento delle formalità giuridiche imposte dal diritto civile dello Stato ospitante, che in sintesi subordinava il riconoscimento della personalità giuridica della società nazionale di un altro Stato membro e della correlata capacità processuale per stare in giudizio a un previo processo di reincorporazione.

Per ora è importante chiudere la parentesi aperta sulla giurisprudenza della Corte e ritornare alla riflessione sul ridotto contenuto della libertà di

---

<sup>113</sup> ALBERTO SANTA MARIA, op. cit., p. 55.

<sup>114</sup> Causa C-208/2000, ÜBERSEERING BV, sentenza della Corte del 5 novembre 2002, punti 81 e 82 (Racc. 2002, pag. I-09919).

stabilimento nel periodo di transizione di 12 anni, iniziato nel 1957 e raggiunto nel 31 dicembre 1969. La motivazione va ricavata nel fatto che il raggiungimento del mercato comune nell'ambito della Comunità Economica Europea – CEE e il corrispondente sviluppo di un ordinamento giuridico comunitario erano ancora tutto un progetto da costruirsi e da realizzarsi in lungo termine. Secondo FRANCO ROCCATAGLIATA, *“gli ispiratori del progetto europeo avevano già colto [...] le difficoltà di un rapido processo d'unificazione europea ed avevano ritenuto più agevole giungervi soltanto per tappe successive”*<sup>115</sup>.

La tutela della libertà di stabilimento delle società all'inizio della Comunità Economica Europea aveva come sfondo l'idea di formazione e di consolidazione di un mercato comune, entro il quale la concorrenza fra gli imprenditori potesse giocare il suo ruolo naturale, indipendentemente delle disposizioni calcate nelle politiche nazionali che – nel periodo storico anteriore – avevano acconsentito, per non dire incoraggiato, la formazione degli oligopoli e dei monopoli di cui l'esempio più emblematico sono state le pratiche distorsive del settore siderurgico: l'estrazione di ferro e carbone; l'industrializzazione dell'acciaio<sup>116</sup>. Per ragioni ovvie, in quel momento storico, dato lo stato degli ordinamenti giuridici nazionali, la piena rimozione degli intralci alla libertà di realizzazione di operazioni societarie transfrontaliere – strumenti massimi di concentrazione di capitale – era irraggiungibile, senza dire che la sua difesa avrebbe potuto compromettere il progetto dell'integrazione europea.

Le analisi intraprese all'inizio degli anni 1960 con l'intuito di valutare lo stato dei mercati interni dei sei paesi integranti della CEE dimostravano l'esistenza di gruppi economici dominanti in alcuni settori produttivi e distributivi. I risultati dell'inchiesta hanno rafforzato negli ideatori della CEE l'idea di che le iniziative per l'istaurazione del mercato comune di per sé non avrebbero stimolato la spontanea e naturale concorrenza fra gli operatori economici. In basi alla premessa di che il disegno tradizionale di dominazione di certi settori all'interno dei mercati nazionali era dovuto all'interazione di potere fra i gruppi economici e gli Stati nazionali, si credeva che soltanto l'intervento di un'autorità comune avrebbe potuto ricondurre l'atteggiamento politico

---

<sup>115</sup> FRANCO ROCCATAGLIATA, op. cit., pp. 1203-1204.

<sup>116</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 35.

nazionale entro la logica del mercato comune, in modo a garantire che le modifiche nelle strutture economiche fossero accompagnate dai corrispettivi cambiamenti normativi in materia societaria e fiscale<sup>117</sup>.

Nella prima fase dell'integrazione economica europea – il cosiddetto periodo di transizione (1957-1969) – nonostante il Trattato di Roma già elencasse tra le azioni della Comunità, il dovere di promuovere *“l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”*, le istituzioni comunitarie si sono maggiormente volte alla configurazione di un'unione doganale fra gli Stati membri. In conseguenza, soltanto la libertà di circolazione di merci aveva raggiunto la sua pienezza con la rimozione delle barriere doganali. Il completamento delle altre tre libertà fondamentali – persone, servizi, capitali – rimaneva ancora pendente dell'approfondimento del processo integrazionista.

Con riguardo alle regole per il coordinamento del diritto delle società, il perfezionamento dell'unione doganale non richiedeva alcuna particolare azione positiva dalla parte degli Stati membri, giacché l'articolo 53 del Trattato di Roma, di contenuto eminentemente negativo, semplicemente gli imponeva il divieto di introdurre nuove restrizioni allo stabilimento dei società nazionali di altri Stati membri nel loro territorio. Nessuna misura positiva diretta a eliminare tali restrizioni se gli sono state richieste<sup>118</sup>. Infatti, mentre l'articolo 52 prevedeva la soppressione graduale delle restrizioni entro il periodo transitorio (12 anni), l'articolo 54 determinava l'azione congiunta della Commissione e del Consiglio per proporre e approvare – all'unanimità – lo stabilimento di un programma generale di soppressione delle restrizioni, il quale avrebbe servito di guida per la successiva proposizione e adozione di direttive.

Tale configurazione embrionaria della libertà di stabilimento faceva con che essa non fosse pienamente adoperabile e applicabile nel periodo transitorio, riflettendo direttamente sul trattamento societario e fiscale della (ri)organizzazione societaria transfrontaliera. Questo limite istituzionale,

---

<sup>117</sup> Comitato Fiscale e Finanziario, istituito con decisione della Commissione del 5 aprile 1960, preseduto dal Prof. Fritz Neumark, Rapporto (Rapporto Neumark), allegato (E), pp. 124-125.

<sup>118</sup> Conforme causa C-6/1964, COSTA X ENEL, sentenza del 15 luglio 1964, p. 1147, (Racc. Giurisp. ed. Ital., pag. 1129).

sommato alla circostanza di che la mobilità delle società oltre ai confini nazionali non turbasse direttamente la concorrenza degli imprenditori all'interno dell'unione doganale, ha rallentato i ritmi per lo sviluppo del quadro normativo della (ri)organizzazione societaria in sede comunitaria. Inoltre, sia durante il periodo transitorio o sia nel periodo immediatamente successivo, le iniziative di coordinamento del diritto delle società e di ravvicinamento dell'imposizione fiscale diretta intraprese dalla Commissione europea non sono state ben accolte dagli Stati membri<sup>119</sup>.

Nell'area societaria, secondo informa ALBERTO SANTA MARIA il metodo utilizzato dalla Commissione per rimuovere le restrizioni allo stabilimento delle società di uno Stato membro all'interno dell'altro Stato membro, basato nell'approccio puntuale, settore per settore, tal come previsto nel programma generale di soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento del 1961, ha *"comportato un lavoro impressionante per quantità, spesso risultato dispersivo."*<sup>120</sup>

Nella sfera tributaria, fin dal periodo di transizione, le iniziative della Commissione per il ravvicinamento dell'imposizione fiscale hanno sempre fatto ricorso agli strumenti di *soft law*<sup>121</sup>. Il fondamento di questa strategia potrebbe essere ricavato dal fatto che *"la fiscalità non rientra, se non indirettamente, nei compiti principali della Comunità, indicati nell'articolo 2 del Trattato CE"*<sup>122</sup>. Infatti, secondo i trattati gli interventi di armonizzazione (fiscalità indiretta) e ravvicinamento (fiscalità diretta) sono ammissibili soltanto e nella misura in cui l'imposizione fiscale possa rappresentare un intralcio all'istaurazione e al funzionamento del mercato oppure turbare la concorrenza. La lettura degli scarsi articoli dei trattati su cui riposano le fonti normative per l'azione dell'Unione in materia fiscale rivela che essi contengono sempre la formula

---

<sup>119</sup> ALBERTO SANTAMARIA, op. cit., p. 172 commenta: *"E così, al 31 dicembre 1969, allo spirare, cioè, del periodo transitorio, enorme era ancora la distanza da quella 'completa' realizzazione, postulata dall'art. 52 (oggi, art. 43 CE) e, prima ancora, dall'art. 3, lett. c) del Trattato di Roma nella versione originaria, della libertà dei cittadini di uno Stato membro di stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro"*.

<sup>120</sup> ALBERTO SANTAMARIA, op. cit., p. 171.

<sup>121</sup> PIETRO BORIA, op. cit., p. 99.

<sup>122</sup> FRANCO ROCCATAGLIATTA, op. cit., p. 1206. Invece, PIETRO BORIA, op. cit. p. 207, considera che il fondamento assiologico per l'uso dei meccanismi di "soft law" nel campo dell'imposizione diretta sia la tecnica del *"ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura in cui sia necessario, o comunque utile, rispetto al processo di instaurazione del mercato comune."*, conforme statuito nell'articolo 94 della versione consolidata del Trattato CE (ex articolo 100 del Trattato di Roma, attuale articolo 115 del TFUE).



“nell’interesse del mercato” e le sue varianti “assicurare l’istaurazione ed il funzionamento del mercato interno”, oppure “assicurare l’istaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza”<sup>123</sup>. Inoltre, il requisito di deliberazione all’unanimità nel Consiglio per approvare le disposizioni legislative dell’Unione in materia tributaria, ne restringe significativamente l’uso e stimola l’impiego dei meccanismi di *soft law*, tale come le raccomandazioni, le comunicazioni, le risoluzioni, le note interpretative.

Cosicché, già nel corso degli anni sessanta la Commissione si è avvalsa degli strumenti di *soft law* nell’area della fiscalità. La prima iniziativa rimonta alla pubblicazione nel 1962 del noto “Rapporto Neumark”. Il rapporto è il risultato del lavoro realizzato per il gruppo di esperti integranti del Comitato Fiscale e Finanziario – CFF nominato dalla Commissione per elaborare uno studio complessivo dei problemi di politica fiscale e finanziaria della CEE in base all’analisi dei dati riguardanti i sei Stati membri.

Il principale obiettivo ai tempi del comitato Neumark era identificare le distorsioni della concorrenza in ragione delle disparità esistenti tra i sistemi impositivi nazionali e promuovere delle azioni per sopprimere quelle che avrebbero potuto impattare più direttamente sul flusso di commercio fra gli Stati membri. Tale approccio ha determinato che lo studio sul ruolo dell’imposizione diretta fosse incentrato sulla ripercussione delle imposte sui costi di produzione e sui prezzi dei prodotti (concorrenza), piuttosto che sulla scelta imprenditoriale (libertà di stabilimento). L’analisi si è improntata in funzione degli elementi reddituali emergenti del normale esercizio d’impresa – gli utili, gli interessi, i dividendi – nonché nelle regole che influiscono nella loro determinazione – metodi di calcolo dell’imposta, valutazione e ammortamento dei beni, riporto delle perdite, riscossione.

In rapporto alle regole di concorrenza, il comitato è arrivato alla conclusione di che, in generale, la disparità decorrente del distinto trattamento dell’imposizione diretta all’interno degli Stati membri – a patto che il panorama della disparità nei livelli di pressione fiscale fra gli Stati non cambiasse radicalmente – non causava distorsioni sulla circolazione delle merci e, quindi, sulle condizioni della concorrenza. Dall’altra parte, le conclusioni attinenti agli

---

<sup>123</sup> Articoli 113 a 116 del TFUE (ex articoli 93 a 96, TCE, ex articoli 99 e 100, Trattato di Roma).

effetti delle distinte regole impositive sulla libertà di stabilimento furono distinte. Il comitato ha riconosciuto che le differenze di trattamento configuravano un ostacolo alla libera circolazione di capitali e alla libertà di stabilimento all'interno del mercato comune e, che quindi attuavano negativamente sulla scelta imprenditoriale dei grandi gruppi economici<sup>124</sup>. Perciò, nel programma generale di armonizzazione proposto nel rapporto, il comitato ha sostenuto l'opinione verso l'adozione di misure ampie di ravvicinamento dell'imposta sui redditi delle società, ricomprendendo non soltanto gli elementi reddituali ma anche le disposizioni concernenti alla composizione della base imponibile e la conclusione di una convenzione multilaterale per eliminare la doppia imposizione<sup>125</sup>.

Tuttavia, è da distaccarsi che nel rapporto Neumark la questione dei riflessi che le disparità nel trattamento dell'imposta sul reddito delle società potrebbe causare sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere non è stata oggetto di studio. Tale circostanza decorre dal fatto che i lavori del comitato, come si è avvertito prima, si concentravano nell'indirizzamento delle divergenze fra le disposizioni nazionali che riflettevano sulle attività commerciali fra gli Stati membri. Ciò andava in consonanza con la fase d'integrazione economica comunitaria che negli anni 1960 si orientava verso il raggiungimento della zona di libero scambio fra gli Stati membri. Di conseguenza, il primo obiettivo da realizzarsi era la rimozioni delle misure passibili di turbare l'equilibrio della concorrenza fra gli imprenditori, che all'interno di una zona di libero scambio si riassumevano in grande parte, anche se non esclusivamente, nella disciplina delle imposte che colpivano la produzione, la distribuzione/circolazione e il consumo<sup>126</sup>. Bisogna non

---

<sup>124</sup> RAPPORTO NEUMARK, op. cit., pp. 34, 38 e 63-64.

<sup>125</sup> RAPPORTO NEUMARK, op. cit., pp. 89-92. Si veda: PIETRO BORIA, op. cit. pp. 100-101, FRANCO ROCCATAGLIATA, op. cit. p. 1325. Per illustrare l'approccio adottato degli esperti del CFF, si ricorre al riassunto del programma di armonizzazione dell'imposta sulle società proposto nel Rapporto Neumark elaborato da GUIDO ZELANO, *Dall'armonizzazione al coordinamento fiscale: riferimento al contesto comunitario*, in Notiziario della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza n. 2, 2007, p. 260: "Il Comitato stabilì che nella prima fase si sarebbero armonizzate le disposizioni relative al sistema e al livello di tassazione dei dividendi e degli interessi, e riguardo alla doppia imposizione; la seconda fase si sarebbe focalizzata sul sistema di imposta societaria; la terza sarebbe servita a creare un servizio comunitario di informazioni, un Fondo comune alimentato da entrate doganali, e a istituire una Corte delle Finanze."

<sup>126</sup> Il Rapporto del Comitato Fiscale e Finanziario (RAPPORTO NEUMARK), op.cit., p. 64, dopo l'analisi dei possibili effetti dell'imposizione fiscale sul reddito delle società nel riguardo della concorrenza fra gli operatori economici, in decorrenza della ripercussione dell'imposta sui prezzi dei prodotti, conclude: "[...] *les différences d'imposition des revenus industriels et commerciaux n'auront une incidence*

dimenticarsi e soppesare che il comitato aveva concluso che il ravvicinamento dell'imposizione diretta sulle società si collegava all'esercizio della libertà di stabilimento e della circolazione di capitali<sup>127</sup>. Perciò, in "Neumark", il ravvicinamento delle imposte sulle società, pur stando previsto nel programma di armonizzazione fiscale, era meno urgente poiché tema più affine alla costruzione del mercato unico dove si assicura l'esercizio delle quattro libertà, di che al raggiungimento dell'unione doganale entro la quale la libertà a tutelare è la circolazione delle merci.

### **2.3.2 Dall'Unione doganale all'Atto Unico Europeo: Le fondamenta per l'approfondimento del processo d'integrazione economica.**

Il primo lavoro a identificare i problemi relativi ai riflessi della fiscalità diretta sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere rimonta al Programma di Armonizzazione Fiscale elaborato dalla Commissione e presentato dinanzi al Consiglio nell'8 febbraio 1967<sup>128</sup>. Il programma s'inserisce fra le azioni della Commissione per consolidare l'istaurazione dell'unione doganale prevista per l'1 luglio 1968 e lanciare le fondamenta per l'approfondimento del processo d'integrazione economica verso il mercato comune.

Le azioni del programma si dividevano in due categorie: le urgenti, a essere adottate entro il raggiungimento dell'unione doganale; e di lungo termine, a essere realizzata nel periodo successivo. In base alla premente necessità di ristrutturazione produttiva e distributiva delle società comunitarie, la Commissione ha elencato la soppressione degli ostacoli fiscali che colpivano le operazioni di riassetto societario fra le misure di lungo termine a implementarsi dopo il raggiungimento dell'unione doganale<sup>129</sup>. Inoltre, nel programma del 1967, la Commissione ha mantenuto la prospettiva di armonizzazione ampia

---

*défavorable sur la libre circulation et/ou la situation concurrentielle dans les échanges entre les États membres de la C.E.E. [sic] que si elles atteignent un degré notable, compte tenu des services publics financés grâce à des recettes fiscales".* Ciò spiega perché, secondo PIETRO BORIA, op. cit., p. 100, le azioni più incisive proposte nelle tre tappe di armonizzazione fiscale del Rapporto Neumark del 1962 si centravano nel settore dell'imposizione indiretta.

<sup>127</sup> RAPPORTO NEUMARK, op. cit., p. 38.

<sup>128</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, *Programma di Armonizzazione Fiscale*, Memorando della Commissione al Consiglio dell'8 febbraio 1967, Supp. Bolletino CEE 8/1967.

<sup>129</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, *Programma di Armonizzazione Fiscale*, doc. cit. p. 5

dell'imposizione diretta proposta nel rapporto Neumark ed elenca fra gli obiettivi di lungo termine un'imposta generale sul reddito delle società, avente la stessa struttura all'interno degli Stati membri, con criteri simili di definizione della base imponibile e di aliquote. Obiettivo esso che finora non è stato raggiunto.

Il programma del 1967, se si considera che il processo d'integrazione economica fra gli Stati membri si dirigesse ancora al completamento dell'unione doganale, sembrava troppo ambizioso in materia dell'imposizione diretta. Perciò, nonostante le sue “[...] buone premesse e gli obiettivi, sempre attuali,[...]”<sup>130</sup>, il programma come un tutto non ha prodotto risultati concreti in sede del Consiglio in quell'anno<sup>131</sup>.

Tuttavia, mentre gli interventi della Commissione trovavano dei riscontri negativi dalla parte degli Stati membri in sede del Consiglio, la giurisprudenza della Corte di giustizia ne contemperava il passo, sviluppando il quadro normativo – societario e fiscale – della (ri)organizzazione societaria transfrontaliera all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, tramite l'interpretazione della libertà di stabilimento.

Già all'inizio degli anni 1960, nei primi casi in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione delle libertà comunitarie, si inizia a creare le fondamenta normative per ricollegare l'applicabilità della libertà di stabilimento agli aspetti societarie e fiscali delle riorganizzazione societaria transfrontaliera.

In una prima decisione fondamentale, la VAN GEND & LOOS<sup>132</sup>, in materia di libertà di circolazione delle merci, dichiara che la CEE costituisce un ordinamento giuridico, il quale riconosce ai cittadini degli Stati membri la qualità di soggetti attribuendogli non soltanto degli obblighi ma anche dei diritti soggettivi. Successivamente, nella causa COSTA X ENEL<sup>133</sup>, una delle questioni sottomesse alla Corte concerneva l'interpretazione delle proibizioni in materia di libertà di stabilimento previste nell'articolo 53 del trattato. Nella sua pronuncia la Corte inizia per riaffermare che il Trattato di Roma ha istituito un

---

<sup>130</sup> FRANCO ROCCATAGLIATA, op. cit., p. 1238.

<sup>131</sup> RAFAEL J. SANZ GÓMEZ, *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Pamplona, Civitas, 2012, p. 30.

<sup>132</sup> Causa C- 26/1962, VAN GEND & LOOS, sentenza del 5 febbraio 1963 (Racc. Giurisp. ed. ital., p. 3), p. 23.

<sup>133</sup> Causa C-6/1964, COSTA X ENEL, sent. cit., pp. 1145-1447.

proprio ordinamento giuridico e in seguito riconosce la prevalenza dell'ordinamento comunitario sui provvedimenti legislativi nazionali. Inoltre, essa dichiara che le proibizioni dell'articolo 53 hanno valore imperativo e perciò attribuiscono *“dei diritti individuali ai cittadini nazionali che i giudici nazionali devono tutelare”*. Dopo il termine del periodo transitorio, la Corte emana una decisione marco in materia di stabilimento. Nella causa REYNERS<sup>134</sup> per la prima volta la Corte dichiara l'efficacia diretta della libertà di stabilimento all'interno degli ordinamenti nazionali, a prescindere dell'adozione delle direttive di coordinamento previste nel paragrafo secondo dell'articolo 54 del Trattato.

Di ciò, la libertà di stabilimento va esercitata dai singoli dinanzi al giudice nazionale, indipendentemente dell'esistenza di una tale direttiva. E, ancora più importante, sempre che la direttiva non abbia eliminato completamente una restrizione, autorizza il cittadino a invocare la tutela del giudice nazionale per garantirle la diretta applicabilità della libertà di stabilimento. Tutto perché, le libertà fondamentali decorrono direttamente del diritto primario e le direttive, intanto importanti come *“misure dirette a favorire ed a facilitare l'effettivo esercizio diretto del libero stabilimento”*,<sup>135</sup> sono strumenti di diritto secondario e quindi tendono a determinare un campo di attuazione più ristretto delle libertà fondamentali tutelate dai trattati. In materia di riorganizzazione societaria ciò rimarrà esplicito nelle decisioni più recenti della Corte che saranno oggetto di analisi più avanti<sup>136</sup>.

Infatti, è da riconoscersi che l'articolo 54 del Trattato di Roma rappresenta bene l'articolazione delle funzioni legislativi e giudiziale delle istituzioni europee nella costruzione del quadro normativo della riorganizzazione societaria in sede dell'Unione. Allo stesso tempo che suo paragrafo 3, lett. (g) sta alla base della maggior parte delle iniziative legislative adottate a livello dell'Unione nel campo del diritto delle società<sup>137</sup>, la sua interpretazione in congiunto con l'articolo 52 è stato uno strumento importante utilizzato dalla

---

<sup>134</sup> Causa C-2/1974, REYNERS, sentenza del 21 giugno 1974, (Racc. 1974, pag. 631), punto 32: *“Si deve quindi risolvere la questione sottoposta a questa Corte nel senso che, dalla fine del periodo transitorio, l'art. 52 del trattato è una disposizione direttamente efficace e ciò nonostante la mancanza eventuale, in un determinato settore, delle direttive di cui agli artt. 54, n. 2 e 57, n. 1, del trattato.”*

<sup>135</sup> Causa C-2/1974, REYNERS, sent. cit., punto 31.

<sup>136</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sentenza del 13 dicembre 2005 (Racc. 2005, pag. I-10805) e Causa C-123/2011, A OY, sentenza del 21 febbraio 2013 (Racc. 2013), GU C 114 del 20/4/2013, pag. 9.

<sup>137</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Proposta di direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali* – COM (2003) 703 definitivo, p. 6.

Corte di giustizia per aggirare l'atteggiamento degli Stati membri che bloccavano le iniziative legislative della Commissione nel Consiglio. La grande opera d'innovazione della Corte si basa nella sua abilità in realizzare l'interpretazione armonica di questi due articoli con gli altri articoli del capo 2 (il diritto di stabilimento) all'interno del titolo III (libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali). All'inizio del suo grande lavoro di interpretazione, la Corte ha dato avvio all'elaborazione di due principi che si tornarono cardini dell'ordinamento giuridico dell'Unione e hanno garantito la sua effettiva attuazione nel disegno del contenuto della libertà di stabilimento: il principio del primato del diritto comunitario e il principio dell'efficacia diretta (o diretta applicabilità), che insieme hanno permesso ai singoli nazionali di uno Stato membro – sempre che alcune condizioni fossero compiute – di invocare dinanzi al giudice nazionale la tutela dei diritti soggettivi conferitegli direttamente dall'ordinamento comunitario.

Il principio del primato del diritto comunitario e della sua diretta applicabilità ha avuto per effetto collaterale la ripresa del processo di coordinamento *“del diritto delle società degli Stati membri, strettamente connesso alla compiuta realizzazione della disciplina dello stabilimento”*<sup>138</sup>. Il timore di che il principio dell'efficacia diretta venisse a stimolare i singoli a ricorrere ai tribunali per colmare il vuoto legislativo in materia di libertà di stabilimento, ha reso gli Stati membri più propensi alla negoziazione e all'adozione di una serie di direttive in materia di coordinamento del diritto delle società<sup>139</sup>. Dall'universo delle suddette direttive hanno un particolare rilievo per il tema della riorganizzazione societaria la terza direttiva, la direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978 e la sesta direttiva, la direttiva del Consiglio 82/891/CEE, del 17 dicembre 1982, concernenti al regime applicabile rispettivamente alle operazioni di fusione e di scissioni realizzate fra società per azioni all'interno di uno stesso Stato membro (fusioni e scissioni interne o nazionali).

Intanto, anche se l'approvazione della terza e della sesta direttive abbia uniformizzato il contenuto materiale di queste operazioni gettando le basi per la

---

<sup>138</sup> ALBERTO SANTAMARIA, op. cit., p. 173.

<sup>139</sup> Per un panorama complessivo, si veda ALBERTO SANTAMARIA, op. cit., pp. 174-182 e THOMAS PAPADOPOULOS, op. cit., pp. 522-523.

loro realizzazione al livello transnazionale<sup>140</sup>, ciò non ha accaduto di immediato. La proposta di decima direttiva appresentata dalla Commissione al Consiglio nel 14 gennaio del 1985 – COM (84) 727 – concernente alla fusione transfrontaliera, è rimasta bloccata per anni nel Parlamento “*per via delle difficoltà sollevate dal problema della partecipazione dei lavoratori agli organi decisionali dell'impresa*”<sup>141</sup>, provocando la sua ritirata nel 2001. Tale impasse verrà superata soltanto circa quindici anni dopo, con l’adozione della direttiva 2005/56/CE del Parlamento e del Consiglio del 26 ottobre 2005.

### **2.3.3 Dall’Atto Unico Europeo al mercato interno (1986-1992): L’adozione della direttiva 90/434/CEE**

Un marco giuridico importante nello sviluppo del processo d’integrazione europea fu l’Atto unico europeo del 1986. Questo strumento normativo ha conferito nuovi orizzonti all’integrazione economica europea, allargando la concezione del mercato comune e introducendo nel trattato la nozione di un mercato interno quale “*spazio senza frontiere interne dove si assicura la libera circolazione di merce, persone, servizi e capitali*”<sup>142</sup>.

Il nuovo approccio marca il movimento di passaggio della fase “zona di libero scambio” all’instaurazione progressiva, entro il 31 dicembre 1992, di un “mercato unico” formato dalla riunione dei mercati interni di tutti gli Stati membri, ove si garantiva l’esercizio pieno di tutte le quattro libertà fondamentali.

In materia tributaria, il periodo compreso fra le anni 1960 e il tardo 1980, è marcato dagli sforzi della Commissione in indirizzare la questione

---

<sup>140</sup> La preoccupazione in coordinare le provvisioni domestiche in materia di fusione e scissione societaria, per facilitare la realizzazione transfrontaliera delle operazioni già appariva nel documento della COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Rapporto sullo stabilimento delle società europee* - SEC (66) 1250, op. cit., p. 8: “*As regards international mergers: Co-ordination of the provisions governing mergers in the domestic law of the six Member States should make it easier to arrive at a convention on international mergers.*” Nella stessa linea, THOMAS PAPADOPOULOS, op. cit., p. 523: “*The 3rd and 6th Company Law Directives could play a central role in cross-border investments within the internal market. They combat psychological obstacles by encouraging foreign investors to establish companies in other member States and then to expand their activities in this new market by conducting domestic mergers with other companies established in that new Member State. Moreover, the 3rd and 6th Company Directives are very important for cross-border mergers, because they harmonise the law on domestic mergers and domestic divisions of companies.*”

<sup>141</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Proposta di direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, op. cit., pp. 2-3.

<sup>142</sup> ATTO UNICO EUROPEO, firmato a Lussemburgo nel 17 febbraio 1986, articolo 13.

dell'imposizione fiscale diretta sotto una struttura tipizzante dell'imposta di reddito sulle società, tal come proposto nel rapporto Neumark e nel programma di armonizzazione fiscale del 1967. Tale orientamento della Commissione ha trovato forte resistenza degli Stati membri, bloccando in sede del Consiglio l'avanzamento del processo di ravvicinamento.

Intanto, le iniziative del programma del 1967 non devono essere assunte come del tutto fallite. In base alle azioni in esso previste la Commissione, nel 1969 riesce ad appresentare la prima proposta di direttiva relativa regime fiscale comune delle operazioni di riorganizzazione societaria<sup>143</sup>. Le fattispecie ricoperte da suddetto regime erano le fusioni, le scissioni e il conferimento di attivi. La proposta di direttiva è stata approvata in tempi breve e con alcuni pochi suggerimenti dal Comitato Economico e Sociale (1969) e dal Parlamento (1970), però non è stata discussa nel Consiglio fino all'inizio di 1990.

Dopo una lunga serie di tentativi frustrati di far passare un regime più coerente per l'imposizione fiscale sul reddito delle società, chiamato dalla dottrina di "approccio globale", la Commissione, in base al programma dell'atto unico europeo e l'imperiosa imminenza dell'istaurazione del mercato unico<sup>144</sup>, cambia il suo orientamento verso il c.d. "approccio puntuale".

Cosicché, gli sforzi prima diretti al ravvicinamento complessivo della questione dell'imposizione tributaria transfrontaliera, ricomprendendo tutti gli aspetti dell'imposizione sul reddito transnazionale delle società, vengono rindirizzati a un approccio puntuale, per risolvere le questioni fiscali più urgenti come la doppia imposizione economica nei rapporti intragruppo, il pagamento di dividendi, la riorganizzazione societaria transfrontaliera.

Sulla guida di questo nuovo approccio, la proposta di direttiva del 1969, emendata nel 1980<sup>145</sup>, relativa al regime fiscale comune concernenti la riorganizzazione societaria transfrontaliera, viene discussa nel Consiglio all'inizio del 1990, non per caso quando l'istaurazione del mercato unico torna la questione del ravvicinamento dell'imposta sulle società più che premente. È da

---

<sup>143</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Proposta di direttiva sul regime fiscale comune relativo alle fusioni, scissioni e conferimenti di attivi concernenti società di diversi Stati membri, COM (1969) 5 del 16 gennaio del 1969.

<sup>144</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 209.

<sup>145</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Comunicazione della Commissione al Consiglio del 29 aprile 1980, COM (1980) 203 finale, conforme relata HARM VAN DEN BROEK, op. cit., pp. 126 e 135.



dire, però, che se la rapida adozione della direttiva 90/434/CEE nel 1990<sup>146</sup> fu possibili, essa si deve alla volontà decisa della Commissione in spingere il processo legislativo. Tale si evince del lavoro di sintesi elaborato da HARM VON DEN BROEK a proposito del lungo percorso legislativo, di oltre vent'anni, per l'approvazione della direttiva, nel quale mette in luce l'articolazione dei lavori fra Commissione, Parlamento e Consiglio – sotto la battuta della Commissione – per risolvere le questioni tecniche e accomodare gli interessi e i timori degli Stati membri<sup>147</sup>.

#### **2.3.4 Gli sviluppi successivi all'adozione della direttiva 90/434/CEE**

Sebbene l'adozione della direttiva 90/434/CEE abbia significato una grande apertura verso la realizzazione delle operazioni societarie transfrontaliere, il completamento del quadro giuridico dipendeva ancora dell'adozione di misure nell'ambito societario per rendere possibile la realizzazione delle operazioni di fusione a livello transfrontaliero.

È soltanto con l'adozione della decima direttiva di coordinamento del diritto societario, la direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere, che si completa il quadro di misure legislative necessarie per l'effettiva attuazione della direttiva 90/434/CE (fusione fiscale) in materia della fusione transfrontaliera concernente società di capitali, costituite e regolate sotto una legge nazionale.

Un altro ostacolo che si presentava per l'ampliamento del quadro giuridico della riorganizzazione societaria riguardava la delicata questione del trasferimento di sede delle società nazionali. Come si è rilevato prima, tale materia era rimasta nell'ambito della competenza degli Stati membri e

---

<sup>146</sup> FRANCO ROCCATAGLIATA, op. cit., p. 1241: *“Nel luglio 1990, il Consiglio raggiunge un accordo storico, essendo il primo in materia di imposte sui redditi, nella Comunità Europea. Tale accordo, pur decretando implicitamente la fine del grande ideale di armonizzazione comunitaria fiscale, assume un importante significato politico sulla strada del ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri.”*

<sup>147</sup> HARM VON DEN BROEK, op. cit., pp.126-136. In base al regolamento CE 1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145 del 31/5/2001, pag. 43), il ricercatore ha avuto accesso ai documenti di lavoro riguardanti le discussioni della direttiva 90/434/CEE, sin dalla sua prima proposta nel 1969 fino alla sua approvazione nel 1990. Il lavoro di ricerca di HARM VON DEN BROEK è essenziale per approfondire l'aspetto storico del processo di approvazione della direttiva e capire i motivi politici e tecnici dietro alcuni dei suoi elementi essenziali, l'omissione di trattamento di alcune questioni, oppure della redazione controversa di alcuni dei suoi articoli.

dipendendo di una loro azione coordinata. Ovviamente, essa coordinazione non si elencava fra le preoccupazioni degli Stati membri, poiché tale intralcio riguardava loro interesse in limitare la mobilità delle società loro nazionali all'infuori del loro territorio.

La soluzione intermedia provveduta dall'ordinamento giuridico dell'Unione per rendere possibile il trasferimento di sede societaria, senza gli ostacoli che la differenza delle teorie societarie della sede effettiva e dell'incorporazione e le rispettive conseguenze fiscali imponevano,<sup>148</sup> viene attraverso della creazione dello statuto delle società europee e dello statuto delle società cooperative europee. Si tratta, rispettivamente, del Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001 e il regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003.

Nel 17 febbraio 2005, la direttiva 2005/19/CE del Consiglio accoglie l'allargamento delle fattispecie di riorganizzazione societaria transfrontaliere realizzato per mezzo dei riferiti regolamenti, incorporando nel regime fiscale comune le operazioni di trasferimento di sede sociale adoperato per una SE o una SCE. Nel 19 ottobre 2009, la direttiva 90/434/CEE viene sostituita da una versione codificata, la direttiva 2009/133/CE del Consiglio.

Parallelamente allo sviluppo legislativo in ambito societario e fiscale, l'interpretazione della Corte di giustizia innova in materia di riorganizzazione societaria transfrontaliera, mediante l'applicazione della libertà di stabilimento. Nel 13 dicembre del 2005, prima ancora dell'avvenimento della data di scadenza per la trasposizione della direttiva fusione societaria (direttiva 2005/56, del 26 ottobre 2005) negli ordinamenti giuridici nazionali, fissata per il 15 dicembre di 2007, la Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza nel caso SEVIC<sup>149</sup>, ampliando il contenuto della libertà di stabilimento fino a ricomprendere le operazioni di fusioni transfrontaliere, sempre che una tale operazioni fosse realizzabile secondo l'ordinamento nazionale degli Stati membri delle società

---

<sup>148</sup> RÉKA VILÁGI, *Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU law*, in *European taxation*, luglio 2012, p. 347 offre una interessante sintesi delle conseguenze fiscali collegate alle teorie societarie: *"Member States following the incorporation doctrine under their private international law do not terminate the legal existence of a company upon migration, but may levy an exit tax, as demonstration of the territoriality principle [si ricordi della sentenza DAILY MAIL]. Meanwhile, in CARTESIO, the Court reaffirmed that Member States adhering to the real seat doctrine are allowed to order that a company to be liquidated upon transfer of its place of effective management abroad."*

<sup>149</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sent. cit. punto 19.

coinvolte nell'operazione:

CAUSA C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG

19. Le operazioni di fusione transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Esse costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 CE.

Sebbene la causa SEVIC trattasse soltanto delle operazioni di fusione, l'approccio della Corte ha aperto la strada per l'applicazione della libertà di stabilimento alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera. In un primo luogo, una tale ampliamento del campo di attuazione della libertà di stabilimento implica nell'allargamento del concetto di riorganizzazione societaria da una prospettiva del diritto delle società, per accogliere altre fattispecie oltre la fusione transfrontaliera e il trasferimento di sede sociale della SE e della SCE già regolate dal diritto secondario dell'Unione europea.

In un secondo luogo, una volta consolidata la ricompresa delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere sotto la tutela della libertà di stabilimento, l'effetto successivo rifletterà nell'allargamento del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE oltre al contenuto cristallizzato nella lettera dei suoi articoli, attraverso l'attività interpretativa della Corte di giustizia. Attività riaffermante della forza creativa dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea *"in quanto insieme organizzato e strutturato di norme giuridiche provvisto di fonti proprie, di organi e procedure idonee ad emetterle, interpretarle, farle constatare e, se del caso, sanzionarle."*<sup>150</sup>

A proposito della libertà di stabilimento e dell'armonizzazione del diritto delle società in sede dell'Unione, ALBERTO SANTA MARIA afferma che

---

<sup>150</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 51.

l'“armonizzazione” non costituisce un fine a se stessa, ma va ricompresa nell'ottica del diritto di stabilimento<sup>151</sup>. Con una tale affermazione, l'autore non fa altro che valorizzare l'opera della Corte in adeguare il contenuto della libertà di stabilimento “*allo stato attuale del diritto comunitario*” per agevolare l'esercizio del diritto di stabilimento transfrontaliero.

Perciò, nel presente lavoro di ricerca, si sostiene che il trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera nell'ordinamento dell'Unione, a partire della pronuncia della Corte nella causa SEVIC<sup>152</sup>, vada affrontato da una stessa prospettiva. Anche se si possa argomentare che le iniziative di ravvicinamento dell'imposizione diretta in materia di riorganizzazione societaria transfrontaliera si basino sul funzionamento del mercato e sulle regole di concorrenza piuttosto che sulla libertà di stabilimento, non si deve trascurare che tali valori si realizzano tramite l'esercizio della libertà di stabilimento dagli imprenditori. Infatti, la questione ha una duplice prospettiva. La prospettiva delle istituzioni dell'Unione basata nel mercato. E quella del singolo, fondata nella libertà di stabilimento. Ciò perché, il funzionamento del mercato unico e le regole “naturale” di concorrenza soltanto si realizzano, quando e se il diritto di stabilirsi ovunque nell'ambito dello spazio interno – mercato unico – ideato dai trattati, sia assicurato agli imprenditori, senza che l'imposizione fiscale rappresenti un intralcio alla mobilità transfrontaliera. Si ritiene che solo un tale approccio crei delle condizioni per una riflessione proficua sulla superazione delle questioni che, lasciate in aperto dalla direttiva fiscale fusione (direttiva 2009/133/CE versione consolidata), si stano via via risolvendo tramite gli interventi della Corte di giustizia, che a sua volta, le reindirizza dentro della logica della libertà di stabilimento.

Nel capitolo terzo, si procederà all'analisi delle caratteristiche essenziali della direttiva fiscale fusione, affrontando le problematiche che decorrono dalla sua attuazione a partire della tendenza giurisprudenziale di applicare la libertà di stabilimento a una categoria generale di atti di riorganizzazione societaria, in ragione di un criterio funzionale: la tutela del mercato e della concorrenza.

---

<sup>151</sup> ALBERTO SANTAMARIA, op. cit., p. 170.

<sup>152</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sent. cit.

## Il Regime Fiscale Comune Europeo della Direttiva 2009/133/CE

### 3.1 Considerazioni preliminari

Nell'Unione europea, le misure di ravvicinamento dell'imposizione diretta adottate all'inizio degli anni 1990 hanno avuto per scopo ravvicinare le disposizioni nazionali su determinati aspetti dell'imposta sul reddito per farle convergere verso un modello unitario europeo<sup>153</sup>, anziché eliminarli per completo. La direttiva fusione fiscale s'inserisce in questo scenario d'iniziativa puntuali della Commissione europea, il c.d. *piecemeal approach*, che si è incentrato sugli aspetti dell'imposizione fiscale diretta che, all'alba dell'istaurazione del mercato unico, in quel impattavano più fortemente l'attività imprenditoriale transfrontaliera. La direttiva 90/434/CE, del luglio 1990 (attuale 2009/133/CE) ha servito a regolare uno standard minimo di elementi di convergenza affinché si potesse raggiungere l'obiettivo al quale si destinava: la rimozione degli ostacoli alla realizzazione transfrontaliera delle operazioni di riorganizzazione societaria per facilitare il funzionamento del mercato unico. Di ciò evince che per lo più ampio che sia il campo di attuazione della direttiva, essa, concettualmente, non aveva come indirizzo regolare esaustivamente tutti gli aspetti dell'imposizione fiscale della riorganizzazione societaria transfrontaliera<sup>154</sup>. Infatti, come si avrà occasione di dimostrare più avanti, la direttiva non ha promosso l'armonizzazione completa delle regole fiscali incidenti sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere.

Perciò, il quadro giuridico dell'imposizione fiscale sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere plasmato nella direttiva, si è perfezionato nel trascorso del tempo, verificandosi negli ultimi anni un intenso

---

<sup>153</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 198.

<sup>154</sup> Per i limiti raggiunti dalla direttiva in commento, si veda ad esempio il documento della COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market* SEC (2001) 1681, del 23 ottobre 2001, p. 241: "Although the Merger Directive has improved the situation, it is far from offering the kind of fiscal framework that is necessary to enable companies to undertake cross-border restructuring operations in the way they would wish. Despite the Directive cross-border restructuring operations can still involve significant tax costs. The Directive covers neither all companies nor all situations nor all types of taxes that should in principle be included."

movimento di completamento, mediante l'attività interpretativa della Corte di giustizia, non solo in ragione del confronto delle disposizioni nazionali con la direttiva (diritto derivato)<sup>155</sup>, ma soprattutto attraverso l'esercizio dell'applicazione del principio cardine della libertà di stabilimento (diritto primario)<sup>156</sup>. Da una parte è ben vero che già fin dagli anni 1960, la giurisprudenza della Corte è stata costante in riconoscere la diretta applicabilità<sup>157</sup> del diritto allo stabilimento previsto nell'articolo 50 del TFUE, affermando che le misure di armonizzazione servono a facilitarne l'esercizio anziché esserne un presupposto. Tuttavia, non è nemmeno vero che l'allargamento del contenuto della libertà di stabilimento verso le operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere, esplicitamente accertato nella sentenza pronunciata nel caso SEVIC<sup>158</sup>, ha respinto ogni qualsiasi dubbio quanto l'applicabilità della riferita libertà nell'ambito delle operazioni in commento. Ciò ha fatto strada purché le questioni fiscali lasciati in aperto nella direttiva 2009/133/CE e regolate dagli Stati membri, in modo a limitare l'esercizio delle libertà fondamentali, fossero messi a scontro dinanzi alla Corte, e essa le indirizzasse in base alla libertà di stabilimento e non soltanto attraverso l'applicazione del diritto derivato<sup>159</sup>.

Da quanto si evince del capitolo secondo, la conformazione del quadro normativo del regime fiscale comune delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera dipende dell'integrazione di due fonti normative distinte, una legislativa e l'altra giurisdizionale, permettendo che i limiti legislativi siano superati attraverso l'applicabilità diretta del diritto primario (libertà di stabilimento) per intermedio dell'intervento della Corte di giustizia. Lo storico del processo di negoziazione della direttiva rivela che molto delle

---

<sup>155</sup> Ne fanno esempi le sentenze nelle cause C-28/95 Leur-Bloem, sent. cit., e C-285/07 A.T., sentenza del 11 dicembre 2008 (Racc., 2008, pag. I- 09329).

<sup>156</sup> A titolo di esempio si vedano le sentenze nelle cause C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV, sentenza del 29 novembre 2011 (Racc. 2011), C-48/2011, A OY, sentenza del 19 luglio 2012 (Racc. 2012) e C-123/2011, A OY, sent. cit..

<sup>157</sup> Causa C- 26/1962, VAN GEND & LOOS, p. 23; Causa C-2/1974, REYNERS, sent. cit., punto 31

<sup>158</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sent. cit., punto 11: *"Ebbene, benché senz'altro utili a facilitare le fusioni transfrontaliere, le regole di armonizzazione non possono essere erette a presupposto per l'attuazione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 CE e 48 CE (v., in tal senso, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann, Racc. pag. I-249, punto 11)."*

<sup>159</sup> Va rilevato che l'interpretazione della Corte, pur fondata nel diritto primario, si orienta nelle disposizioni e nello spirito della direttiva, seguendo la tendenza già rimarcata da BEN TERRA E PETER WATTEL, op. cit., p. 19: *"There is another interaction between positive and negative integration: often, the Court turns to available positive integration in order to be inspired on how to approach a negative integration problems [...]."*

questioni irrisolte, si devono meno al lavoro tecnico elaborato dalle istituzioni dell'Unione e più alla volontà degli Stati membri in difendere – gelosamente - la loro sovranità in materia d'imposizione diretta. La direttiva è chiaramente il risultato di questo equilibrio di forze fra l'Unione e gli Stati membri, in un'area laddove la regola di approvazione all'unanimità riafferma la sovranità degli Stati e impatta sull'adozione di dispositivi legislativi d'iniziativa dell'Unione.

È nella consapevolezza dei limiti delle misure di ravvicinamento e delle potenzialità che l'invocazione della libertà di stabilimento può apportare alla questione della riorganizzazione societaria transfrontaliera, che s'impone l'analisi del regime fiscale comune istituito dalla direttiva 2009/133/CE.

### **3.2 Il quadro schematico del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE**

L'ambito di applicazione oggettiva del regime fiscale comune si estrae dall'articolazione dell'articolo 1, che enumera le operazioni ricoperte, con l'articolo 2, che ne definisce il contenuto giuridico. Come si è osservato nel primo capitolo, la direttiva crea una categoria generale di riorganizzazione societaria e conferisce un significato nuovo per ognuna delle operazioni da essa ricoperta, discostandosi delle definizioni conferitene dagli ordinamenti giuridici nazionali, applicandone ai soli fini delle operazioni fra società di Stati membri diversi e in funzione del regime fiscale comune.

Le operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere ricoperte dal regime, secondo la versione consolidata della direttiva fusione fiscale (direttiva 2009/133/CE), sono la fusione, la scissione, la scissione parziale, il conferimento d'attivi, lo scambio di azione e il trasferimento della sede sociale della società europea (SE) e della società cooperativa europea (SCE).

Con riguardo ai tipi soggettivi, nell'articolo 3, la direttiva determina tre criteri di accesso ai benefici collegati al regime fiscale comune che istituisce: la forma societaria (lett. "a"); il domicilio fiscale (lett. "b"); e la soggezione incondizionata all'apposita imposta nazionale, senza la possibilità di esserne esentata (lett. "c").

Una volta compiuti i requisiti preliminari di ordine oggettiva e soggettiva, neutralità fiscale sancita dal regime fiscale comune si traduce nel differimento dell'imposizione fiscale all'atto dell'effettiva realizzazione delle plusvalenze maturate in capo della società conferente, operando nel momento delle operazioni i seguenti benefici:

- a) la non imposizione delle plusvalenze latenti che potrebbero emergere in capo alla società conferente all'atto di riorganizzazione (art. 4, par. 1);
- b) la non imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze dei soci in decorrenza dell'assegnazione a loro favore dei titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria in cambio ai loro titoli originari, salvo se essi siano considerati trasparenti sotto il profilo fiscale (art. 8, par. 1-3);
- c) la non imposizione sulle plusvalenze decorrenti dell'annullamento della partecipazione societaria detenuta dalla società beneficiaria nella società conferente, a meno che lo Stato eserciti il diritto di deroga quando la riferita partecipazione sia inferiore al 10% (articolo 7);
- d) il dovere degli Stati membri di provvedere che gli accantonamenti e le riserve regolarmente costituiti in franchigia d'imposta in capo alla società conferente, siano riprese dalla società beneficiaria, salvo quei connessi a una stabile organizzazione all'estero (articolo 5);
- e) il dovere degli Stati membri di applicare al riporto delle perdite della società conferente, lo stesso trattamento conferito dalla legge nazionale alle società che realizzano le corrispondenti operazioni a livello interno (art. 6);
- f) mediante alcune condizioni, la rinuncia degli Stati al diritto d'imposizione sulla stabile organizzazione della società conferente situata in uno Stato membro diverso da quello di tale società (art. 11).

In controparte, in tutela degli interessi finanziari degli Stati membri, il godimento del beneficio della neutralità fiscale si assicura soltanto e nella



misura in cui alcuni requisiti essenziali siano osservati. Requisiti che, alla fine, attuano come veri e propri “condizionanti” dell’applicazione della neutralità fiscale del regime, quali siano:

- a) che gli elementi d’attivo e di passivo della società conferente confluiscono in una stabile organizzazione della società beneficiaria nello Stato membro della società conferente (art. 4, par. 2, lett. b);
- b) che la società beneficiaria garantisca la continuità al valore fiscale degli elementi d’attivo e di passivo della società conferente, come se l’operazione non fosse stata avvenuta (art. 4, par. 4);
- c) che il socio non assegni ai titoli ricevuti in cambio un valore fiscale superiore al valore dei titoli originari (art. 8, par. 4 e 5).

Compie osservare, che nelle ipotesi in cui la legge nazionale autorizza la società beneficiaria ad adottare un metodo distinto per calcolare le plusvalenze latenti e gli ammortamenti degli elementi d’attivo e di passivo, si respinge l’applicabilità della regola generale di non-imposizione prevista nel par. 1 dell’articolo 4, per i corrispondenti elementi d’attivo e di passivo.

Inoltre, come un ultimo bastione in difesa degli interessi pubblici degli Stati membri, la direttiva gli conferisce la possibilità di rifiutare l’applicazione integrale del regime fiscale comune, oppure di revocarne, in due situazioni<sup>160</sup> specifiche:

- a) quando l’obiettivo principale o uno degli obiettivi principali dell’operazione sia dare avvio a l’evasione o l’elusione fiscale (art. 15, par. 1);
- b) quando una società in conseguenza dell’operazione, pur della non partecipando, lasci di compiere le requisiti richiesti per la rappresentanza dei lavoratori negli organi societari nella modalità applicabile prima dell’operazione (art. 15, par. 2).

---

<sup>160</sup> MARIO BURGIO, op. cit., p. 1328 denomina l’articolo 15 della direttiva fusione fiscale di “clausola di salvaguardia”.

Per fine, vale rilevare che la disposizione in modo strutturato degli elementi fondamentali attorno ai quali si costruisce il regime fiscale comune mette in evidenza la chiara tensione esistente fra la tutela del diritto di stabilimento e delle regole di mercato, espressa nel principio di neutralità fiscale e articolata nei corrispettivi benefici fiscali, e la salvaguardia degli interessi finanziari degli Stati membri, manifestata sia nei requisiti condizionanti all'accesso ai benefici, sia nella possibilità di rifiutare o di revocare l'applicazione del regime.

### **3.3 L'attuazione del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE**

Da quanto si è detto in precedenza, si evince che l'originalità della direttiva fusione fiscale risiede nell'articolazione di tre elementi caratterizzanti del regime fiscale comune: il raggruppamento di un insieme di fattispecie societarie – rispecchiante le condizioni giuridiche, economiche e culturali degli Stati membri dell'Unione europea – su cui si applica una regola di neutralità fiscale – riguardanti l'imposizione fiscale sulle plusvalenze latenti e la ripresa degli accantonamenti e delle riserve regolarmente costituiti in franchigia d'imposta come se l'operazione non fosse stata avvenuta – a patto che le operazioni ricoprano una serie di requisiti di salvaguardia del potere impositivo dello Stato membro della società conferente: la continuità del valore fiscale degli elementi d'attivo e di passivo, la confluenza del patrimonio in una stabile organizzazione, l'obiettivo di adeguare la struttura imprenditoriale alle esigenze del mercato interno, in modo a migliorare la produttività e rafforzare la sua posizione competitiva sul piano internazionale<sup>161</sup>.

Sinteticamente, il regime si struttura *i.* nella selezione di un gruppo di operazioni; *ii.* nel regime di neutralità fiscale; e *iii.* nel compimento delle clausole condizionanti. Sono questi gli elementi a caratterizzare il regime fiscale comune dell'Unione europea concernente alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera, benché ad orientare l'intera attuazione del regime. Nelle prossime sezioni si tratterà della loro analisi.

---

<sup>161</sup> Direttiva 2009/133, secondo considerando, parte finale.

### 3.3.1 Le operazioni elette

È bene ricordare che uno dei punti di partenza del presente lavoro di ricerca era riflettere sui fondamenti giuridici ed economici giustificanti della scelta adoperata per le istituzioni dell'Unione europea, in selezionare dall'universo di operazioni di riorganizzazione societaria esistenti, una determinata combinazione di fattispecie societarie su cui applicare il regime fiscale comune. Ciò perché, quando s'intraprende l'analisi del fenomeno della riorganizzazione societaria catturato nella direttiva da una prospettiva fiscale, il fatto che operazioni societarie di natura ed effetti giuridici completamente diversi si presentino raggruppate sotto uno stesso regime fiscale improntato su un – presumibile – principio di neutralità fiscale, causa, inevitabilmente, una certa estraneità e inquietudine scientifica.

L'approfondimento dell'analisi ha rivelato che il motivo dell'elezione delle operazioni societarie oggetto del regime fiscale comune dell'Unione europea va ricercato piuttosto che nella loro natura giuridica o effetti fiscali, nella diversità degli elementi economici e culturali presenti negli Stati membri, nonché nei quadri giuridici nazionali che sostenevano queste scelte<sup>162</sup>. Infatti, sembra che il legislatore dell'Unione abbia avuto la sensibilità di selezionare le distinte preferenze nazionali in realizzare un tipo di operazione al posto di altre. Ovviamente, tali preferenze si ricollegavano agli strumenti giuridici societari e fiscali messi a disposizione degli operatori economici. Nell'Irlanda e nel Regno Unito, come già menzionato in precedenza, la preferenza per le operazioni di acquisto di controllo si allineava al concetto economico-finanziario di *mergers and acquisitions* e faceva con che le operazioni di fusione e di scissione, tal come concepiti negli ordinamenti giuridici dell'Italia, Portogallo e Spagna non fossero regolate, provocando l'estinzione e la liquidazione delle società conferenti e l'incidenza fiscale. Perciò, creare un regime fiscale comune disposto a rimuovere

---

<sup>162</sup> Il programma di armonizzazione fiscale del 1967 (CEE), doc. cit., p. 15, già aveva identificato due strutture per operare la riorganizzazione societaria: la fusione e scissione (*mergers*) da una parte, e l'acquisto di partecipazioni che garantissero perlomeno un'influenza notevole (*holding acquisitions*). Con riguardo alla preferenza per l'utilizzazione di una piuttosto dell'altra, aggiunge: "*These two types of combination are not used the same extent in all six countries; this is due only to differences in company law (mergers automatically entailing the dissolution of the company or the companies being taken over are unknown in the Netherlands) but also to differences in the economic structure, the degree of concentration already reached, the size of enterprises, and industrial and commercial practises.*"

gli intralci alla realizzazione delle operazioni a livello transfrontaliero presupponeva soppesare gli elementi nazionali di natura societaria e fiscale per di seguito improntare un modello capace di ricoprire le operazioni più usualmente adoperate all'interno degli Stati membri, venendo meno la stretta attenzione alla natura giuridica degli istituti o dei suoi profili fiscali.

Tale conclusione decorre dalla riflessione sullo sviluppo storico delle negoziazioni della direttiva<sup>163</sup>, partendo del programma di armonizzazione fiscale del 1967<sup>164</sup>, passando per l'adozione della direttiva 90/434/CEE per coinvolgere alla fine i suoi emendamenti posteriori, i quali ne hanno ampliato la combinazione delle operazioni societarie ammesse, mediante l'inclusione della scissione parziale e del trasferimento della sede sociale delle SE e SCE (direttiva 2005/19/CE<sup>165</sup>). Un altro documento chiave su cui si è basata la riflessione è stato la Diciannovesima Relazioni sulla Politica di Concorrenza, dalla Commissione delle Comunità Europee<sup>166</sup>.

La Diciannovesima Relazioni sulla Politica di Concorrenza, dalla Commissione delle Comunità Europee ci fornisce delle informazioni utili sulle operazioni di riorganizzazione societaria di una prospettiva europea e mondiale, nel periodo fra giugno 1988 a giugno 1989. La relazione parte dell'analisi delle operazioni finanziarie intraprese dalle prime 1000 imprese industriali delle Comunità Europee e dalle 500 maggiori del mondo, con particolare rilievo a un nucleo specifico di operazioni: acquisizione di partecipazioni maggioritarie, incluso fusioni e assorbimenti; acquisizione di partecipazioni minoritarie e la creazione d'impresе comuni. Tra le conclusioni del suddetto studio, ci si sono distaccati alcuni ritenuti di maggior rilevanza per rendere concreto l'insediamento del movimento transnazionale delle società all'incirca degli anni 1990 e la corrispondente struttura giuridica utilizzata, le quali si riproducono in seguito: 1) la tendenza verso le operazioni fra imprese di Stati membri diversi, anche se le operazioni puramente nazionali rimanevano più numerose; 2) la concentrazione delle operazioni in Francia, Regno Unito e Repubblica federale di

---

<sup>163</sup> Conforme HARM VAN DEN BROEK, op. cit., pp. 126-136.

<sup>164</sup> COMMISSIONE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Programma armonizzazione fiscale del 1967, doc. cit.

<sup>165</sup> Direttiva 2005/19/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005, che modifica la direttiva 90/434/CEE (GU L 58 del 4/3/2005, pag. 19-27).

<sup>166</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Diciannovesima Relazione sulla Politica di Concorrenza: Relazione pubblicata in connessione con la XXIII Relazione generale sull'attività delle Comunità europee, 1989*, Bruxelles-Luxembourg, 1990.

Germania; 3) la prevalenza degli investimenti stranieri in Italia, Irlanda, Portogallo e Spagna, mentre si verificava una proporzione più equilibrata fra capitali esteri e nazionali nei grandi Stati membri; 4) la prevalenza di fusioni in Francia e delle operazioni di acquisizione del controllo nei Paesi bassi; 5) la preferenza dalle imprese giapponesi in investire in Europa attraverso la creazione d'impresе comuni con le imprese comunitarie, al passo che, la tendenza delle società nord-americane in acquisire direttamente partecipazione in società europee. Ancora, è da distaccare una sesta conclusione, forse la più importante: tra l'universo di operazioni realizzate nel settore industriale, le preponderanti erano l'acquisto delle partecipazioni maggioritarie - abili a garantire all'investitore l'acquisto di controllo delle società nazionali - e le fusioni e assorbimenti. La tabella<sup>167</sup> che segue illustra tutto ciò che è stato detto, mediante l'indicazione di settori, operazioni e tipologia (nazionale, transnazionale/comunitaria o internazionale):

**TABELLA 6**

**Operazioni nazionali, comunitarie e internazionali di acquisizione di partecipazioni di maggioranza e di fusione-incorporazione (a), di acquisizione di partecipazioni di minoranza (b) e di creazione di imprese comuni (c) nella Comunità, nel 1988-1989**

Settori	Operazioni nazionali <sup>(1)</sup>			Operazioni comunitarie <sup>(2)</sup>			Operazioni internazionali <sup>(3)</sup>			Totale			Totale generale
	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	
Industria	233	102	56	197	37	36	62	20	37	492	159	129	780
Distribuzione	53	8	7	4	6	4	1	8	3	58	22	14	94
Banche	51	32	11	16	20	6	16	11	7	83	63	24	170
Assicurazioni	15	9	8	8	13	5	10	7	3	33	29	16	78
<b>Totale</b>	<b>352</b>	<b>151</b>	<b>82</b>	<b>225</b>	<b>76</b>	<b>51</b>	<b>89</b>	<b>46</b>	<b>50</b>	<b>666</b>	<b>273</b>	<b>183</b>	<b>1122</b>

Fonte: Dati raccolti dalla Commissione nella stampa specializzata.

<sup>(1)</sup> Operazioni fra imprese dello stesso Stato membro.

<sup>(2)</sup> Operazioni fra imprese di Stati membri diversi.

<sup>(3)</sup> Operazioni fra imprese di uno Stato membro e di un paese terzo aventi un effetto sul mercato comunitario.

L'analisi delle conclusioni 2, 3 e 4 in comparazione con i dati relativi al numero di operazioni nazionali e comunitarie concernenti l'acquisto di partecipazioni maggioritarie nell'industria, incluso le operazioni di fusioni e assorbimento, (dato "a"), rispecchia la struttura normativa delle operazioni di

<sup>167</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Diciannovesima Relazione*, op. cit., p. 224.

riorganizzazione societaria all'interno dell'Europa, nel periodo immediatamente anteriore all'implemento del mercato comune europeo. Cioè, le operazioni alla fin fine si realizzavano in ambito nazionale, giacché la riorganizzazione societaria transfrontaliera trovava degli ostacoli importanti di ordine sia societaria, sia tributaria. Per riassumere le restrizioni di natura societaria, è valido richiamare l'articolo scritto da Mario Burgio, nel 1991<sup>168</sup>, secondo cui la metà degli ordinamenti giuridici degli Stati membri della Comunità Economica Europea - CEE, o non ammetteva, assolutamente, la realizzazione di fusioni internazionali (la Germania n'è esempio), oppure appena prevedeva un certo grado di apertura all'assorbimento di società estere dalla parte delle società nazionali (Belgio, Francia, Lussemburgo, Portogallo e Spagna). Mentre, per ragioni culturali, altri tre paesi (Olanda, Irlanda e Regno Unito) non utilizzavano del tutto l'istituto della fusione e, in conseguenza, le operazioni nazionali o internazionali s'implementavano tramite l'acquisto di partecipazioni societarie, scambio di azioni, conferimento di attivo. Un grado maggiore di apertura, si trovava in Danimarca e in Grecia, che ammettevano, sempre che si rispettassero le condizioni stabilite nella legge, sia l'assorbimento di società estere dalla parte delle società nazionali, sia l'assorbimento di società nazionali dalla parte di società estere. E per fine, in Italia, la giurisprudenza aveva appena confermato la possibilità di realizzazione di fusioni fra società italiane ed estere.

Inoltre, incrociando le due analisi precedenti e approfondendone le conclusioni, si apre il panorama su cui il legislatore comunitario ha lavorato per concepire la direttiva fiscale 90/434/CEE (fusione fiscale), il regolamento CE 2157/2001<sup>169</sup> (statuto della società europea), e la direttiva societaria 2005/56/CE<sup>170</sup> (fusione transfrontaliera). Il fatto che nei grandi Stati membri, come la Francia e la Germania, il finanziamento della ristrutturazione produttiva si basasse maggiormente in capitali nazionali e che in Francia il numero di operazioni di fusioni nazionali superasse le altre forme di transazioni, giustificava la scelta normativa di suddetti paesi in restringere l'utilizzazione della fusione e della scissione quali strumenti per unire società nazionali a

---

<sup>168</sup> MARIO BURGIO, op. cit. pp. 1323-1324.

<sup>169</sup> Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della società europea (GU L 294 del 10.11.2001, pag. 1-21),

<sup>170</sup> Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della società cooperativa europea (GU L 207 del 18.8.2003, pag. 1-24)

società estere. Dall'altra parte, poiché in Italia, il finanziamento si dava, preponderatamente attraverso l'IDE, l'ordinamento giuridico nazionale, attraverso l'attuazione dottrinale e giurisprudenziale, ha trovato una via di apertura verso la realizzazione della fusione internazionale. Dal punto di del Regno Unito, la preponderanza di operazioni di "acquisizione di partecipazioni maggioritarie" sulle altre, combinata con il volume di operazione avvenute in quello Stato, confermava l'attitudine culturale del paese verso le operazioni di acquisto di controllo societario<sup>171</sup>.

Insomma, il legislatore dell'Unione si è incentrato su un nucleo di operazioni cui realizzazione transfrontaliera, in quel momento, faceva emergere delle conseguenze fiscali tali da inibire per completo la loro avvenuta.

### **3.3.2 La neutralità fiscale**

Come si è avuta occasione di rimarcare nel primo capitolo, paragrafo 1.3, la neutralità fiscale del regime fiscale comune si fonda su un criterio funzionale, che nella redazione della seconda considerazione della direttiva 2009/133/CE si riassume nell'obiettivo di "*consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato interno, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale*". In decorrenza, la neutralità fiscale s'applica indistintamente alla categoria generale di riorganizzazione societaria, indipendentemente della natura giuridica o profili fiscali delle operazioni.

In linee generali, la tecnica utilizzata dalla direttiva per assicurare l'applicazione di regole fiscali neutre nel riguardo della concorrenza all'atto delle operazioni ricoperte dal regime comune consiste in un differimento dell'imposizione fiscale sulle plusvalenze. In altre parole, il predicato "neutralità fiscale" si riferisce al regime fiscale comune e non alla natura delle operazioni, poiché la direttiva assume che le fattispecie societarie ricoperte sono idonee a far emergere delle plusvalenze, per di seguito, determinare il differimento della rispettiva imposizione fino al momento della loro effettiva realizzazione. Il godimento del beneficio del differimento, tuttavia, si condiziona al compimento

---

<sup>171</sup> MICHAEL CHIA E ANDREW TODD, op. cit., p. 4.

di una serie di requisiti, istituiti in tutela degli interessi finanziari degli Stati ed informanti l'applicazione dell'intero regime. Fra altri, si può citare come esempio l'esigenza di far i beni della società conferente, acquisita o cui sede sociale si in una stabile organizzazione residente nel territorio dello Stato membro della società conferita, acquisita o cui sede sociale si trasferisce a un altro Stato membro.

La scelta normativa del legislatore dell'UE è consonante con la necessità di riguardare la sovranità fiscale degli Stati membri e di stabilire il riparto del potere impositivo degli Stati membri piuttosto di promuovere l'armonizzazione dell'imposizione sul reddito delle società. Per esempio, la direttiva non determina le regole per il computo delle plusvalenze emerse all'atto della riorganizzazione societaria transfrontaliera. Anzi, soltanto determina lo spostamento del momento in cui l'imposizione fiscale occorrerà, cioè, quando dell'effettivo realizzo delle plusvalenze, a patto che la continuità del valore fiscale dei beni sia assicurata dalla confluenza del patrimonio della società conferente in una stabile organizzazione della società conferita nel territorio dello Stato della prima. Lo stesso si riproduce nel trattamento delle perdite fiscali e nel computo degli accantonamenti o riserve in franchigia d'imposta.

### **3.3.3. La stabile organizzazione**

La conversione della società conferente in una stabile organizzazione della società conferita nello Stato della prima, è una finzione giuridica creata dal legislatore dell'Unione europea per rendere possibile l'adozione di un regime fiscale comune da applicarsi alle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera. La stabile organizzazione rappresenta uno dei meccanismi di amalgama fra la non-imposizione fiscale all'atto dell'operazione e la salvaguardia del potere impositivo dello Stato membro della società conferente quando della realizzazione futura degli utili e delle plusvalenze maturati nel suo territorio e ancora latenti all'atto dell'operazione. In una breve sintesi, nella direttiva fusione fiscale, la stabile organizzazione funziona come uno degli elementi di equilibrio fra l'attuazione del principio di neutralità fiscale e il principio di territorialità fiscale.



Nel periodo in cui la direttiva fusione fiscale è stata concepita e discussa, fra la fine degli anni sessanta e l'inizio dei novanta, la stabile organizzazione era l'unica soluzione attendibile per differire gli effetti fiscali decorrenti del "trapasso" del patrimonio societario di uno Stato membro ad altro, fino all'effettiva realizzazione degli utili e delle plusvalenze ancora latenti all'atto dell'operazione.

Si ricordi che in sede dell'Unione europea, a quel tempo, la direttiva sulla fusione transfrontaliera e i regolamenti sulla società europea e la società cooperativa europea ancora si trovavano in discussione e, quindi, pendenti di adozione. Di che, dalla prospettiva del diritto delle società, la realizzazione transfrontaliera della fusione, della scissione, benché del trasferimento di sede di qualsiasi società dava luogo all'imposizione fiscale, nel momento dell'operazione, in base alla presunzione dell'estinzione e della successiva liquidazione della società conferente. E quando tali limiti non decorrevano del diritto delle società, come negli Stati membri in cui si adottava la teoria societaria dell'incorporazione, era la legge tributaria a imporlo<sup>172</sup>.

Siccome la direttiva ha conferito una definizione propria per le fattispecie societarie ricoperte, applicando la formula "scioglimento senza liquidazione" per la fusione e la scissione transfrontaliere, per gli Stati membri era imprescindibili trovare una soluzione giuridica capace di condizionare la realizzazione dell'operazione al collegamento del patrimonio societario della società conferente al suo Stato membro di origine. Il ricorso alla figura della stabile organizzazione, ove far confluire ai valori fiscali, gli elementi d'attivo e di passivo della società conferente, è stato la pietra angolare per convincere gli Stati membri ad accettare l'attuazione della neutralità fiscale a livello transfrontaliero, poiché fattore di risguardo di loro interesse finanziario e premessa del giusto riparto del potere impositivo fra gli Stati membri delle società coinvolte nell'operazione.

La soluzione che appariva semplice nella concezione si è rivelata estremamente complessa nell'esecuzione. Il primo problema decorre della

---

<sup>172</sup> Si pensi alla causa C-81/1987, DAILY MAIL. Ai sensi della legge societaria, il trasferimento della sede di direzione effettiva non operava l'estinzione della società. Tuttavia, dal fatto che la direzione effettiva era il criterio di collegamento fiscale al territorio, il suo trasferimento faceva venir meno il vincolo territoriale, dando luogo all'imposizione fiscale.

mancata definizione di “stabile organizzazione” nel testo della direttiva. Non di rado la dottrina ci si è domandata se il concetto di stabile organizzazione nella direttiva si dovesse desumere del modello di convenzione dell’OCSE oppure della legislazione nazionale. Evidentemente, l’assenza di definizione della stabile organizzazione nella direttiva ha autorizzato gli Stati membri a ampliare o a ridurre il contenuto del concetto del riferito istituto societario in rapporto allo standard internazionale<sup>173</sup>.

Nella ricerca di chiarire la questione, la dottrina fa spesso riferimento<sup>174</sup> alla prima proposta di direttiva presentata dalla Commissione al Consiglio nel 16 gennaio 1969<sup>175</sup> la quale in un apposito allegato, tracciava la definizione del concetto di stabile organizzazione. I primi sei paragrafi dell’allegato contenevano una definizione dell’istituto in linea con il modello di convenzione dell’OCSE del 1963. Invece, il settimo paragrafo si discostava del modello OCSE, e attribuiva a qualsiasi impianto, dove confluissero contabilmente i beni della società conferente per occasione di una fusione di una scissione o di un conferimento d’attivo a livello transfrontaliero, senza necessariamente vincolare un’attività produttiva, tal come specificato nel paragrafo primo:

PROPOSTA DI DIRETTIVA, COM (1969) 5, DEL 16 GENNAIO DEL 1969

(ALLEGATO)

DEFINIZIONE DELLO STABILIMENTO PERMANENTE

1. Ai sensi della presente direttiva l'espressione “stabilimento permanente” indica un impianto fisso nel quale una società svolge, in tutto o in parte, la sua attività.

---

<sup>173</sup> ANDREA CARINCI, op. cit., p. 529 osserva che intanto sembrasse logico che il concetto di stabile organizzazione nella direttiva fosse ricostruito a partire dall’elaborazione dell’istituto in sede OCSE, l’assenza di indicazione nella direttiva ha dato avvio a che alcuni Stati membri elaborassero un concetto più rigoroso di quello OCSE per l’integrazione di una stabile organizzazione a livello nazionale: “*in particolare, laddove si richiede che nel Paese della conferente rimanga un’azienda o complesso aziendale che, come noto, è molto più di quanto comunemente non si richieda per integrare una stabile organizzazione (si veda, ad esempio, il caso dell’Italia, in tema di scissioni)*”.

<sup>174</sup> GIUSEPPE MARINO, Profili fiscali delle riorganizzazioni d’imprese con elementi di ultraterritorialità, Dir. Prat. Trib, 1993, pp. 2104-2105: “*Nella definitiva versione della direttiva, invece, non solo non si specificano quale siano esattamente gli elementi d’attivo e passivo, ma soprattutto non si chiarisce se per la definizione di stabile organizzazione si debba far riferimento all’art. 5 del Modello di Convenzione dell’OCSE del 1992, ovvero si debba far riferimento alla legislazione interna o convenzionale di ogni singolo Stato membro.*”; HARM VAN DEN BROEK, op. cit. p. 130.

<sup>175</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Proposta di direttiva sul regime fiscale comune relativo alle fusioni, scissioni e conferimenti di attivi concernenti a società di diversi Stati membri, COM (1969) 5, del 16 gennaio del 1969 (GU C 39 del 22/3/1969, pag. 1-6).

7. Con l'espressione "stabilimento permanente" si indica inoltre qualsiasi impianto a cui siano riferiti dal punto di vista contabile i beni della società conferente a seguito di una fusione, di una scissione o di un conferimento di attivo. (sottolineatura nostra)

Intanto l'allegato e la rispettiva definizione di stabile organizzazione siano stati poi ritirati del testo della direttiva nel processo di negoziazioni, l'approccio apportato nella prima proposta di direttiva del 1969 conferisce un'importante chiave di lettura delle questioni lasciate irrisolte nella versione che è stata adottata in 1990.

La più importante, forse, è la conferma di che la figura della stabile organizzazione introdotta dalla direttiva trae origine nel modello di convenzione dell'OCSE. Tuttavia, in ragione della particolare funzione attribuita all'istituto nell'ambito del regime fiscale comune, esso ha sofferto alcune deviazioni del modello internazionale originale. Cosicché se da un lato si possa affermare che la stabile organizzazione è, di fatto, un istituto di diritto tributario internazionale, dall'altro non si deve dimenticare che esse viene accolto e trasformato dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, per compiere la funzione di elemento di controllo, condizionante dell'applicazione della neutralità fiscale e garante dell'interesse impositivo degli Stati membri.

Nel processo di trasformazione dell'istituto in sede dell'Unione, la prima deviazione del modello OCSE riguarda l'effetto insito alla nozione di stabile organizzazione desumibile del diritto tributario internazionale<sup>176</sup>, cioè, limitare il potere impositivo dello Stato ove essa si incontra (Stato della fonte) sugli elementi reddituali emersi delle attività imprenditoriali intraprese entro il territorio di questo Stato<sup>177</sup>. Ora, anche se giustificata da quanto detto in precedenza, tale logica viene rovesciata quando, ai sensi del regime fiscale comune della direttiva, lo Stato membro della stabile organizzazione ha il diritto

---

<sup>176</sup> HARM VAN DEN BROEK, op. cit. p. 131.

<sup>177</sup> OECD Model Convention (2010), articolo 7 (business profits), par. 2: "For the purposes of this Article and Article [23A] e [23B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise."

di esercitare, oltre al modello normale, il suo potere impositivo sugli utili e sulle plusvalenze, ora appartenenti alla società conferita, però maturate in capo alla società conferente nel momento anteriore all'apporto dei corrispettivi elementi d'attivo e di passivo nella stabile organizzazione della società conferita. Ciò evidenzia la scelta di valorizzare i criteri temporali e territoriali per determinare il giusto riparto del potere impositivo degli Stati membri, giacché la maturazione degli utili e delle plusvalenze si è verificata nello Stato della società conferente.

L'altro esempio chiaro di discostamento dello standard internazionale si estrae dalla comparazione del contenuto del paragrafo settimo con il paragrafo primo, entrambi dell'allegato. Mentre il paragrafo primo fa riferimento a un'attività a essere svolta, il paragrafo settimo determina che il mero registro contabile degli elementi d'attivo e di passivo della società conferente in un qualsiasi impianto, a seguito dell'atto di una fusione, di una scissione o di un conferimento di attivo, creava la presunzione legale dell'esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato membro della società conferente, a prescindere dell'esercizio di qualsiasi attività economica corrispondente. Dove ricavare che la proposta del 1969 considerava valida e attendibile la possibilità di che tramite un'operazione di riorganizzazione societaria le società coinvolte decidessero delocalizzare parte o l'intera attività produttiva di uno Stato membro all'altro, con la corrispettiva rimozione fisica degli attivi patrimoniali materiali (immobilizzazioni materiali) affetti. Tale assertiva viene confermata da HARM VAN DEN BROEK, in base alle note esplicative della Commissione (COM (1969) 5, *Explanatory Memorandum*, p. 5), quando afferma che la proposta della direttiva partiva dal presupposto di che il valore delle riserve in franchigia d'imposta relative agli elementi patrimoniali materiali non era tanto significativo da ostacolare il loro spostamento transfrontaliero<sup>178</sup>.

Purtroppo, le definizioni che chiarivano il contenuto dell'espressione "stabile organizzazioni" e la tornavano una misura meno restrittiva, di quanto ora, all'esercizio della libertà di stabilimento transfrontaliero delle società all'interno del mercato unico, sono state eliminate durante il processo di

---

<sup>178</sup> HARM VAN DEN BROEK, op. cit. p. 130: "The draft assumes that assets which are physically carried abroad do not contain large hidden reserves".

discussione della direttiva. La mancanza di tali definizioni nel testo ha lasciato il compito di precisare il contenuto dell'istituto all'arbitrio degli Stati membri, in detrimento di una soluzione comune e consonante con gli obiettivi della direttiva.

Non per caso che quando si analizza la direttiva, la prima domanda che ci si presenta è “cosa s'intende per stabile organizzazione?”, e la seconda “la mera presenza di un ufficio dove eseguire il registro contabile dei beni della società conferente configura una stabile organizzazione?”. Il non trattamento del tema nell'ambito della direttiva ha permesso che ogni Stato membro stabilisse le proprie regole per determinare l'esistenza di una stabile organizzazione nel suo territorio, aggiungendo dei requisiti oltre ai necessari a preservare il potere impositivo sugli utili e le plusvalenze latenti.

Dall'interpretazione che ANDREA CARINCI, seguendo le indicazioni della dottrina, secondo la quale soltanto si possa considerare come “effettivamente connessi” a una stabile organizzazione gli elementi in essa confluiti che siano *“inseriti nel relativo ciclo fiscale, per divenire elementi produttivi di componenti di reddito in capo alla stessa”*<sup>179</sup>, si può estrarre un indizio di che la figura della stabile organizzazione della direttiva presuppone la continuità dell'esercizio d'impresa della società conferente. Nella stessa linea, HARM VAN DEN BROEK<sup>180</sup> sostiene che il concetto di stabile organizzazione nella direttiva richiede, necessariamente, la connessione materiale degli elementi patrimoniali e la continuità dell'attività produttiva, trovandone giustificativa nel disposto nella seconda parte del paragrafo 2, lett. (b), dell'articolo 4: *“[elementi d'attivo e di passivo] che concorrono alla formazione dei risultati presi in considerazione ai fini della determinazione della base imponibile delle imposte.”*. L'autore rileva che la dottrina maggioritaria non dedica particolare attenzione a questo brano del secondo paragrafo, interpretandolo come parte integrante del concetto di stabile organizzazione. Ogni possibile questionamento sul tema viene risolto dal documento di lavoro della Commissione europea del 2001, sull'imposizione fiscale delle società nel mercato comune. La Commissione, anche se indirettamente, conferma l'idea di che il concetto di stabile organizzazione nella

---

<sup>179</sup> ANDREA CARINCI, op. cit. p. 530.

<sup>180</sup> HARM VAN DEN BROEK, op. cit. pp. 206-207.

diretta richiede non solo la confluenza del patrimonio ma anche la continuità dell'attività economica anche se indirettamente, quando critica il fatto di che le operazioni di fusioni o di scissioni che danno causa alla cessazione dell'attività produttiva della società conferente non stiano ricoperte dal regime fiscale comune. Inoltre, il riferito documento appunta altri esempi in cui il concetto restrittivo di "stabile organizzazione" adottato nel testo della direttiva lascia all'infuori del campo di applicazione del regime fiscale comune, operazioni di fusioni e di scissioni, che per loro natura impediscono la manutenzione di una stabile organizzazione (economicamente attiva) nello Stato della società conferente<sup>181</sup>. La Commissione assume che la non inserzione di talune operazioni nel campo di attuazione della direttiva si deva alla difficoltà di garantire l'interesse finanziario dello Stato membro della società conferente, quando nessuna attività o patrimonio rimanga collegato al suo territorio dopo dell'avvenimento dell'operazione. Però, già nel 2001, la Commissione ha suggerito misure sostitutive al requisito della stabile organizzazione, altrettanto abili a garantire l'interesse finanziario degli Stati membri, e meno intralcianti alla riorganizzazione societaria transfrontaliera<sup>182</sup>; pur cosciente di che la proposta avrebbe potuto sembrare radicale e, in certo modo, richiedere un cambiamento paradigmatico nel trattamento della disciplina. In ragione dell'argomento che si svilupperà più avanti, si ritiene conveniente fare un breve riassunto dell'alternativa proposta in sostituzione alla permanenza della stabile organizzazione, la quale che prevedeva il seguente meccanismo: *i.* il differimento dell'imposizione fiscale sulle plusvalenze, tal come già previsto nel regime fiscale comune della direttiva; seguito *ii.* dall'emendamento della direttiva per accogliere tale differimento e stabilire i requisiti connessi; *iii.* dell'esigenza di dichiarazioni specifiche; *iv.* della certificazione delle autorità fiscali dello Stato membro della società beneficiaria attestando le dichiarazioni e il rispettivo ricevimento del patrimonio; *v.* lo sviluppo di meccanismi specifici di assistenza mutua amministrativa e di recupero del credito fiscale per garantire

---

<sup>181</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market*, doc. cit. p. 233: "The Directive does not cover: [...] mergers and divisions which do not involve the creation of a permanent establishment in the Member State of the transferring company (mergers or divisions of holding companies, mergers or divisions following cessation of business in the Member State of the transferring company)."

<sup>182</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market*, doc. cit. p. 332.

l'imposizione fiscale e la riscossione al momento della realizzazione della plusvalenza<sup>183</sup>.

È passato più di un decennio senza che la soluzione proposta dalla Commissione fosse implementata attraverso l'emendamento della direttiva. Considerando il conflitto fra la proposta della Commissione e gli interessi di politica tributaria degli Stati membri, benché la regola di deliberazione all'unanimità nel Consiglio, sembra poco fattibili che un tale emendamento sia accolto in sede legislativa. A meno che gli interventi della Corte di giustizia nella materia diventino più frequenti e gli Stati membri ritengano meno "dannoso" arrivare a un consenso in sede del Consiglio. Fatto sta che nello stadio attuale di sviluppo dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, l'esigenza della manutenzione di una stabile organizzazione della società beneficiaria nel territorio dello Stato membro della società conferente potrebbe rappresentare una restrizione alla libertà di stabilimento non proporzionale all'obiettivo perseguito, quale sia, la salvaguardia degli interessi finanziari degli Stati membri.

Invero, prescindendo del contesto storico in cui la direttiva fusione fiscale è stata discussa e adottata e, considerando che gli obiettivi principali del regime comune europeo sono *"porre in essere nella Comunità condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e garantire in tal modo il buon funzionamento del mercato interno"* e *"eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno, quali la duplice imposizione"*<sup>184</sup>, il requisito di permanenza di una stabile organizzazione per dar attuazione alla regola di neutralità fiscale concernente operazioni transfrontaliere causa perlomeno estraneità, perché incompatibili con tali desiderati. Sia perché sua applicazione ha per effetto l'istituzione di un trattamento differenziato fra le operazioni nazionali e le operazioni

---

<sup>183</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market*, doc. cit. p. 332: *"It should, however, be possible to deal with this problem by deferring the taxation of the capital gains under the conditions put by the directive and keep, at the same time, the financial claim of the Member State in question. This would of course imply amending the Directive in order to take into account the fact that all taxable activities or assets literally disappear in the State that defers taxing the capital gains. Such a new, innovative scheme could include specific declaration requirements. These could be certified by the authorities of the Member State receiving the assets in question and show that the assets bear the tax liability and have not been sold. Thus, a transfer of assets implying the deferral of capital gains taxation would require appropriate mechanisms of mutual assistance in the administration and the recovery of the tax claim in order to make sure that the Member State of the originally transferring company effectively collects the tax when the assets are sold or transferred."* (sottolineature nostre)

<sup>184</sup> Direttiva 2009/133/CE, seconda e quattordicesima consideranda.

transfrontaliere. Sia perché oggi giorno gli Stati membri avrebbero la possibilità di utilizzare, più agevolmente di prima, il meccanismo alternativo proposto dalla Commissione per far garantire l'imposizione fiscale sulle plusvalenze inerenti ai beni della società conferente, all'atto della loro realizzazione futura in capo alla società beneficiaria.

Sembrerebbe utile riflettere su un caso portante alla cessazione dell'attività produttiva nello Stato membro della società conferente in ragione di un'operazione transfrontaliera e comparare i suoi effetti fiscali a quelli decorrenti di un'operazione di ambito nazionale. Si pensi a una fusione tra società per azioni stabilite in Stati membri diversi, cui motivo principale sia razionalizzare l'attività economica, mediante la concentrazione della totalità della produzione nello Stato membro della società beneficiaria. Si ammetta che entrambi Stati membri abbiano recepito nel suo ordinamento nazionale le direttive di armonizzazione del diritto delle società riguardanti la fusione nazionale (direttiva 78/855/CEE) e la fusione transfrontaliera (direttiva 2005/56/CE), in modo che sia possibile per le società nazionali qualificate realizzare operazioni di fusione. Come si è rimarcato prima, il fatto che la società conferente ponga fine alla sua attività economica e trasferisca fisicamente gli impianti, i macchinari, le attrezzature industriali e commerciali, necessarie alla consecuzione dell'attività produttiva nell'altro Stato membro, non le permette qualificarsi al godimento del regime fiscale comune, per non compiere i requisiti previsti nella direttiva per trasformarsi in una stabile organizzazione della società beneficiaria. Ora, se l'operazione di fusione fosse realizzata fra società residenti fiscalmente nello stesso Stato membro, la cessazione dell'attività economica della società conferente non richiederebbe la confluenza dei beni in una stabile organizzazione della società beneficiaria e, quindi, la società beneficiaria potrebbe valersi della neutralità fiscale sancita dal regime fiscale comune; sempre che riferito Stato membro avessi esteso il regime fiscale comune alle operazioni nazionali quando della trasposizione della direttiva<sup>185</sup>.

Un altro esempio ancora per mettere in luce la problematica decorrente dell'attuazione della condizionante "stabile organizzazione" della direttiva. In

---

<sup>185</sup> ANDREA CARINCI, op. cit. pp. 519-520 osserva che nella maggior parte degli Stati membri la disciplina interna delle operazioni di riorganizzazione societaria si è conformata alla direttiva, "per evitare discriminazioni tra i due regimi, e quindi il rischi di censure sul piano comunitario o interno".



questo caso considerando che le operazioni si qualificano al regime fiscale comune in virtù della permanenza di una stabile organizzazione della società beneficiaria nello Stato membro della società conferente. Si considerino le stesse operazioni di fusione summenzionate. Una prima fra società di Stati membri diversi, dove la società beneficiaria agisce nello Stato membro della società conferente sotto la forma di sussidiaria. In base al concetto di stabile organizzazione desumibile dalla convenzione modello OCSE, la sussidiaria della società beneficiaria di per sé non sarebbe considerata quale stabile organizzazione<sup>186</sup>. Allora, a seconda dell'ordinamento nazionale, molto probabilmente sarebbe necessario istituire una stabile organizzazione, anche se in parallelo alla sussidiaria, apposta al fine di far confluire i beni della società conferenti e mantenere un'attività produttiva collegata a questa unità per usufruirsi del beneficio della neutralità fiscale. Invece, nel caso della stessa operazione realizzata fra società residenti fiscalmente nello stesso Stato membro, gli elementi patrimoniali confluirebbero direttamente alla società beneficiaria, senza porsi in essere la questione della stabile organizzazione.

Indipendente del modo in cui ogni Stato membro indirizzerà la problematica della stabile organizzazione, adottando i criteri della convenzione modello OCSE oppure creando regole proprie di portata eminentemente nazionale, fatto sta che tale requisito s'impone soltanto alla realizzazione delle operazioni di carattere transfrontaliere, venendo meno quando le operazioni si realizzano fra società appartenenti a un unico Stato membro.

Di pronto dagli esempi proposti si possono osservare due conseguenze riconducibili all'idea di *"restrizione, svantaggi e distorsioni particolari derivanti, in particolare, dalle disposizioni fiscali degli Stati membri"*<sup>187</sup>. La prima, al momento dell'operazione e decorrente della possibile discriminazione delle società in base alla loro nazionalità, cioè, quando per le operazioni fra società nazionali non si esige la manutenzione di una stabile organizzazione, mentre se

---

<sup>186</sup> OECD (2012) *Model Tax Convention on Income and Capital 2010 (updated 2010)*, OECD Publishing, Articolo 5, par. 7: *"The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other."*

<sup>187</sup> Direttiva 90/434/CEE, secondo considerando. Vale osservare il riscontro di valori all'interno della propria direttiva, ove considerare che l'esigenza della stabile organizzazione rappresenterebbe allo stesso tempo una condizionante per l'applicabilità della neutralità fiscale, benché una intralcio riconducibili all'idea restrizione indiretta all'esercizio della libertà di stabilimento.

lo esige per le operazioni realizzate fra società di Stati membri diversi. La seconda, a sua volta, riguardante il momento posteriore all'operazione incidendo sul trattamento fiscale applicato sugli elementi reddituali derivanti del normale esercizio dell'attività di impresa. Nel secondo esempio, se l'attività della società estera nello Stato della società conferente si dividesse fra una società figlia (sussidiaria o controllata) e una stabile organizzazione, la differenza di forma societaria potrebbe determinare l'applicazione di trattamenti fiscali distinti, risultando in un carico fiscale più oneroso sulla stabile organizzazione, in particolare con riferimento alla deducibilità delle perdite e l'eliminazione della doppia imposizione.<sup>188</sup>

In conformità a tutto finora disposto e considerando lo stato attuale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, specialmente in riguardo allo sviluppo apportato dalla giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea al tema della libertà di stabilimento in materia di riorganizzazione societaria transfrontaliera, ci si propone valutare se la "condizionante" stabile organizzazione prevista nella direttiva fusione fiscale (direttiva 2009/133/CE) potesse essere compatibile con la libertà di stabilimento sancita dai trattati.

Il percorso argomentativo seguirà la *tipica struttura binaria*<sup>189</sup> adottata dalla Corte giustizia nella valutazione di una supposta restrizione alle libertà fondamentali, cioè, l'accertamento dell'esistenza della restrizione e in seguito, di una causa ragionevole per giustificarla.

Innanzitutto, non è eccessivo ricordare che l'inserimento delle operazioni di fusioni transfrontaliere società per azioni nell'ambito della libertà di stabilimento trova il suo fondamento di validità nella pronuncia dalla Corte di

---

<sup>188</sup> L'articolo 13 della proposta di direttiva del 1969, statuiva un divieto di discriminazione fra la sussidiaria domestica e la stabile organizzazione della società estera: "*Le modalità di imposizione di uno stabilimento permanente che una società soggetta alla legislazione di uno Stato membro abbia in un altro Stato membro, non devono comportare per tale stabilimento permanente un onere fiscale maggiore di quello che avrebbe sopportato una società soggetta alla legislazione di questo altro Stato e svolgente la medesima attività.*" Nello stesso senso, si veda HARM VAN DEN BROEK, op. cit. p. 133; ANDREA CARINCI, op. cit. p. 530. Per un'analisi dettagliata della problematica delle perdite e della doppia imposizione, si veda COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market*, doc. cit., capitoli quarto e sesto.

<sup>189</sup> PIETRO BORIA, op. cit. p. 137.

giustizia nel caso SEVIC<sup>190</sup>, ove essa riconosce le operazioni di fusione transfrontaliere quale modalità di esercizio della libertà di stabilimento.

Fatte queste considerazioni iniziali, si pensi alla situazione descritta nel primo esempio summenzionato. Si ricordi da quanto disposto che le operazioni di fusione transfrontaliere, che implicino la cessazione dell'attività economica nello Stato membro della società conferente non vengono ricoperte dalla direttiva fusione fiscale, per forza del suo non adeguamento al requisito disposto nell'articolo 4, paragrafo secondo, lett. (b), seconda parte. In conseguenza, l'avvenimento di una tale fusione dà luogo all'imposizione fiscale immediata sugli elementi reddituali (plusvalenze, utili, perdite) relativi alla società conferente, equivalente a un'imposizione fiscale all'uscita.

Inoltre, occorre distaccare che intanto la direttiva abbia previsto il requisito della stabile organizzazione quale condizionante al godimento del regime fiscale comune, non l'ha regolata in maniera esauriente, poiché la situazione summenzionata si trova all'infuori del suo campo di applicazione. Cosicché, anche dinanzi l'esistenza della direttiva, la compatibilità di una possibile norma nazionale che determini l'imposizione fiscale all'atto della realizzazione di un'operazione di fusione fra società per azioni di Stati membri diversi, potrà essere afferita direttamente con il diritto primario, anziché esclusivamente in rapporto alla direttiva di "armonizzazione"<sup>191</sup>.

Il criterio di comparazioni per afferire l'esistenza della restrizione in ragione della differenza di trattamento fiscale conferito alle operazioni di fusioni nazionali e alle fusioni transfrontaliere si allinea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nella causa SEVIC<sup>192</sup>, ove la disparità di viene valutata esattamente in base al distinto trattamento tra una fusione

---

<sup>190</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sent. cit., punto 19: *"Le operazioni di fusione transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Esse costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 CE."*

<sup>191</sup> In questo senso, THOMAS PAPADOPOULOS, op. cit., p. 541: *"When the EU legislature adopts full harmonisation, national measures must be examined in the light of the provisions of the harmonising instrument and not of the fundamental freedoms. Notwithstanding this rule, exceptions apply to cases where a directive only determines a minimum standard and Member States can adopt stricter provisions. In these latter cases, the implementing provisions are scrutinised on the basis of the Treaty provisions on the fundamental freedoms."*

<sup>192</sup> Causa C-411/2003, SEVIC SYSTEMS AG, sent. cit., punto 14: *"Ne deriva una disparità di trattamento, in Germania, tra le fusioni interne e quelle transfrontaliere"*.

nazionale e una fusione transfrontaliera, conferito dalla legge di uno Stato membro<sup>193</sup>. Cosicché si considera che l'imposizione fiscale immediata sugli elementi reddituali della società conferente, all'atto della realizzazione di una fusione transfrontaliera, che implichi nella cessazione dell'attività economica nello Stato membro di uscita, deva essere considerata una restrizione all'esercizio alla libertà di stabilimento, giacché in un'operazione analoga fra società residenti fiscali di uno stesso Stato membro la cessazione dell'attività economica della società conferente non darebbe luogo a tale l'imposizione fiscale immediata. Di una tale situazione rimane evidente che il non differimento dell'imposizione fiscale fino all'effettiva realizzazione degli utili e delle plusvalenze, anticipandola al momento dell'operazione, rappresenta un elemento che causa uno svantaggio finanziario tale da scoraggiare l'esercizio di un'attività imprenditoriale transfrontaliera.

In materia fiscale, la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo si desume dalla sentenza nella causa NATIONAL GRID INDUS<sup>194</sup>, è costante ai sensi di accertare l'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento ogniqualvolta una misura ne vieti, ne ostacoli o ne scoraggi l'esercizio.

La restrizione, però, si giustificerebbe nel fatto che la cessazione delle attività della società conferente e il trasferimento materiale degli elementi d'attivo e di passivo a un altro Stato membro determinano, necessariamente, la perdita di collegamento di tale patrimonio con il territorio dello Stato membro di partenza, entro il quale le plusvalenze e gli utili si sono maturati. Essa giustificativa potrebbe inserirsi in qualsiasi dei tre motivi d'interessi generali che, secondo BEN TERRA E PETER WATTEL<sup>195</sup>, ammessi dalla giurisprudenza della Corte purché una misura restrittiva dalla parte degli Stati membri sia considerata compatibile con le libertà tutelate dai trattati: cioè, la necessità di controllo fiscale effettivo, la salvaguardia della coerenza fiscale e del giusto

---

<sup>193</sup> Si ricordi che prima dell'adozione della direttiva 2005/56/CE la dottrina commentava che tale giudizio di comparabilità per i fini della libertà di stabilimento presupponeva che gli Stati membri avessero regolato perlomeno il diritto delle loro società in realizzare una fusione nell'ambito nazionale. Oggi, tale commentario può estendersi soltanto ai tipi societari non regolate dalla direttiva fusione (societaria), benché al trasferimento della sede di società nazionali. Sul tema si veda, HARM VAN DEN BROEK, op. cit., pp. 105-110; e THOMAS PAPADOPOULOS, op. cit., p. 531.

<sup>194</sup> C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV, sent. cit., punti 36 e 37.

<sup>195</sup> BEN TERRA E PETER WATTEL, op. cit., p. 34.

riparto del poteri impositivo tra gli Stati membri interessati, e la necessità di prevenire l'evasione fiscale.

Le recenti sentenze della Corte in materia di trasferimento societario transfrontaliero<sup>196</sup> e di tassazione all'uscita stano firmando l'orientamento nel senso di accettare i due primi motivi come atti a giustificare le misure restrittive. Invece, in rapporto al terzo motivo, l'evasione fiscale, la giurisprudenza della è da molto costante in rifiutare una presunzione generale di evasione fiscale per giustificare una misura nazionale restrittiva alla libertà di stabilimento<sup>197</sup>.

Tuttavia, in due sentenze chiavi (C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV e C-123/2011, A Oy), coinvolgendo la questione della riorganizzazione societaria transfrontaliera, anche se la Corte stia ritenendo validi i motivi di interesse generale calcate nei criteri di controllo fiscale effettivo, di salvaguardia della coerenza fiscale e del giusto riparto del poteri impositivo, le misure adottate dalle legge nazionali non stanno superando il teste finale della "rule of reason": la proporzionalità in relazione allo scopo perseguito, non eccedendo il quanto necessario per raggiungerlo.

Una situazione simile all'esempio della fusione transfrontaliera con la rispettiva cessazione di attività e il trasferimento dei beni ora in analisi, si trova nella causa NATIONAL GRID INDUS, che versava sull'imposizione sulle plusvalenze latenti relative ad elementi patrimoniali di una società, originate sul territorio di uno Stato membro, nel momento in cui il potere impositivo di tale Stato cessava di esistere in virtù di un trasferimento di sede societaria di una società nazionale. Tale operazione non viene ricoperta nel regime fiscale comune della direttiva. Nella sentenza la Corte ha dichiarato che, nonostante l'imposta di liquidazione finale prevista nella legge dello Stato membro di partenza fosse consone con il principio di territorialità e con la giusta ripartizione delle competenze fiscali, l'esigenza della sua immediata riscossione era da

---

<sup>196</sup> C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV, sent. cit., e C-123/2011, A Oy, sent. cit..

<sup>197</sup> Si veda C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV, sent. cit. punto 84: "*Tuttavia, la mera circostanza che una società trasferisca la propria sede in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di evasione fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato (v., in tal senso, sentenze ICI, cit., punto 26; 26 settembre 2000, causa C-478/98, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-7587, punto 45; 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y, Racc. pag. I-10829, punto 62; 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 27, nonché Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, cit., punto 50).*"

considerarsi sproporzionata alla luce della libertà di stabilimento, poiché disponibili altre misure meno restrittive e idonee per garantire la salvaguardia degli interessi finanziari degli Stati membri<sup>198</sup>.

Al riguardo di suddetta sentenza, il punto, però, più importante per l'analisi dell'esempio della fusione in fuoco ricade sul fatto che la Corte si pronuncia a favore di due possibili misure sostitutive dell'esigenza dell'immediata riscossione dell'imposta sulle plusvalenze latenti in ragione della perdita di collegamento territoriale adoperato dal trasferimento di sede societaria. Fra queste misure, la Corte considera la proposta della Commissione che, in parte, riprende l'alternativa contenuta nel documento di lavoro del 1990, citato in precedenza<sup>199</sup> per sostituire la - mancata - esistenza di una stabile organizzazione in decorrenza della cessazione di attività. Si tratta del meccanismo di differimento dell'imposta all'effettiva realizzazione delle plusvalenze in basi alla presentazione di dichiarazioni specifiche. Tuttavia, in attenzione alle conclusioni dell'avvocato generale, ai sensi che una dichiarazione come la proposta dalla Commissione potrebbe anche rappresentare una restrizione sproporzionata alla libertà di stabilimento, data la complessità dell'individuazione precisa degli elementi patrimoniali in un'operazione transfrontaliera, la Corte soppesando gli argomenti, si pronuncia in favore ad una soluzione alternativa, che si trascrive:

C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV

(sentenza del 29 novembre 2012)

73. Alla luce di ciò, una normativa nazionale che offra, alla società che trasferisce la propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, la scelta tra, da un lato, il pagamento immediato dell'imposta, che crea uno svantaggio in termini finanziari per tale società ma la dispensa da oneri amministrativi successivi, e, dall'altro, il pagamento differito di tale imposta, se

---

<sup>198</sup> C-371/2010, NATIONAL GRID INDUS BV, sent. cit. punto 85: "Da quanto precede risulta quindi che è sproporzionata una normativa di uno Stato membro, come quella di cui alla causa principale, che impone ad una società che trasferisce in un altro Stato membro la propria sede amministrativa effettiva la riscossione immediata, al momento stesso di tale trasferimento, dell'imposta sulle plusvalenze latenti relative ad elementi patrimoniali di tale società."

<sup>199</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal market*, doc. cit. p. 332.

del caso corredato da interessi conformemente alla normativa nazionale applicabile, che necessariamente comporta per la società interessata un onere amministrativo, legato all'individuazione degli attivi trasferiti, costituirebbe una misura che, pur assicurando la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, sarebbe meno contraria alla libertà di stabilimento rispetto alla misura di cui alla causa principale. Una società potrebbe infatti optare per il pagamento immediato dell'imposta, qualora ritenesse che gli oneri amministrativi legati alla sua riscossione differita siano eccessivi.

74. Tuttavia, occorre tener conto anche del rischio di mancata riscossione dell'imposta, che aumenta con il passare del tempo. Tale rischio può essere preso in considerazione dallo Stato membro di cui trattasi, nell'ambito della propria normativa nazionale applicabile al pagamento differito dei debiti d'imposta, con misure quali la costituzione di una garanzia bancaria.  
(sottolineature nostre)

Riprendendo l'esempio in analisi – di una fusione con cessazione di attività – è molto probabile che se un caso concreto sia sollevato alla Corte di giustizia essa altrettanto consideri l'imposizione fiscale all'atto dell'operazione come sproporzionata, richiedendo una misura meno restrittiva. Di esso, non mancherà molto purché il requisito della stabile organizzazione previsto nella direttiva sia testato dinanzi alla Corte<sup>200</sup>, in base a una situazione come quella descritta nel secondo esempio, cioè di una differenza di trattamento fiscale fra la sussidiaria e la stabile organizzazione della società beneficiaria nel territorio della società conferente.

---

<sup>200</sup> Nonostante la compatibilità del diritto secondario con i trattati non sia un tema ricorrente, la dottrina indica alcune sentenze in cui la Corte ha ammesso a giudizio il questionamento sulla compatibilità di una disposizione di diritto derivato (direttiva o regolamento) con i trattati. Sul punto si veda: HARM VAN DEN BROEK, op. cit., p. 98 e THOMAS PAPADOPOULOS, op. cit., p. 543. Per la giurisprudenza: Cause riunite 80 e 81/77, SOCIÉTÉ LES COMMISSIONNAIRES RÉUNIS SARL, sentenza del 20 aprile 1978 (Racc. 1978, pag. 00927) punto 38, Causa C-15/83, DENKAVIT, sentenza del 17 maggio 1984 (Racc. 1984, pag. 02171), punto 15; e Causa C-168/98, LUSSEMBURGO X PARLAMENTO E CONSIGLIO, sentenza del 7 novembre 2000 (Racc. 2000, pag. I-09131)

Sebbene si possa trovare in dottrina<sup>201</sup> un certo criticismo all'orientamento della Corte in accennare una soluzione in materia di imposizione diretta tale come quello adottato nella causa NATIONAL GRID INDUS, è molto probabile che un prossimo passo nello sviluppo normativo del regime fiscale comune possa condurre allo svuotamento della figura della stabile organizzazione e la sua sostituzione per un meccanismo meno restrittivo all'esercizio della libertà di stabilimento attraverso della realizzazione della riorganizzazione societaria transfrontaliera.

Se il ciclo storico tornerà a ripetersi, si suppone che in brevi tempi le sentenze della Corte di giustizia attueranno, ancora una volta, come una specie di spinta gentile nel processo legislativo di ravvicinamento dell'imposizione diretta, per dare una soluzione alle questioni lasciate – intenzionalmente – in aperto nella direttiva 2009/133/CE.

### **3.3.4 La clausola di salvaguardia contro le operazioni evasive e elusive**

Il terzo meccanismo di protezione degli interessi finanziari degli Stati membri previsto nel regime fiscale comune direttiva 2009/133/CE si ritrova nell'articolo 15, paragrafo 1, lett. (a) – ex articolo 11, paragrafo 1, lett. (a), della direttiva 90/434/CEE – e consiste nella possibilità conferita agli Stati membri di rifiutare o di revocare l'applicazione del beneficio della neutralità fiscale quando si accerti che le operazioni societarie realizzate abbiano avuto *“come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principale l'evasione o l'elusione fiscale”*<sup>202</sup>. Si tratta della c.d. *“clausola generale antiabuso”*<sup>203</sup> della direttiva.

L'articolo in riferimento, tale come il differimento dell'imposizione fiscale sulle plusvalenze, la continuità del valore fiscale dei beni e della a stabile organizzazione, configura un elemento di garanzia all'attuazione dell'equilibrio fra il beneficio della neutralità fiscale e gli interessi finanziari degli Stati membri.

---

<sup>201</sup> Secondo BEN TERRA E PETER WATTEL, op. cit., p. 30 in una situazione come tale: *“The Court is walking a thin line here, as (i) it has no authority to make a choice of jurisdiction, and (ii) in the absence of Community measures, the Member States must be allowed to define and divide their taxing jurisdictions and to protect their tax territory against unjustified base erosion.”*

<sup>202</sup> Direttiva 2009/133/CE, articolo 15, paragrafo primo, lett. (a) parte finale.

<sup>203</sup> BEN TERRA E PETER WATTEL, op. cit., p. 267.



A proposito di quest'obiettivo, il considerando nono della direttiva 90/434/CEE stabiliva che *"occorre prevedere la facoltà per gli Stati membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale"*. Nella versione codificata della direttiva, nel considerando tredici, equivalente formale del considerando nono anteriormente citato, si introduce un'innovazione terminologica fondamentale consistente nella sostituzione del termine "frode" per "elusione"<sup>204</sup>. Tale cambiamento viene rispecchiato nell'articolo 15, paragrafo primo, lett. (a).

È utile ricordare che la prima proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 1969 non prevedeva una clausola antiabuso. La necessità d'inserimento della clausola si è verificata in sede delle discussioni nel Consiglio, dato l'inesistenza di una teoria giurisprudenziale antiabuso all'incirca dell'inizio degli anni 1990<sup>205</sup>. Gli Stati membri hanno ritenuto necessario la creazione di una norma che le abilitasse ad applicare delle disposizioni interne per prevenire l'abuso, in tutela del loro interesse fiscale. La proposta di una clausola antiabuso generale è stata sollevata dal Regno Unito<sup>206</sup> e sostenuta da altri Stati membri, tra cui l'Irlanda<sup>207</sup>. Secondo gli Stati membri, se l'introduzione del dispositivo antiabuso nella direttiva non fosse stata realizzata, la supremazia del diritto dell'Unione sul diritto nazionale non gli avrebbe permesso rifiutare il beneficio della neutralità fiscale in base alle norme antiabuso nazionali.

Dall'altra parte, la clausola antiabuso della direttiva non statuisce obblighi in capo agli Stati né alle società. Essa non si applica direttamente ai singoli. La sua applicazione nell'ambito nazionale dipende dell'esistenza nell'ordinamento giuridico interno di almeno una disposizione o un principio generale in base al

---

<sup>204</sup> Direttiva 2009/133/CE, tredicesima considerazione: "È opportuno prevedere la facoltà per gli Stati membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di scissione parziale, di conferimento d'attivo, di scambio di azioni o di trasferimento della sede sociale della SE o della SCE ha come obiettivo l'elusione o l'evasione fiscale o ha come conseguenza che una società [...]"

<sup>205</sup> KATRINA PETROSOVITCH, *Abuse under the Merger Directive*, Eur. Tax, 2010, p. 559, rileva che in 1990 non esisteva un principio generale che vietasse l'abuso dei diritti. C'era una linea giurisprudenziale che cominciava da VAN BINSBERGEN, ma nessuna pronuncia specificamente tributaria.

<sup>206</sup> Documento del Consiglio 424/76, del 21 maggio 1976, p. 2, cit. da HARM VAN DEN BROEK, op. cit., p. 286. La proposta dal Regno Unito in 1977 aveva la seguente redazione: "nulla nella presente direttiva pregiudica il diritto degli Stati membri [...]" (Documento del Consiglio 184/77, del 24 febbraio 1977, p. 1, cit. da HARM VAN DEN BROEK, op. cit., p. 287).

<sup>207</sup> Documento del Consiglio 454/76, del 24 maggio 1976, p. 2, cit. da HARM VAN DEN BROEK, op. cit., p. 286.

quale l'abuso del diritto sia vietato<sup>208</sup>. Di ciò si evince che la clausola di salvaguardia dell'articolo 15, paragrafo 1, lett.(a) abilita agli Stati membri ad applicare le norme nazionali contro l'elusione e l'evasione fiscale. Tuttavia, nonostante la dottrina la chiami di clausola antiabuso, essa in sé stessa non è una clausola anti-abuso. La Corte di giustizia nella sentenza pronunciata nella causa LEUR-BLOEM, qualifica il riferito articolo come "riserva di competenza"<sup>209</sup>. Cioè, una volta soddisfatte i requisiti dell'articolo, la direttiva conferisce agli Stati il diritto di applicare una norma interna (una clausola generale oppure specifica) e di respingere i benefici della direttiva. Intanto, l'azione degli Stati membri è limitata dal principio della certezza del diritto, vietando che le direttive possano, per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli<sup>210</sup>.

È da considerarsi che al presente l'utilità del summenzionato articolo viene meno, in funzione della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha dichiarato l'esistenza di un principio generale del diritto, secondo cui è vietato avvalersi in modo fraudolento o abusivo delle norme di diritto dell'Unione. Questo principio costituisce un limite inerente a tutti i diritti soggettivi riconosciuti dall'ordinamento europeo, prescindendo della sua espressa dichiarazione.

La configurazione di questo principio generale è stata progressiva. Nell'ambito della direttiva concernente il regime fiscale comune applicato alle operazioni di riorganizzazione societaria, la sentenza della Corte nella causa KOFOED, del 2007, ha affermato che la clausola di salvaguardia della direttiva fusione fiscale rispecchia l'esistenza di un "*principio generale di diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato.*"<sup>211</sup>

Con base nella necessità d'interpretare le direttive in conformità con il diritto dei trattati<sup>212</sup>, la Corte di giustizia ha svolto un lavoro di assimilazione

---

<sup>208</sup> Causa C-321/05, KOFOED, sentenza del 5 luglio 2007 (Racc. 2007, pag. I-5795), punti 40-46.

<sup>209</sup> Causa C-28/95, LEUR-BLOEM, sent. cit., punto 39.

<sup>210</sup> Causa C-321/05, KOFOED, sent. cit., punto 42.

<sup>211</sup> Causa C-321/05, KOFOED, sent. cit., punto 38. La sentenza fa riferimento a altre sentenze ("v., in questo senso, sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, Racc. pag. I-1459, punto 24; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a., Racc. pag. I-1609, punti 68 e 69; 6 aprile 2006, causa C-456/04, Agip Petroli, Racc. pag. I-3395, punti 19 e 20, nonché 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, Racc. pag. I-7995, punto 35"). Sono sentenze basilari pronunciate in rapporto alla libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi nei trasporti marittimi fra Stati membri, tale come regolata nel regolamento (CEE) del Consiglio 7 dicembre 1992, n. 3577, e l'IVA.

<sup>212</sup> A titolo di esempio, la sentenza BOSAL rileva che le possibilità offerte dalla direttiva madre-figlia devono essere esercitate nel rispetto della libertà di stabilimento: causa C-186/01, BOSAL, sentenza del 18 settembre 2003, (Racc. 2003, pag. I-9409) punti 25-26.

delle diverse disposizioni che, nelle direttive, fanno riferimento alla prevenzione dell'elusione e l'evasione fiscale, e ha conferito effetto equivalente al principio generale del diritto menzionato, di creazione giurisprudenziale, e il contenuto della clausola di salvaguardia della direttiva e delle altre disposizioni analoghe.

In materia tributaria, la giurisprudenza costante della Corte di giustizia qualifica come abusive le operazioni in cui si applichi o si invochi un diritto in modo meramente formale e contrario all'obiettivo da esso perseguito. L'obiettivo perseguito della norma deve essere desumibile tramite la sua interpretazione teleologica. Inoltre, la Corte considera necessario che si configuri che l'intenzione essenziale del soggetto era procurarsi un vantaggio fiscale. L'intenzione, però, si analizza a partire di criteri obiettivi, come per esempio la presenza preponderante di motivi fiscali oppure l'esistenza di motivi economici<sup>213</sup>. Si tratta dell'oggettivazione del concetto di abuso, sostanziale all'evoluzione della dottrina antiabuso della Corte di giustizia. Ciò perché la Corte s'interessa più dell'effetto delle operazioni che della motivazione soggettiva.

Alla luce del primo elemento per caratterizzare l'abuso, si fa necessario accertare l'obiettivo della norma. Nella direttiva fusione fiscale l'obiettivo viene rimarcato nel secondo considerando parte finale che statuisce che il regime serve a *“permettere alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato interno, di accrescere la loro produttività e di rafforzare la loro posizione concorrenziale sul piano internazionale”*. Inoltre, la direttiva si fonda indirettamente nella libertà di stabilimento, intesa come *“l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro”*<sup>214</sup>. Qualora tal esercizio non sia effettivo neppure stabile nel tempo, l'ordinamento giuridico dell'Unione conferisce agli Stati membri la possibilità di applicare le rispettive disposizioni antiabuso di portata nazionale. In sintesi, di tutto quanto è stato detto si estrae che il beneficio della neutralità fiscale sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere ha come scopo promuovere la ristrutturazione societaria per attendere ai fini produttivi.

---

<sup>213</sup> Causa C-255/02, HALIFAX E A., sentenza del 21 febbraio 2006 (Racc. 2006, p. I-1609), punti 74 e 75; causa C-196/04, CADBURY SCHWEPPES E CADBURY SCHWEPPES OVERSEAS, sentenza del 12 settembre 2006 (Racc. 2006, p. I-7995), punti 51 e 52.

<sup>214</sup> Causa C-221/89, FACTORTAME E A., sentenza del 25 luglio 1991 (Racc. 1991, pag. I-3905), punto 20.

Nell'ambito della direttiva fusione fiscale, la ponderazione fra obiettivi fiscali e non fiscali si raggiunge tramite l'analisi dei concetti specifici, come "valide ragioni economiche". La Corte ha ritenuto che, secondo l'articolo 15 paragrafo, 1 lett. (a), l'ottenimento di un vantaggio fiscale, da solo, non configura una ragione economica valida. È necessario, inoltre, che l'operazione di riorganizzazione societaria si fondi in altri obiettivi, tra i quale possono figurare anche considerazioni di natura tributaria, però esse devono avere un carattere sussidiario o non preponderante<sup>215</sup>.

La stessa idea di ponderazione si ritrova nell'analisi giurisprudenziale dei concetti di "ristrutturazione" e di "razionalizzazione" delle attività delle società partecipanti all'operazione. Si ricordi che entrambi termini figurano nella direttiva come esempio di valide ragioni economiche. Secondo la Corte di giustizia, l'economia dei costi strutturali derivante dalla riduzione delle spese amministrative e di gestione non si deve essere considerata sistematicamente come una valida ragione economica. Altrimenti, la clausola di salvaguardia perderebbe la sua funzione. Invece, è necessario valutare tale vantaggio in rapporto agli altri obiettivi<sup>216</sup>. La Corte, nella sentenza FOGGIA-SGPS, in breve sintesi, ha considerato abusiva l'incorporazione di una società praticamente inattiva, che non deteneva alcuna partecipazione finanziaria e che, per contro, ha trasferito alla società beneficiaria due milioni di euro di perdite fiscali, di origine indeterminata.

Occorre per ultimo rilevare che intanto la mancanza di valide ragioni economiche possa costituire una presunzione dell'esistenza di abuso, secondo il principio di proporzionalità, la Corte di giustizia ritiene che una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale eccederebbe quanto è necessario per evitare l'elusione o evasione<sup>217</sup>. Di conseguenza, le autorità statali hanno il dovere di procedere, caso per caso, a un esame globale dell'operazione ove diversi elementi saranno

---

<sup>215</sup> Causa C-126/10, FOGGIA-SGPS, sentenza del 10 novembre 2011 (Racc. 2011), punto 35: "Può costituire una valida ragione economica un'operazione di fusione fondata su più obiettivi, tra i quali possono anche figurare considerazioni di natura tributaria, a condizione tuttavia che queste ultime non siano preponderanti nell'ambito dell'operazione prevista".

<sup>216</sup> Causa C-126/10, FOGGIA-SGPS, sent. cit., punto 49.

<sup>217</sup> Causa C-28/95, LEUR-BLOEM, sent. cit., punto 44.

esaminati senza dare un valore decisivo a nessuno di loro<sup>218</sup>. Ciò perché gli indizi che permettono presumere l'esistenza di abuso dipendono del caso concreto. Ogni operazione deve essere valutata in rapporto all'obiettivo del regime agevolativo della direttiva, il quale è vincolato con la libertà di stabilimento. Così, fra altri, potrebbero configurare indizi di abuso il fatto che la società acquirente<sup>219</sup> o quella acquisita<sup>220</sup> non esercitino direttamente un'attività imprenditoriale; oppure la mancata integrazione delle imprese in un'unità duratura di carattere economico e finanziario<sup>221</sup>.

Inoltre, nel processo di conformazione delle decisioni amministrative in materia di elusione e di evasione si deve conferire al singolo il diritto di presentare elementi di prova a favore dei suoi interessi, senza dire che le stesse si sottomettono al sindacato giurisdizionale.

Se l'esistenza di abuso è costatata, allora le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza tali operazioni<sup>222</sup>. Nell'ambito della direttiva di riorganizzazione societaria, la reazione statale viene espressamente regolata e consiste nel rifiuto dell'applicazione nel tutto o in parte i vantaggi conferiti dalla direttiva oppure nella possibilità di revocare l'intero beneficio.

Da tutto ciò esposto si evince che il contenuto della clausola di salvaguardia della direttiva è stato precisato dalla giurisprudenza della Corte e la sua applicazione trova validità soltanto nell'analisi del caso concreto. Questo è un altro esempio dell'attuazione della Corte di giustizia per riconfigurare il quadro normativo dell'imposizione fiscale sulle operazioni di riorganizzazione societaria.

---

<sup>218</sup> Causa C-28/95, LEUR-BLOEM, sent. cit., punti 41-42.

<sup>219</sup> Causa C-28/95, LEUR-BLOEM, sent. cit., punti 15 e 42.

<sup>220</sup> Causa C-126/10, FOGGIA-SPGS, sent. cit., punto 52.

<sup>221</sup> Causa C-28/95, LEUR-BLOEM, sent. cit. punti 15 e 42. Nella causa KOFOED, l'Avvocato generale ha affermato, anche nell'ambito temporale, che "l'estrema vicinanza temporale tra la distribuzione degli utili e lo scambio effettuato può far pensare ad un abuso delle opportunità offerte dalla direttiva 90/434", secondo le conclusioni dell'Avvocato generale KOKOTT, presentate l'8 febbraio 2007 nella causa C-321/05, KOFOED, punto 59.

<sup>222</sup> Causa C-255/02, HALIFAX E A., sent. cit. punto 94.

## CONCLUSIONI

Il presente lavoro di ricerca ha avuto come primo obiettivo analizzare le caratteristiche essenziali del regime fiscale comune introdotto dalla Direttiva 90/434/CEE del Consiglio (nella versione codificata: direttiva 2009/1337CE) e incidente sulle operazioni di riorganizzazione societaria concernenti società di Stati membri diversi e le tendenze di sviluppo legislativo. In secondo piano, l'obiettivo era riflettere sulla possibilità dell'applicazione del riferito regime come modello per la riforma della legislazione dell'imposta sul reddito delle società riguardanti le operazioni di riorganizzazione societaria in Brasile.

Considerando questi obiettivi, le conclusioni si articoleranno in tre parti. La prima, riguarda il regime fiscale comune dell'Unione Europea. La seconda, consiste in una breve sintesi del regime fiscale brasiliano, introduttoria alla terza parte, concernente alle considerazioni critiche sull'utilità del regime dell'UE come modello per il Brasile.

### **1. Il regime fiscale comune della riorganizzazione societaria nell'Unione europea**

Tal come l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, il quadro normativo (societario e fiscale) delle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere è un edificio in costruzione<sup>223</sup>, che si struttura e si completa in base all'interazione fra gli strumenti legislativi (direttive, regolamenti e *soft law*) e la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Fin dagli anni 1960, la Commissione europea ha mantenuto firme l'intento di realizzare il ravvicinamento complessivo dell'imposta sulle società per coinvolgere i diversi elementi impattanti sull'esercizio transfrontaliero dell'attività imprenditoriale. La resistenza degli Stati membri ha portato la Commissione, all'inizio degli anni 1990, a cambiare leggermente l'orientamento adottando una strategia che la dottrina ha chiamato di approccio puntuale, che ha rappresentato l'abbandono temporaneo del progetto maggiore del

---

<sup>223</sup> L'espressione è utilizzata da FRANCO ROCCATAGLIATA, op. cit., p. 1203.

ravvicinamento complessivo dell'imposizione diretta sulle attività transfrontaliere.

La strategia degli organi dell'Unione ha dimostrato la sensibilità verso l'urgenza della necessità di disegnarsi un modello impositivo, da una parte rispondente alle pressioni esercitate dal fenomeno di transnazionalizzazione dell'economia sul modo di attuazione delle società nazionali, e dall'altra abile a spostare la logica dell'imposizione fiscale sulle vicende riorganizzative dai profili reddituali delle singole operazioni verso il criterio funzionale di razionalizzazione dell'apparato produttivo e di rinforzamento della competitività delle società dell'Unione sia all'interno del mercato unico, sia a livello internazionale.

Ciò perché, i regimi fiscali nazionali, maggiormente calcati sui profili fiscali delle singole operazioni, avrebbero potuto attendere bene il fenomeno della riorganizzazione societaria mentre esso si manifestava esclusivamente a livello nazionale, poiché rifletteva più agevolmente la congiunzione degli interessi delle società e degli Stati nazionali. Man mano che l'internazionalizzazione dell'economia va spingendo l'attuazione delle società nazionali oltre ai confini statali, si cominciano a porre i primi problemi della concezione essenzialmente nazionale dei diversi modelli di riorganizzazione societaria. Quando, invece, la transnazionalizzazione dell'economia trasforma completamente la struttura produttiva e distributiva, si slacciano i vincoli fra le società e gli Stati nazionali di origine ed il modello di riorganizzazione societaria nazionale perde consistenza, poiché si dissocia del modo transfrontaliero di attuazione delle società.

La direttiva fusione fiscale s'inserisce in questo panorama e innova laddove introduce un regime fiscale incentrato su una categoria generale di atti societari da realizzarsi fra società residenti in distinti Stati membri, riassunta nell'espressione "riorganizzazione societaria" transfrontaliera. L'eterogeneità delle operazioni societarie ricoperte dal modello si ricollega al criterio funzionale della riorganizzazione societaria e si discosta dai profili fiscali delle singole operazioni. In altre parole, il regime fiscale europeo s'impronta in funzione della concorrenza *"per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato interno, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro*

*posizione competitiva sul piano internazionale*".<sup>224</sup>, cioè, in funzione degli obiettivi meta-tributari perseguiti.

Le fattispecie societarie ricoperte dal regime fiscale comune dell'UE rappresentano l'insieme di operazioni riflettenti le tappe di sviluppo dell'ordinamento giuridico comunitario collegato all'idea di riorganizzazione societaria transfrontaliera, piuttosto di un'enumerazione statica. Non per caso, il concetto di riorganizzazione societaria transfrontaliera contenuto inizialmente nella direttiva 90/434/CEE si è allargato per incorporare altre operazioni, come per esempio, la scissione parziale e il trasferimento della sede societaria della SE e della SCE. La stessa interpretazione si potrebbe applicare ai tipi societari ammessi, molto più ampi nella versione codificata del 2009 (direttiva 2009/133/CE).

Si tratta, dunque, di un regime fiscale improntato eminentemente su una logica di concorrenza (funzionale) e non di fiscalità (componenti reddituali). La questione fiscale è incidentale alla tutela del mercato e della concorrenza. Tale ragionamento si conferma dalla scelta normativa di adottare regole fiscali neutre nel riguardo della concorrenza. La tecnica utilizzata dal legislatore dell'UE consiste nell'assunzione di che le operazioni ricoperte sono idonee a far emergere delle plusvalenze, per di seguito, determinare il differimento della rispettiva imposizione fino al momento della loro effettiva realizzazione. Il godimento del beneficio di differimento si condiziona al compimento di una serie di requisiti, istituiti in tutela degli interessi finanziari degli Stati e informanti l'applicazione dell'intero regime. Fra altri, si può citare come esempio l'esigenza di far i beni della società conferente, acquisita o cui sede sociale si in una stabile organizzazione residente nel territorio dello Stato membro della società conferita, acquisita o cui sede sociale si trasferisce a un altro Stato membro.

La scelta normativa del legislatore dell'UE è consonante con la necessità di risguardare la sovranità fiscale degli Stati membri e di stabilire il riparto del potere impositivo degli Stati membri piuttosto di promuovere l'armonizzazione dell'imposizione sul reddito delle società. Per esempio, la direttiva non determina le regole per il computo delle plusvalenze emerse all'atto della

---

<sup>224</sup> Direttiva 2009/133/CE, seconda consideranda.



riorganizzazione societaria transfrontaliera. Anzi, soltanto determina lo spostamento del momento in cui l'imposizione fiscale occorrerà, cioè, quando dell'effettivo realizzo delle plusvalenze, a patto che la continuità del valore fiscale dei beni sia assicurata dalla confluenza del patrimonio della società conferente in una stabile organizzazione della società conferita nel territorio dello Stato della prima. Lo stesso si riproduce nel trattamento delle perdite fiscali e nel computo degli accantonamenti o riserve in franchigia d'imposta.

Le caratteristiche del disegno del regime fiscale comune dell'UE risultano del lungo processo di discussione per l'adozione della direttiva fusione fiscale, poiché dimostra chiaramente la tensione fra l'interesse della Commissione in rimuovere gli ostacoli fiscali alla realizzazione transfrontaliera delle operazioni di riorganizzazione societaria e l'interesse degli Stati membri in difendere loro sovranità nell'ambito della fiscalità diretta. Tale tensione viene tradotta nel testo della direttiva fusione fiscale adottata nel 1990 e si riflette nell'inasprimento del requisito della stabile organizzazione, nella manutenzione del trattamento delle perdite a livello nazionale, nei dubbi quanto al valore di registro degli elementi di attivo e di passivo in capo alla società beneficiaria, nel ridotto numero di tipi societari ammessi, la clausola di salvaguardia contro l'evasione e l'elusione. A farsi un resoconto, tutti questi elementi preservano e rinforzano il potere impositivo degli Stati membri in detrimento dell'esercizio dell'attività imprenditoriale nell'ambito del mercato unico.

Non per altro, alcuni di questi elementi sono stati testati dinanzi alla Corte di giustizia ed essa, attraverso della sua funzione creativa, sta effettuando il completamento del quadro legislativo delle operazioni di riorganizzazione societaria, sia interpretando i punti oscuri della direttiva, sia tutelando direttamente la libertà di stabilimento.

Fatto sta che negli ultimi anni gli interventi della Corte in materia di riorganizzazione societaria transfrontaliera stanno accogliendo in grande misura il lavoro tecnico elaborato della Commissione, in particolare con riguardo al riporto transfrontaliero delle perdite<sup>225</sup> e all'imposizione sulle

---

<sup>225</sup> Si riferisce in particolare alla sentenza del 21 febbraio 2013, nella causa C-123/11, A Oy.

plusvalenze latenti nell'atto dell'operazione<sup>226</sup>. L'interazione fra le istituzioni dell'Unione europea, diretta a spingere la tutela dell'esercizio transfrontaliero dell'attività imprenditoriale, sta innovando al creare un modello transfrontaliero d'imposizione fiscale, cui logica si discosta dalle regole tradizionali del diritto tributario internazionale.

Considerando l'allargamento del concetto di libertà di stabilimento fino a ricomprendere le operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera, è molto probabile che nei prossimi anni le questioni irrisolte nella 2009/133/CE arriveranno alla Corte. Caso essa mantenga l'attuale orientamento, il regime fiscale comune concernente suddette operazioni sarà ampliato e gli attuali intralci ancora rimanenti rimossi.

La comprensione del carattere funzionale del regime fiscale comune dell'UE in favore della riorganizzazione societaria transfrontaliera, sommata al nitido criterio di riparto di competenza dei poteri impositivi degli Stati membri, conferisce la direzione e i fondamenti per il futuro processo di allargamento dell'attuazione della direttiva 2009/133/CE.

## **2. Breve sintesi del regime fiscale delle riorganizzazioni societarie in Brasile**

In Brasile, la costituzione e il funzionamento delle società sono regolati nel Codice civile del 2002<sup>227</sup>, eccetto per le società per azioni che sono regolate dalla legge speciale delle società per azioni<sup>228</sup>, la legge n. 6.404, del 15 dicembre 1976<sup>229</sup>. Nel riguardo della riorganizzazione societaria, ogniqualvolta l'operazione coinvolga tipi societari diversi e una delle società sia società per azioni, si applicano esclusivamente le disposizioni della legge 6.404/1976<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> Si riferisce in particolare alla sentenza del 29 novembre 2011, nella causa C-371/10, National Grid Indus BV.

<sup>227</sup> Lei n. 10.406/2002, D.O.U. del 10 gennaio 2002 (D.O.U del 11/1/2002).

<sup>228</sup> Articolo 1089, del Codice Civile: "A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código."

<sup>229</sup> Supplemento del D.O.U. del 17/12/1976

<sup>230</sup> COELHO, FABIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa: Sociedades*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 217: "Os procedimentos de reorganização das empresas que envolverem pelo menos uma sociedade anônima devem atender à disciplina da [Lei das Sociedades Anônimas]LSA. Não havendo, na operação, nenhuma sociedade desse tipo, a disciplina é a do CC/2002 (arts. 1.113 a 1.122)."

L'attribuzione della nazionalità brasiliana a una società dipende della confluenza di due criteri cumulativi: la costituzione della società conforme la legge brasiliana e il registro dell'amministrazione centrale in Brasile<sup>231</sup>.

L'ordinamento giuridico brasiliano riconosce quali operazioni di riorganizzazione societaria gli istituti della trasformazione, della fusione, della scissione e dello scambio di azioni per trasformare la società conferente in sussidiaria della società beneficiaria<sup>232</sup>, concernenti due società costituite in conformità alla legge brasiliana, ricollegandone tutti gli effetti giuridici civili corrispondenti. Tuttavia, la realizzazione transfrontaliera o internazionale di suddette operazioni non sta prevista nella legge, perciò la dottrina è concorde in affermare l'impossibilità dell'avvenimento di talune operazioni fra una società brasiliana e una società estera<sup>233</sup>.

Ne consegue che il trasferimento della sede di amministrazione centrale di una società brasiliana all'estero e, il non riconoscimento della realizzazione transfrontaliera o internazionale delle operazioni fusione e di scissione implicano, necessariamente, il scioglimento e la liquidazione delle società coinvolte, dando luogo a tutti gli effetti tributari corrispondenti.

L'imposta sui redditi delle persone fisiche e delle società è di competenza federale in Brasile. Il trattamento dell'imposizione fiscale diretta incidente sulle operazioni di fusione e di scissione concernente società nazionali viene stabilita nel Regolamento della imposta sui redditi, - RIR, Decreto n. 3000, del 26 marzo 1999<sup>234</sup>. Con riguardo alle operazioni di fusione e di scissione nazionali, la legge tributaria prevede un regime fiscale di favore che consiste:

- a) nella possibilità della società conferente di valutare gli elementi d'attivo e di passivo in conformità con il valore fiscale

---

<sup>231</sup> Articolo 1126 del Codice civile e articolo 300 della legge delle società per azioni n. 6404/1976. Art. 1126, CC: "É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração".

<sup>232</sup> Legge delle società per azioni n. 6.404/1976, articoli 226 a 229 e art. 251 e 252. In dottrina, si veda ELIDIE PALMA BIFANO, *Reorganizações societárias e combinação de negócios: temas atuais*, in Rev. Dialect. de Dir. Trib., vol. 198, 2002, p. 49; SACHA CALMON N. C. E MISABEL A. B. DERZI, *A lacuna legislativo-tributária no tocante ao instituto da incorporação de ações e a jurisprudência do CARF*, in Rev. Dialect. Dir. Trib., vol. 195, 2011, pp. 171 e 175.

<sup>233</sup> HELENO TAVEIRA TORRES, op. cit., pp. 432-433.

<sup>234</sup> D.O.U, del 17 giugno 1999.

oppure con il loro valore reale nel momento dell'operazione (art. 235, paragrafo secondo<sup>235</sup>);

b) nel caso in cui la società conferente scelga di valutare gli elementi d'attivo e di passivo per il loro valore reale, le plusvalenze risultanti della differenza tra il valore reale e il loro valore fiscale non comportano alcuna imposizione nel momento dell'operazione (art. 440, capo, prima parte<sup>236</sup>);

c) nella ripresa degli accantonamenti e delle riserve in franchigia d'imposta in capo alla società beneficiaria, applicandone lo stesso trattamento tributario che esse avrebbero avuto nella società conferente caso l'operazione non fosse stata avvenuta (art. 441<sup>237</sup>);

d) nella non imposizione sulle plusvalenze decorrenti dell'annullamento della partecipazione societaria detenuta dalla società beneficiaria nella società conferente e vice-versa (art. 430, capo e paragrafo primo<sup>238</sup>).

e) nella non imposizione sul reddito, gli utili o le plusvalenze dei soci in decorrenza dell'assegnazione a loro favore dei titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria in cambio ai loro titoli originari.

Tal come nel regime comune fiscale dell'Unione europea, la concessione di questi benefici si vincolano al compimento di alcune condizioni che funzionano come misure di risguardo del potere impositivo dello Stato:

a) la manutenzione delle plusvalenze calcolate nel momento dell'operazione in riserva di rivalutazione in franchigia d'imposta

---

<sup>235</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 235, paragrafo secondo: "No balanço específico de que trata o **caput** deste artigo, a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão, poderá avaliar os bens e direitos pelo valor contábil ou de mercado."

<sup>236</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 440, capo: "A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão".

<sup>237</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 441: "As reservas de reavaliação transferidas por ocasião da incorporação, fusão ou cisão terão, na sucessora, o mesmo tratamento tributário que teriam na sucedida."

<sup>238</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 430: "Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computada na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:[...] Paragrafo primo: § 1o O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: [...]".

in capo alla società conferita, fino alla effettiva realizzazione (art. 440, capo, parte finale);

b) nei casi di annullamento delle partecipazioni societarie, la discriminazione degli elementi d'attivo e di passivo della società conferente ai fini di consentire la loro identificazione e determinazione del valore realizzato in ciascun periodo contabile, benché di mantenere il controllo delle plusvalenze latenti in franchigia d'imposta nell'apposito libro di registro contabile (art. 430, paragrafo primo, I e II<sup>239</sup>);

c) la presentazione della dichiarazione di reddito relativa alle attività imprenditoriali svolte dalla società conferente, corrispondente al periodo compreso fra l'inizio dell'esercizio fiscale e la data della realizzazione dell'operazione (art.810<sup>240</sup>).

Il regime fiscale brasiliano non ammette il riporto delle perdite della società conferente nella società beneficiaria (art. 514<sup>241</sup>). Le perdite devono essere deducibili in capo alla società conferente, quando della realizzazione dell'operazione. Tuttavia, dall'edizione della legge 9065, del 20 giugno 1995 si è introdotto un limite annuale al beneficio di deducibilità delle perdite nella proporzione di trenta per cento degli utili fiscali calcolati prima dell'imposizione fiscale. Cosicché, nel riguardo delle operazioni di riorganizzazione societaria il dibattito in dottrina e in giurisprudenza gira attorno dell'applicabilità di un tale limite, considerando l'estinzione della società conferente e l'esaurimento della possibilità di contabilizzare le perdite rimanenti. Nel periodo tra 2001 e 2008, la giurisprudenza amministrativa del *Conselho Administrativo de Recursos Federais* – CARF era costante nel considerare che il limite di trenta per cento non fosse applicabile nei casi dell'avvenimento dell'estinzione o di un'operazione

---

<sup>239</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 430: paragrafo primo: "*O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se (Decreto-Lei no 1.598, de 1977, art. 34, § 1o): I - discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período de apuração; e II - manter, no LALUR, controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito à atualização monetária até 31 de dezembro de 1995.*"

<sup>240</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 810: "*A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.*"

<sup>241</sup> RIR, Decreto 3000/99, articolo 514: "*A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.*"

riorganizzazione delle società<sup>242</sup>. Intanto, tale orientamento è cambiato a partire della decisione nel caso BUNGE<sup>243</sup>, del 2 ottobre 2009, in cui il consiglio amministrativo è rifiutato la deducibilità integrale delle perdite per inesistenza di espressa previsione legale. Tale cambio di paradigma si deve alla pronuncia del Supremo Tribunal Federal – STF (la corte costituzionale brasiliana), nella sentenza del 25 marzo 2009<sup>244</sup>, ha accertato che la deducibilità delle perdite era un beneficio fiscale e come tale dovrebbe essere istituito dalla legge. La dottrina ha dato avvio a un intenso dibattito sull'estensione della sentenza del STF, però fino al presente momento la questione continua in aperto, nell'attesa di una futura decisione amministrativa in sede del CARF.

Con riguardo alle operazioni di scambio di azioni per trasformare la società conferente in sussidiaria della società beneficiaria, la legge fiscale è assente in prevedere qualsiasi trattamento, sia per farne incidere l'imposta, sia per conferirne un regime di beneficio. Parte della dottrina difende la non imposizione di suddette operazioni per mancanza di un'espressa disposizione legislativa e in difesa del principio costituzionale della legalità. L'amministrazione fiscale, dall'altra parte, suole qualificare lo scambio di azioni come un'operazione di alienazione di partecipazioni, facendo l'imposizione fiscale sulle plusvalenze latenti all'atto dell'operazione. Si crede che nei prossimi anni si richiederanno degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali per accertare la questione.

Per chiudere l'analisi del regime fiscale brasiliano delle operazioni di riorganizzazione societaria, è importante rilevare l'inesistenza di una clausola specifica antiabuso. Inoltre, nell'ordinamento tributario brasiliano, si questiona la possibilità della regolamentazione del paragrafo unico dell'articolo 116 del Codice tributario nazionale – CTN<sup>245</sup>, che in dottrina è conosciuto come "clausola

---

<sup>242</sup> Conforme informa EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Imposto de renda, limitação à compensação de prejuízos fiscais e extinção da pessoa jurídica: entre John Marshall e Lourival Vilanova*, in Riv. Dial. Dir. Trib., n. 185, febbraio 2011, p. 38: "O Conselho de Contribuintes, atualmente denominado CARF [Conselho Administrativo de Recursos Fiscais], pacificou sua jurisprudência, conforme acórdãos proferidos entre os anos 2001 e 2008, no sentido de que, no caso de encerramento ou extinção da pessoa jurídica, 'não havia impedimento legal para estabelecer limitação quantitativa' ou, em outras palavras, que 'à empresa extinta não se aplica o limite de 30%'".

<sup>243</sup> Acórdão 9101-00.401, primeira turma, decisione del 2 ottobre 2009 (pubblicato nel 2 marzo 2011).

<sup>244</sup> Recurso Extraordinário RE344.994-0/Pr, del 25 marzo 2009.

<sup>245</sup> Legge n. 5172, del 25 dicembre 1966 – articolo 116, paragrafo unico: "A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do

generale antiabuso". Il dispositivo legale introdotto nel codice tributario dalla legge complementare n. 104, del 10 gennaio 2001, si trova tuttora pendente dell'edizione della legge ordinaria.

### **3. Il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE come modello per lo sviluppo normativo in Brasile**

Le riflessioni sulla possibilità dell'utilità del regime fiscale comune dell'Unione europea come modello per una futura riforma fiscale in Brasile, in materia d'imposizione diretta sulle riorganizzazione societaria transfrontaliera, ha una duplice prospettiva. La prima, di ambito regionale, considerando il Brasile come partecipe del processo d'integrazione economica avviato nel *Mercado Comum do Sul* - Mercosul. L'altra, di ambito globale, riguardante l'inserimento individuale del paese nel contesto economico internazionale.

Il processo d'integrazione economica regionale in sede del Mercosul coinvolge l'Argentina, il Brasile, l'Uruguay, il Paraguay e più di recente la Venezuela. L'articolo primo del trattato costitutivo del blocco economico, il Trattato di Assunzione, del 26 marzo del 1991, ha fissato come obiettivo istituzionale la costituzione di un mercato comune, prevedendo la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei fattori produttivi fra gli Stati membri <sup>246</sup>. Tuttavia, fino al presente momento, l'integrazione non si è approfondita oltre a un'"unione doganale incompiuta".

Nell'attuale quadro di sviluppo del Mercosul, i lavori istituzionali si centrano nell'implemento della libertà di circolazione delle merci. Come si è distaccato nel secondo, in questa fase d'integrazione - l'unione doganale - l'imposizione diretta non configura un intralcio diretto alla libera circolazione delle merci e il suo dibattito rimane marginale. Bisognerebbe che il processo d'integrazione si approfondisse purché il tema dell'imposizione diretta sulle

---

*fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."*

<sup>246</sup> TRATTATO DI ASSUNZIONE, articolo primo: "*Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará "Mercado Comum do Sul" (MERCOSUL). Este Mercado comum implica: A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;"*

operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliera entrasse in discussione nel scenario del Mercosul. Cioè, per ora, il modello del regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE rappresenta un ideale irraggiungibile nel Mercosul. Perciò, l'idea di una riforma fiscale in Brasile per promuovere il ravvicinamento del trattamento del tema con i regimi fiscali applicati negli altri Stati membri del blocco è, nel momento, difficile da concepirsi. Sarebbe, però, opportuno che s'iniziasse un dibattito sullo stato attuale dell'imposizione diretta sulle attività imprenditoriali transfrontaliere, tra cui la riorganizzazione societaria, come un stadio preparatorio per l'approfondimento futuro del processo di integrazione.

Dall'altra parte, considerando l'inserimento individuale del Brasile nella scena economica internazionale, la comparazione con il regime fiscale comune dell'Unione europea deve essere fatto nella consapevolezza dei limiti di applicazioni derivati dalle tradizioni giuridiche e dello stadio di sviluppo economico del paese. Non di rado si trova in Brasile una tendenza in dottrina di voler trapiantare, acriticamente, nell'ordinamento nazionale degli istituti giuridici appartenenti a un'altra tradizione giuridica, storica ed economica. Nel presente lavoro si vuole evitare una tale tendenza.

Nel riguardo dell'imposizione diretta sulle operazioni di riorganizzazione societaria transfrontaliere, il primo punto di divergenza fra il regime dell'Unione e quello brasiliano risiede nella logica dei regimi e nelle condizionanti di sfondo. Il Brasile è uno Stato federale di dimensioni continentali e l'imposizione sul reddito è uniforme in tutto il territorio nazionale, giacché l'imposta sui redditi delle persone fisiche e giuridiche, fra i quali le società, è di competenza federale. L'imposizione fiscale mantiene la sua caratteristica fondamentale di sostegno delle attività statali e si limita ai principi cardini del diritto tributario, tra cui la capacità contributiva.

Nell'Unione europea, il regime fiscale comune ha come obiettivo ravvicinare le disposizioni fiscali nazionali degli Stati membri in modo che esse non rappresentino un ostacolo all'istaurazione e al funzionamento del mercato comune. Il regime dell'Unione si fonda in ragione del mercato e della tutela delle libertà fondamentali. Inoltre, il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE si applica esclusivamente alle operazioni societarie



transfrontaliere e la sua caratteristica principale è stabilire un limite al potere impositivo degli Stati membri in favore della ristrutturazione e della razionalizzazione produttiva nell'ambito del mercato unico. Tale regime s'inserisce in un quadro più ampio di stimolo all'esercizio transfrontaliero delle attività imprenditoriali e viene rinforzato dagli altri disposizioni dell'Unione concernenti i rapporti fra società madre e figlie, il pagamento di interessi e di canoni fra società consociate, l'eliminazione della doppia imposizione, ecc.

Ciò però non vuol dire che il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE non possa essere utile per far riflettere sullo sviluppo normativo della materia in Brasile. Nonostante il modello comune dell'Unione sia fattibile soltanto nell'ambito regionale nel quale è stato concepito, la problematica decorrente della sua conformazione e posteriore applicazione è comune a quella affrontata all'interno di uno Stato nazionale.

Un primo aspetto del modello impositivo dell'Unione che potrebbe servire come spunto di riflessione per il Brasile riguarda il criterio funzionale del regime fiscale comune dell'UE di razionalizzare l'apparato produttivo e di rinforzare la competitività internazionale delle società nazionali. Come si è rimarcato varie volte, il legislatore dell'Unione si discosta dai profili reddituali delle singole operazioni per improntare un regime fiscale di beneficio a favore di una categoria generale di atti di riorganizzazione societaria, oltrepassando il modello tradizionale limitato alla fusione, scissione e trasformazione societaria. Una tale scelta in Brasile potrebbe facilitare l'allineamento del paese con l'ambiente di negozio internazionale.

Nel riguardo della neutralizzazione degli effetti fiscali delle operazioni, si potrebbe dire che il modello impositivo brasiliano, in linee generali, si assomiglia al regime fiscale comune dell'UE. In entrambi regimi, si riconosce che le operazioni societarie ricoperte sono idonee a far emergere plusvalenze, per poi indirizzare una soluzione di neutralità fiscale, tradotta nel differimento dell'imposizione fiscale fino alla loro effettiva realizzazione. Inoltre, in Brasile come nell'UE la concessione del beneficio del differimento dell'imposta si condiziona al compimento di alcuni condizionanti statuite in protezione degli interessi finanziari dello Stato.

Un'altra riflessione a partire del modello impositivo dell'UE in comparazione con il regime brasiliano è che la riunione dell'intero trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria in un unico dispositivo legislativo conferisce più coerenza e visibilità della disciplina applicata al tema. In Brasile, gli aspetti concernenti all'imposizione fiscale sulle operazioni di fusione, scissione e trasformazione si trovano sparse nel Regolamento dell'imposta sui redditi - RIR, difficoltà la sua comprensione. La riunione dell'intero trattamento fiscale delle operazioni di riorganizzazione societaria sotto una stessa sezione del RIR aiuterebbe a creare un'idea di regime e, conseguentemente, conferirebbe una maggior stabilità alla disciplina del tema.

Per ultimo, e forse lo spunto di riflessione più importante, il regime fiscale comune della direttiva 2009/133/CE prevede una clausola di salvaguardia a favore degli Stati membri concernente alla possibilità di rifiutare l'applicazione del beneficio o di rivocarne nei casi in cui l'operazione abbia avuto come moto l'evasione o l'elusione fiscale. Il contenuto e l'applicabilità di riferita clausola si sta precisando per opera della Corte di giustizia, come si è dimostrato nel capitolo terzo. In Brasile, attualmente, inesiste una clausola generale antiabuso, poiché il paragrafo unico dell'articolo 116 del Codice tributario nazionale si trova pendente di regolamentazione. L'esperienza in sede dell'Unione europea dimostra che la previsione di una clausola antiabuso nell'ordinamento nazionale rinforza il diniego dell'applicazione del regime fiscale di beneficio quando le operazioni di riorganizzazione abbiano come obiettivo l'evasione o l'elusione. In questo punto specifico, il modello della direttiva, particolarmente considerando gli sviluppi apportati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, potrebbe servire di parametro non solo per la concessione della clausola antiabuso brasiliana, ma soprattutto per arricchire il dibattito dottrinale sul tema.

## BIBLIOGRAFIA

AGOSTINI, MASSIMO, “Brevi considerazioni sul regime fiscale delle scissioni negli U.S.A.”, *Le Società*, n. 12, 1991, pp. 1619-1625;

AMBROSIANI, FABIO, “Società Europea e Fusione Internazionale”, *Le Società*, n. 11, 2002, pp. 1351 e ss;

ANGELETTE, BENJAMIN, “The revolution that never came and the revolution coming: De Lasteyrie du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe”, *Virginia Law Review*, n. 92, 2006, pp. 1188 – 1223;

ARNÒ, GAETANO e FISCHETTI, GIANCLAUDIO, *Le fusion transfrontaliere. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e negli Stati membri*, Milano, Egea, 2009;

ASCARELLI, TULLIO, *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*, México, Imprenta Universitaria, 1951 (trad. René Cacheaux Sanabría);

BECKER, ALFREDO AUGUSTO, *Teoria geral do direito tributário*, São Paulo, Marcial Pons, 2010;

BERLIRI, ANTONIO, *Principi di Diritto Tributario*, Milano, Giuffrè, 1967;

BIFANO, ELIDIE PALMA *Reorganizações societárias e combinação de negócios: temas atuais*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 198, marzo 2002, pp. 47-55;

BORDOLLI, JOSÉ CARLOS, “Uruguay”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol. LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, pp. 491-503;

BORIA, PIETRO, *Diritto Tributario Europeo*, Milano, Giuffrè, 2010;

BORG, JEANETTE CALLEJA, “Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What it Fails to Say?”, *Intertax*, vol. 39, n. 11, 2011, pp. 557-563;

BROEK, H.J. VAN DEN, *Cross-Border mergers within the EU: Proposals to remove the remaining tax obstacles*, Nijmegen, Wolf Publishers, 2011;

BULGARELLI, WALDIRIO, *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, São Paulo, Atlas, 1996;

BURGIO, MARIO, "Il regime fiscale comunitario delle fusioni e delle scissioni", *Le Società*, n. 10, 1991, pp. 1321-1331;

CAPOLUPO, SAVERIO, "Il carattere elusivo delle operazioni straordinarie", in *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, a cura di E. della Valle, V. Ficari e G. Marini, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp. 407-438;

CARBONE, SERGIO M., "Stabile organizzazione e grupo di imprese nel Diritto Internazionale tributario", *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, n. 1, 1980, pp. 5-20;

CARINCI, ANDREA, "Le riorganizzazioni societarie e le imposte sui redditi", in AAVV, *Lo Stato della Fiscalità nell'Unione europea: L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione* (coord. Adriano di Pietro), Bologna, Guardia di Finanza-Scuola di Polizia Tributaria, 2003, vol. 2, pp. 509-536.

CARVALHO, ANDRÉ DE SOUZA, "Brazil", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, IFA, vol. 94a, subject I (Is there a permanent establishment?), 2009, pp. 151-167;

CASTELLS, MANUEL, *A sociedade em rede*, 8ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2005 (trad. Roneide Venancio Majer);

CATALANO, PIERANGELO, "Sistemas y Ordenamientos: El ejemplo de América Latina", in *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* (coord. Sandro Schipani), Roma, Tielle Media, 2005, pp. 19-38;

CHIA, MICHAEL e TODD, ANDREW, "Obstacles to european cross-border mergers: A study on United kingdom, West Germany, France and Italy", London Business School, april 1990, (non pubblicato, accesso al documento tramite contatto diretto con JF Chown and Company: [pprime@chowndewhurst.com](mailto:pprime@chowndewhurst.com));

CHOWN, JOHN, "The Mergers Directive – Some broader issues", *Intertax*, vol. 18, n. 10, 1990, pp. 409-411;

CNOSSEN, SIJBREN, "What Kind of Corporation Tax?", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, pp. 3-15;

COELHO, FABIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa – Sociedades*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2009;

CREZELIUS, GEORG, "Le imposte sui Redditi e Le Riorganizzazioni Societarie nell'Unione Europea: L'Esperienza Tedesca", Comunicazione al Convegno sull'Attuazione della Direttiva CEE 90/434 nell'ambito del Corso di Perfezionamento in Diritto Tributario "A. Berliri", Università di Bologna, 24 e 25 settembre 1999 (non pubblicata);

D'AMATI, NICOLA, "Un nuovo contributo ai rapporti fra Diritto finanziario e scienza delle finanze", *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1995, pp. 41-47;

DINIZ DE SANTI, EURICO MARCOS, *Imposto de renda, limitação à compensação de prejuízos fiscais e extinção da pessoa jurídica: entre John Marshall e Lourival Vilanova*, Revista Dialética de Direito Tributário, vol.185, febbraio 2011, pp. 34-62;

DORN, HERBERT, "Introduzione: Alcuni problemi fondamentali del diritto tributario nei 'principi' di Albert Hensel", in ALBERT HENSEL, *Diritto Tributario*, Milano, Giuffrè, 1956;

ENRIQUES, LUCAS, "Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?", in *European Company Law in Accelerated Progress*, a cura di S. M. Bartmann, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 59-82;

ERNST & YOUNG, *Global M&A tax survey and trends: The growing role of the tax director*, 2011, disponibile in: <http://www.ey.com>;

GARBARINO, CARLO, *La tassazione del reddito internazionale*, Padova, Cedam, 1990;

GERSON, ANNA, "The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries: The Swedish Case", *EC Tax Review*, vol. 20, n. 6, 2011, pp. 273-282;

GIOVANNI, ROLLE, "La disciplina fiscale delle fusioni transfrontaliere. Alcune questioni aperte dopo la Direttiva 2005/56/CE", *Fiscalità Internazionale*, vol. 7, n. 1, 2009, pp. 23-27;

GIUSEPPE, MUINO, "Profili fiscali delle riorganizzazioni di imprese con elementi di ultraterritorialità", *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1993, pp. 2089-2119;

HELMINEN, MARJAANA, "Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU", *EC Tax Review*, vol. 20, n. 4, 2011, pp. 172-178;

HOBBSAWM, ERIC, *Historia del siglo XX: 1914-1991*, 2ª ed., Barcelona, Crítica, 2001 (trad. Juan Faci, Jordi Ainaud y Carme Castells);

KNOBBE-KEUK, BRIGITTE, "Transfer of residence and of branches between freedom of establishment, the merger directive and German transformation tax law", *Intertax*, vol. 20, n. 1, 1992, pp. 4-12;

KPMG INTERNATIONAL, *Taxation of cross-border mergers and acquisitions – Brazil*, 2012, disponibile in: [www.kpmg.com](http://www.kpmg.com);

KUMAR, MANMOHAN S. e QUINN, DENNIS, "Globalization and Corporate Taxation", IMF Working Paper WP/12/252, Ottobre 2012, disponibile in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12252.pdf>;

LOVISOLO, ANTONIO, "La stabile organizzazione", in *Diritto Tributario Internazionale*, a cura di V. Uckmar, Padova, Cedam, 2005, p. 439-510;

LUPI, RAFFAELLO, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, Cedam, 1989;

MACHADO, RODRIGO B. e MIRANDA FILHO, ALOYSIO M., "Cross-Border Business Restructuring Transactions under Brazilian Law, Brazilian Report", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Paris Congress, IFA, vol. 96a, 2011, pp. 149-167;

MAISTO, GUGLIELMO, "Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale", *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1988, pp. 1358-1365;

MAISTO, GUGLIELMO, "Implementation of the EC Merger Directive", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, pp. 480-495;

MARINO, GIUSEPPE, "Brevi note sulle fusioni ed acquisizioni nell'ordinamento tributario italiano", *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1991, pp. 283-313;

MARINO, GIUSEPPE, "Profili fiscali delle riorganizzazioni di imprese con elementi di ultraterritorialità", *Diritto e Pratica Tributaria*, I, 1993, pp. 2090-2119;

MARRES, OTTO, "The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation", *Intertax*, vol. 39, n. 3, 2011, pp. 112-125;

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, "Integralização de Ações de Empresa Industrial em Empresa Comercial por Acionista, que avaliou sua Participação, pelo Valor de Mercado nos Termos do artigo 36 da Lei nº 10.637/02 – Aproveitamento do Ágio

da Integralização do Capital nos Termos do parágrafo 7º do artigo 20 do DL nº 1.598/77 e do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 com Amortização de 1/60 destes Valores, mensalmente, em Posterior Incorporação”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 187, abril 2011, pp. 132-145;

MARZORATI, OSVALDO J, “Argentina”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol. LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, pp. 21-28;

MATIAS, EDUARDO F. P., *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*, São Paulo, Paz e Terra, 2005;

MAYER, POLLYANA, “Incorporación de empresa y el beneficio fiscal del goodwill en Brasil”, in *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 41-52;

MAZZONI, ALBERTO, “I gruppi di società nel diritto statunitense”, in AAVV, *I gruppi di società* (coord. Antonio Pavone La Rosa), Bologna, Mulino, 1982, pp. 377-449;

MENÉNDEZ GARCÍA, GERARDO, “Realización de Operaciones de Fusiones, Escisiones e Aportaciones de Dinerarias y Canjes de Valores ‘con fines de fraude o evasión fiscal’: Cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, in *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n. 12, 2000, pp. 102 e ss;

MICCINESI, MARCO, *Le plusvalenze d’impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, Guiffirè, 1993;

MORIN, EDGAR, *A cabeça bem-feita*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005;

MUNIZ, IAN e CASTELLO BRANCO, ADRIANO, *Fusões e Aquisições: Aspectos Fiscais e Societários*, Sao Paulo, Quartier Latin, 2007;

OECD (2012) *Model Tax Convention on Income and Capital 2010 (updated 2010)*, OECD Publishing, disponibile in: <http://dx.doi.org/10.1787/978926417517-en>;

OECD (2013) *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, disponibile in: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>;

O’LEARY, PATRICK J. e PATTON, BRAINARD L. JR., “Demergers: a US International Tax Perspective”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol.

LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, pp. 467-489;

PANTANO, ANTONIO, "Fusioni Transfrontaliere di Società: Ostacoli e Prospettive Europee/Aspetti Comparatistici", *Le Società*, n. 9, 1995, pp. 1259 e ss;

PAPADOPOULOS, THOMAS, "The magnitude of EU fundamental freedoms. Application of the freedom of establishment to the cross-border mergers directive", *European Business Law Review*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 517-546;

PASSALACQUA, ANNA B. SCAPA, "New Tax Rules on Cross-Border Mergers and Demergers in Norway and Their Compatibility with EEA Agreement", *Intertax*, vol. 29, n., 11, 2011, pp. 547-556;

PASTORELLO, DIRCEU ANTONIO, "Brasil", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol. LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, pp. 73-84;

PETROSOVITCH, KATRINA, "Abuse under the Merger Directive", *European Taxation*, vol. 50, n., 12, 2010, pp. 558-567;

PWC, *Doing Deals in Brazil*, 2011, disponibile in: [http://www.pwc.com.br/pt\\_BR/br/publicacoes/assets/doing-deals-11-final-a.pdf](http://www.pwc.com.br/pt_BR/br/publicacoes/assets/doing-deals-11-final-a.pdf);

RÄDLER, ALBERT J., "General Report", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol. LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, p. 553-590;

RASMUSSEN, M., "Permanent Establishments: The Current State of Play", *Bulletin for International Taxation*, vol. 65, n. 11, Sep 2011.

ROCCATAGLIATA, FRANCO, "Diritto Tributario Comunitario", in AAVV, *Diritto Tributario Internazionale* (coord. VICTOR UCKMAR), 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2005, pp. 1203-1273;

RØNFELDT, THOMAS, "Double Domicile: A Pseudo-problem in the Taxation of Departing Companies. On Double Taxation and Special Terms Resulting from Suspension Rules on Capital Gains Tax", *Intertax*, Vol. 39, n. 3, 2011, pp. 132-139;



RØNFELDT, THOMAS, "Internal and External Neutrality: On the Significance of the Allocation of the Powers of Taxation on the Choice between a Permanent Establishment and a Subsidiary in Relation to the Danish Territoriality Principle", *Intertax*, Vol. 40, n. 1, 2012, pp. 13-23;

SACHA CALMON N. C. e DERZI, MISABEL A. B., "A lacuna legislativo-tributária no tocante ao instituto da incorporação de ações e a jurisprudência do CARF", *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 195, dicembre 2011; pp. 170-178.

SANTA MARIA, ALBERTO, *Diritto Commerciale Europeo*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2008;

SANZ GÓMEZ, RAFAEL J., *La lucha de los estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Pamplona, Civitas, 2012;

SCHON, WOLFGANG, "The European Commission's Report on Company Taxation: A magic formula for European taxation?", *European Taxation*, vol. 42, n. 8, 2002, p. 274-286;

SCHON, WOLFGANG, "Playing different games? Regulatory competition in tax and law compared", *Common Market Law Review*, 2005, vol. 42, n. 2, p. 331;

SILVESTRI, ANDREA, "Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE", *Rivista italiana di diritto finanziario e scienza delle finanze*, vol. 3, 1996, pp. 428-470;

STEVANATO, DARIO, "Le riorganizzazioni internazionali di imprese", in AAVV, *Diritto Tributario Internazionale* (coord. VICTOR UCKMAR), 3ª ed., Padova, Cedam, 2005, pp. 511-564;

STEVANATO, DARIO, *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 1994;

TERRA, BEN J. M. e WATTEL, PETER J., *European Tax Law*, 5ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008;

TINELLI, GIUSEPPE, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario. Principi Generali*, Milano, Guiffirè, 1991, p. 138;

TOMSETT, ERIC, "Commentary on the Implementation of the EC Direct Tax Measures in the United Kingdom", *IBDF Publications*, dicembre 1991;

TÔRRES, HELENO T., *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo, RT, 2001;

TÔRRES, HELENO T., *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. 2ª ed, São Paulo, RT, 2001;

TROUP, EDWARD, "United Kingdom", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Toronto Congress, IFA, vol. LXXIXb, subject II (National and international tax consequences of demergers), 1994, p. 445-466;

UTUMI, ANA CLÁUDIA AKIE, "Aspectos tributarios de las fusiones y adquisiciones en Brasil", in *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 23-39;

VILLEGAS ALDAZOSA, ÁLVARO, "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales", in *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 5-21;

WEFFE, CARLOS E., "La fiscalidad de las reorganizaciones empresariales, bajo la forma de fusiones, en Venezuela: una cuestión de principios", in *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 73-102;

WHEELER, JOANNA C., "What the merger directive does not say", in *European Taxation*, vol. 35, n. 5, 1995, pp. 142-146;

YONG, SING YUAN, "Tax Optimization Using Branches?", *Bulletin for International Taxation*, n. 8, aug 2012, pp. 424-435;

WIDMANN, SIEGRIED, "The influence of the Merger Directive on German tax law", *Intertax*, vol. 18, n. 10, 1990, pp. 412-413;

ZIZZO, GIUSEPPE, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, Giuffrè, 1996.

**DOCUMENTI DI LAVORO  
DELLA COMMISSIONE, DEL PARLAMENTO E DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE  
EUROPEA**

(PER ORDINE CRONOLOGICA)

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEA, Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento del 18 dicembre del 1962, (GUCE n. 2, del 15 gennaio del 1962, pp. 36-45).

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEA, Rapporto sullo stabilimento delle società europee - SEC (66) 1250, del 22 aprile 1966, (Suppl. Boll. 9/10-1966);

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Programma di Armonizzazione Fiscale, Memorando della Commissione al Consiglio dell'8 febbraio 1967, (Suppl. Boll. 8/1967), disponibile in <http://aei.pitt.edu/36380/1/A2122.pdf>;

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Proposta di direttiva sul regime fiscale comune relativo alle fusioni, scissioni e conferimenti di attivi concernenti società di diversi Stati membri, COM (1969) 5, del 16 gennaio del 1969 (GU C 39 del 22/3/1969, pagg. 1-6);

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEA, Proposta di Decima Direttiva del Consiglio, relativa alle fusioni transfrontaliere della società per azioni, COM (1984) 727 definitivo, (GU C 23 del 25.1.1985, pp. 11-15);

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEA, Diciannovesima Relazione sulla Politica di Concorrenza: Relazione pubblicata in connessione con la XXIII Relazione generale sull'attività delle Comunità europee, 1989, Bruxelles-Luxembourg, 1990, disponibile in: <http://bookshop.europa.eu/it/xix-relazione-sulla-politica-di-concorrenza-pbCB5890546/>;

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEA, Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi (GU L 225 del 20/8/1990, pag. 1-5);

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Regolamento CE 1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai

documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145 del 31/5/2001, pag. 43);

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ ECONOMICHE EUROPEE, Commission staff working paper on *Company taxation in the internal Market*, SEC (2001) 1681, del 23 ottobre 2001, [COM (2001) 582, definitivo].

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo: Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea - Un piano per progredire, COM (2003) 284 definitivo.

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ EUROPEA, Direttiva 2005/19/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005, che modifica la direttiva 90/434/CEE (GU L 58 del 4/3/2005, pag. 19-27).

COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ EUROPEA, Direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, (GU L 310 del 25.11.2009, pag. 34-46).

## **GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

(PER ORDINE CRONOLOGICA)

C-26/62, van Gend & Loos, sentenza del 5/2/1963 (Racc. Giurisp. ed. it., pag. 3);

C-6/64, Costa x ENEL, sentenza del 15/7/1964 (Racc. Giurisp. ed.it., pag. 1129);

C-2/74, Reyners, sentenza del 21/6/1974 (Racc. 1974, pag. 631);

C-80 e 81/77, Société Les Commissionnaires Réunis SARL, sentenza del 20/4/1978 (Racc. 1978, pag. 00927);

C-15/83, Denkavit, sentenza del 17/5/84 (Racc. 1984, pag. 02171);

C-81/87, Daily Mail and General Trust, sentenza del 27/9/1988 (Racc. pag. 5483);

C-221/89, Factortame e a., sentenza del 25/07/1991 (Racc. 1991, pag. I-3905);

C-28/95, Leur-Bloem, sentenza del 17/7/1997 (Racc. 1997, pag. I-4161);

C-168/98, Lussemburgo x Parlamento e Consiglio, sentenza del 7/11/2000 (Racc. 2000, pag. I-09131);

C-208/00, Überseering BV, sentenza del 5/11/2002 (Racc. 2002, pag. I-09919);

C-186/01, Bosal, sentenza del 18/09/2003 (Racc. 2003, pag. I-9409)

C-411/03, Sevic Systems AG, sentenza del 13/12/2005 (Racc. 2005, pag. I-10805);

C-255/02, Halifax e a., sentenza del 21/02/2006 (Racc. 2006, pag. I-1609);

C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, sentenza del 12/09/2006 (Racc. 2006, pag. I-7995);

C-321/05, Kofoed, sentenza del 5/07/2007 (Racc. 2007, pag. I-5795);

C-285/07 A.T., sentenza del 11/12/2008 (Racc. 2008, pag. I-09329);

C-126/10, Foggia-SGPS, sentenza del 10/11/2011 (Racc. 2011);

C-371/10, National Grid Indus BV, sentenza del 29/11/2011 (Racc. 2011);

C-48/11, A Oy, sentenza del 19/07/2012 (Racc. 2012);

C-123/11, A Oy, sentenza del 21/2/2013 (Racc. 2013).