

## **ASSOCIAZIONE ITALIANA DOTTORI COMMERCIALISTI (A.I.D.C.) MILANO**

### **COMMISSIONE PER L'ESAME DELLA COMPATIBILITA' DI LEGGI E PRASSI TRIBUTARIE ITALIANE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

#### **Componenti**

*Confalonieri Avv. Silvia*  
*(Reggente provvisorio presidenza)*  
*Holzmueller Dott. Joseph*  
*(Delegato generale)*  
*Poggi Longostrevi Dott. Stefano*  
*(Segretario e delegato alla divulgazione)*  
*Cimaz Dott. Oliviero*  
*Piazza Prof. Dott. Marco*  
*Santacroce Prof. Avv. Benedetto*  
*Traversa Prof. Enrico*  
*Vismara Prof. Avv. Fabrizio*

#### **Esperti**

*Capelli Prof. Avv. Fausto*  
*Marzorati Dott. Guido*  
*Rizzardi Prof. Dott. Raffaele*

*Ginevra Dott. Edoardo*  
*Presidente AIDC Milano*

\_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_

### **DENUNCIA n.16 - FISCALITA' DIRETTA del 14 dicembre 2020**

### **ILLEGITTIMITA' COMUNITARIA DEL RECEPIMENTO IN ITALIA DELL'ARTICOLO 2, PAR. 1, LETTERA E) DELLA DIRETTIVA 2009/133/CE – "SCAMBIO DI AZIONI"**

\_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_

a cura di  
Marco Piazza  
Alessandro Savorana  
Fabrizio Vismara

## Sommario

1. Premessa
2. Le norme domestiche in contrasto
3. I motivi di conflitto delle norme e prassi interne
4. Conclusioni

### 1. Premessa

La presente denuncia riguarda l'incompleto recepimento in Italia della nozione di "scambio di azioni" definita (in modo – fra l'altro - incondizionato e preciso<sup>1</sup>) dall'articolo 2, par. 1, lettera e) della Direttiva 2009/133/CE e la violazione dell'articolo 31 dell'accordo sullo Spazio economico europeo.

Infatti, in base alla Direttiva il regime di neutralità fiscale ivi previsto si applica, oltre che agli scambi di partecipazioni per effetto dei quali la società "acquirente" (ossia la società che per effetto dello scambio acquisisce o incrementa una partecipazione nella società "acquisita") consegua la maggioranza dei diritti di voto della società "acquistata", anche a quelli in conseguenza dei quali la società stessa integri una partecipazione di maggioranza già posseduta a prescindere dai motivi per cui le ulteriori partecipazioni sono state scambiate. Invece, nella corrispondente normativa italiana (art. 178, comma 1, lettera e del Dpr. 917 del 1986) le acquisizioni di ulteriori partecipazioni rispetto a quella di controllo già detenuta avvengono in neutralità solo se l'incremento della percentuale di controllo avvenga **"in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario"**.

Inoltre, stando alla norma italiana il regime di neutralità fiscale degli scambi di partecipazione si applica solo agli scambi in cui una società residente in Italia o in uno Stato europeo acquisisce il controllo di una società residente in un altro Stato dell'Unione europea, mentre il regime di neutralità, stante la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dovrebbe applicarsi anche agli scambi di partecipazioni in cui la società acquirente o la società scambiata siano residenti in uno Stato dello Spazio economico europeo.

### 2. Le norme domestiche in contrasto

Il testo vigente dell'articolo 2, della direttiva 2009/133/CE recita:

«Ai fini dell'applicazione della presente direttiva, si deve intendere per:

(...)

e) scambio di azioni: l'operazione mediante la quale una società acquisisce nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferire la maggioranza dei diritti di voto di questa società o, se dispone già di tale maggioranza, **acquisisce un'ulteriore partecipazione**, in cambio dell'assegnazione ai soci di quest'ultima, in contropartita dei loro titoli, di titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società ed eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10 % del valore nominale o, in mancanza del valore nominale, della parità contabile dei titoli assegnati in cambio».

---

<sup>1</sup> Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, in causa C-45/01 e giurisprudenza ivi citata; in particolare sentenza 25 maggio 1993, in causa 193/91.

La corrispondente norma nell'ordinamento italiano (articolo 178, comma 1, lettera e del Dpr. 917 del 1986 - Testo unico delle imposte sui redditi) invece recita:

«Le disposizioni del presente capo (in particolare il regime di **neutralità fiscale** dell'operazione) si applicano:

(...)

e) alle permutate e ai conferimenti di azioni o quote, mediante i quali uno dei soggetti indicati nella lettera a) acquisti o integri una partecipazione di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile, ovvero incrementi, **in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo**, in uno dei soggetti indicati nella stessa lettera, residente in uno Stato della Comunità diverso da quello del primo, attribuendo ai partecipanti proprie azioni o quote in cambio di quelle ricevute in permuta o conferimento ed un eventuale conguaglio in danaro non superiore al 10% del valore nominale delle suddette azioni o quote, sempre che alcuno dei partecipanti che effettuano lo scambio sia residente nel territorio dello Stato ovvero la partecipazione scambiata sia relativa ad una stabile organizzazione nel territorio dello Stato di un soggetto indicato nella lettera a)».

### 3. I motivi di conflitto delle norme e prassi interne

#### 3.1 L'acquisizione di una ulteriore partecipazione

Come si è detto in premessa, il regime degli scambi di azioni intrae in Italia non si applica nei casi in cui la società acquirente integri una partecipazione di controllo già detenuta per motivi diversi dall'esistenza di un obbligo legale o di un vincolo statutario.

La locuzione "**ovvero incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo**" è stata introdotta nell'articolo 178, comma 1, lettera e) del Testo unico italiano dall'articolo 1, comma 1, lettera d), D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 199 "al fine di conformare l'ordinamento interno alla direttiva 2005/19/CE, modificativa della direttiva 90/434/CEE", poi rifiuta nella citata direttiva 2009/133/CE<sup>2</sup>. In pratica, si è trattato di recepire, nell'articolo 178 del Testo unico, la modifica all'articolo 2, par. 1 lettera d) della direttiva 90/434/CEE (ora art. 2, par. 1, lettera e) della Direttiva 2009/133/CE) introdotta con l'art. 1, punto 3), lett. b), della direttiva 2005/19/CE.

Come si è detto in premessa, il recepimento della Direttiva del 2005 in Italia è avvenuto in modo parziale. Il tenore letterale della Direttiva, infatti, è inequivocabile: anche i conferimenti successivi a quello che ha consentito l'acquisizione della maggioranza dei diritti di voto nella società scambiata beneficiano del regime di piena neutralità fiscale. Nella legislazione italiana, invece, questi conferimenti sono neutrali solamente se la percentuale di controllo viene incrementata "in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario".

#### ***Iter formativo della legge italiana***

Le ragioni del recepimento parziale non sono ben spiegate dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo 199 del 2007 citato. La **relazione**, infatti, si limita a precisare quanto segue:

---

<sup>2</sup> V. l'*incipit* all'articolo 1 citato.

«... con la sostituzione della lett. d) dell' art. 2 della "direttiva base", operata dall'articolo 1, comma 1, punto 3, lettera b) della direttiva 2005/19, tale definizione (quella di scambio di partecipazioni, nda) viene integrata nel senso di ricomprendervi non più solo l'operazione mediante la quale una società "acquisisce 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", ma anche quella in cui la società cosiddetta acquirente, pur detenendo già tale maggioranza, "acquisisce un'ulteriore partecipazione".

Nel considerando 15 della direttiva, a commento della suddetta modifica, viene osservato come non sia raro "che gli statuti delle società e le regole di voto siano formulati in modo che siano necessarie ulteriori acquisizioni prima che l'acquirente possa ottenere il controllo totale della società destinataria. La definizione di "scambio di azioni" dovrebbe pertanto essere modificata per precisare che questo termine copre tutte le ulteriori acquisizioni."

In attuazione di tale modifica, la lett. e) dal comma 1 del citato art. 178 del TUIR è stata **opportunamente** integrata inserendo, dopo le parole "acquisti o integri una partecipazione di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile", la seguente frase: "ovvero incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo"».

È quindi chiaro che recepimento parziale è causato dal fatto che il nostro legislatore, anziché riprodurre il testo della direttiva ha riprodotto quello del "15° considerando" posto in premessa alla direttiva 2005/19/CE. E' evidente, però, che il "15° considerando" ha solo una funzione esemplificativa delle casistiche che possono comportare l'integrazione del controllo e non ha lo scopo di limitare la portata letterale dell'emendamento introdotto dalla direttiva 2005/19/Ce, limitandosi a citare il caso in cui disposizioni di legge oppure statutarie impongano *quorum* deliberativi più elevati della maggioranza semplice dei diritti di voto. Possono esserci, infatti, molti altri motivi per cui la società acquirente si trovi in condizione di acquisire partecipazioni eccedenti la maggioranza semplice; alcuni di ordine giuridico (ad esempio, di essere incorsa nei presupposti di una offerta pubblica di scambio "obbligatoria"); altri di ordine semplicemente strategico (ad esempio, la volontà di acquisire il controllo totalitario in vista di una completa integrazione della società partecipata. La Direttiva – nella sua chiara portata letterale - non impedisce di applicare il regime di neutralità anche in queste o altre eventuali situazioni in cui la società acquirente che già detenga una maggioranza semplice dei voti, incrementi la propria partecipazione nella società acquistata.

### **Giurisprudenza della Corte di Giustizia**

Il conflitto fra la normativa nazionale e la Direttiva è inoltre confermato dalla **sentenza della Corte di Giustizia 19 luglio 2012, nella causa C-48/11**. Nella sentenza – che riguarda il caso di conferimento del 19,7% delle partecipazioni di una società di diritto finlandese a una società di diritto norvegese che già deteneva il residuo 80,3% del capitale – la questione non è neppure messa in discussione essendo evidentemente data per scontata l'interpretazione della norma europea.

### **La corrispondenza con la Direttiva 2008/7/CE concernente le imposte sulla raccolta di capitali**

L'intento della direttiva, del resto, è confermato dall'iter formativo di un'altra direttiva: quella concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (Direttiva 2008/7/CE, di rifusione della direttiva 1969/335/CEE) - di poco successiva alla Direttiva 2005/19/CE in discussione.

L'articolo 4, par. 1, lettera b) della citata Direttiva 2008/7/CE dispone che ai fini delle imposte sulla raccolta di capitale non è considerato conferimento di capitale (e quindi non è imponibile), "l'acquisizione da parte di una società di capitali (...) di quote sociali che rappresentano la maggioranza dei diritti di voto di un'altra

società di capitali, a condizione che i conferimenti siano remunerati perlomeno in parte mediante titoli rappresentativi del capitale della precedente società. Se la maggioranza dei diritti di voto è raggiunta in seguito a due o più operazioni, solo l'operazione con la quale è raggiunta la maggioranza dei diritti di voto **e le operazioni successive sono considerate operazioni di ristrutturazione**".

È importante sottolineare che:

- la relazione alla proposta di Direttiva 2008/7/CE<sup>3</sup> afferma che il nuovo enunciato dell'articolo 4, par. 1, lettera b) "è in linea con la terminologia utilizzata nella direttiva 90/434/CEE<sup>4</sup>";
- È quindi legittimo rifarsi agli atti preparatori relativi alla direttiva del 2008<sup>5</sup> ed in particolare alla citata relazione alla proposta varata dalla Commissione<sup>6</sup>.
- Il paragrafo 4 della Relazione, dopo un *excursus* storico relativo all'evoluzione del testo della originaria Direttiva 69/335/CEE, afferma che "l'operazione di ristrutturazione descritta all'articolo 4, lettera b), corrisponde in principio a quelle descritte **all'ex articolo 7, paragrafo 1, lettera b bis)**.
- Il riferimento all'ex articolo 7, paragrafo 1, lettera b bis) è fatto alla Direttiva 69/335/CEE, nel testo modificato con la Direttiva 73/79/CE e prima delle radicali modifiche introdotte con la direttiva 85/303/CEE che ha completamente sostituito l'articolo 7;
- l'interpretazione da dare alla locuzione "nonché le operazioni successive che aumentano questa percentuale" è fornita nella relazione alla proposta di direttiva 73/79/CE<sup>7</sup>, in cui si legge che soltanto l'operazione imponibile a titolo di imposta sui conferimenti che concreta l'acquisto da parte della società conferitaria di una quantità di quote sociali della società conferita che le permettano di raggiungere la percentuale minima, benefica dell'aliquota ridotta dell'imposta "**nonché, ovviamente, le eventuali operazioni successive che soddisfino alle condizioni richieste**". In questo modo, come si desume dalla citata relazione alla proposta di direttiva 73/79/CE (par. 2), si ottiene l'obiettivo di non penalizzare "tutte le operazioni che approdano ad un'unificazione economica di più imprese". Unificazione che, può anche verificarsi in più fasi e che viene agevolata a partire dalla fase che consente di superare la soglia giudicata significativa dal legislatore europeo<sup>8</sup>.

### **Perplessità già note al Parlamento italiano**

Lo stesso legislatore italiano è perfettamente consapevole del rischio che la norma sia in conflitto con il diritto dell'Unione europea. Infatti, la "Nota di lettura" n. 59 del settembre 2007 allo schema del D. Lgs. 199 del 2007 (pag. 5) - dopo aver evidenziato che "l'applicazione della normativa in esame sembra condizionare la neutralità fiscale ai soli casi di incremento dovuto ad obbligo legale o per vincolo statutario, escludendo tutti i casi di incremento volontario delle partecipazioni già possedute", riporta il seguente significativo commento «*Tuttavia un'attenzione particolare va posta con riferimento alla reale portata applicativa della norma, che potrebbe di fatto creare problematiche a livello di contenzioso. Infatti, così come si legge anche sulla stampa specialistica, **sembirebbe che l'applicazione della neutralità fiscale ai soli casi di obbligo legale o di vincolo statutario, così come descritti, possa creare problemi interpretativi. Si ritiene pertanto opportuno che il Governo chiarisca tale aspetto, al fine di garantire la mancanza di***

<sup>3</sup> COM(2006) 760 definitivo.

<sup>4</sup> Ora, direttiva 2009/133/CE

<sup>5</sup> V. Procedura 2006/0253/CNS.

<sup>6</sup> V. COM(2006) 760 definitivo, citato.

<sup>7</sup> COM (72) 984 del 20 settembre 1972.

<sup>8</sup> La relazione citata fornisce alcuni esempi di chiara e univoca interpretazione.

**possibili ricadute in termini di minor gettito e/o di maggiori oneri derivanti da procedimenti giurisdizionali nazionali o comunitari».**

### **Prassi dell’Agenzia delle Entrate**

Non risulta prassi dell’Agenzia delle Entrate italiana sulla nozione di incremento, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, della percentuale di controllo con specifico riferimento all’articolo 178 del testo unico. In particolare, non è mai stato proposto un esempio di obbligo legale o di un vincolo statutario che legittimerebbe l’applicazione della norma.

E’ il caso, però, di mettere in evidenza che il D. Lgs. 199 del 2007 non ha introdotto la locuzione “ovvero incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo” solo nell’articolo 178 del Testo unico, ma anche nell’articolo 177, commi 1 e 2 che disciplinano gli scambi di partecipazioni nazionali prevedendo:

- per le permutate, un regime di neutralità fiscale analogo (anche se non perfettamente identico) a quello previsto dall’articolo 178<sup>9</sup>;
- per i conferimenti, un regime di “realizzo controllato” che consente di evitare o contenere l’emersione di plusvalenze imponibili<sup>10</sup>.

Ciò premesso, con riferimento all’articolo 177 del Testo unico vi è, invece, prassi che non fa che confermare la portata restrittiva della norma italiana ribadendo che il regime speciale “non è fruibile (...) laddove la conferitaria detenga già una partecipazione di controllo nella società conferita, alla quale verrebbero ad aggiungersi le nuove partecipazioni conferite, salva la neutralità degli incrementi operati in virtù di un obbligo legale o vincolo statutario”<sup>11</sup>.

### **3.2 Società acquirente o acquisita residente nello SEE**

La sentenza della **Corte di Giustizia 19 luglio 2012, nella causa C-48/11** ha sancito l’applicabilità dell’articolo 2, lettera e) della direttiva 2009/133/CE anche in un caso in cui la società “acquirente” non era residente in un Paese dell’Unione europea, ma in un paese dello Spazio economico europeo che garantiva un adeguato scambio d’informazioni. In particolare la sentenza ha stabilito il principio che *“l’articolo 31 dell’accordo SEE osta alla legislazione di uno Stato membro che assimila ad una cessione di azioni imponibile uno scambio di azioni tra una società stabilita nel territorio del suddetto Stato membro ed una società stabilita nel territorio di un paese terzo parte di tale accordo, mentre un’operazione siffatta sarebbe fiscalmente neutra qualora coinvolgesse unicamente società nazionali o stabilite in altri Stati membri, laddove esista tra il suddetto Stato membro ed il suddetto paese terzo una convenzione concernente la reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale che prevede uno scambio di informazioni tra autorità nazionali altrettanto efficace quanto quello previsto dalle disposizioni delle direttive 77/799 e 2011/16”*.

---

<sup>9</sup> V. art. 177, comma 2, Tuir; il regime di neutralità fiscale nel caso di permuta di azioni proprie in ambito nazionale differisce da quello intrinseco di cui all’articolo 179 perché subordinato al mantenimento della “continuità contabile” (v. circolare 320/E del 1998, par. 3.4.1)

<sup>10</sup> V. art. 177, comma 2, Tuir, che individua un criterio di valutazione delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento (che rimane realizzativo) ai fini della determinazione del reddito del soggetto conferente. Le quote ricevute in cambio dal soggetto conferente sono valutate, ai fini della determinazione del suo reddito, in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria. Vedere, da ultimo, la risposta 315 del 2020 e prassi in essa richiamata.

<sup>11</sup> V. risposta 135 del 2020.

Anche sotto questo aspetto, quindi, la norma italiana confligge con il diritto dell'Unione. Essa, infatti, trova applicazione solo nel caso in cui la società acquirente e la società acquisita sono residenti in Stati (diversi) dell'Unione europea.

\*\*\*\*\*

#### **4. Conclusioni**

La scrivente Commissione di Studio auspica che codesta Commissione Europea, nell'ambito dei suoi compiti di vigilanza e di tutela del diritto comunitario, possa presto intraprendere un'adeguata azione nei confronti dello Stato italiano ai fini di un sollecito superamento dei segnalati conflitti normativi.

A.I.D.C.

Associazione Italiana Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili

Il Presidente A.I.D.C. Milano



Edoardo Ginevra