

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA INTERNAZIONALE

DIRETTORE RESPONSABILE

VICTOR UCKMAR

EMERITO NELL'UNIVERSITÀ DI GENOVA

CONDIRETTORI

ANDREA AMATUCCI

EMERITO NELL'UNIVERSITÀ FEDERICO II DI NAPOLI

PASQUALE PISTONE

UNIVERSITÀ DI SALERNO E WU DI VIENNA

IN PRIMO PIANO:

DOTTRINA:

Giuseppe Corasaniti, *La stabile organizzazione e l'exit taxation*

Paolo de' Capitani di Vimercate, *Il rapporto tra stabile organizzazione e transfer pricing in alcuni casi di distribuzione di prodotti esteri in Italia*

Nicola Lancelotti, *La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità*

NOTE A SENTENZA:

Andrea Daidone, *Il delicato ruolo della Corte di Giustizia in un'Europa "multilingue". Il caso del regime speciale i.v.a. applicato alle agenzie di viaggio*

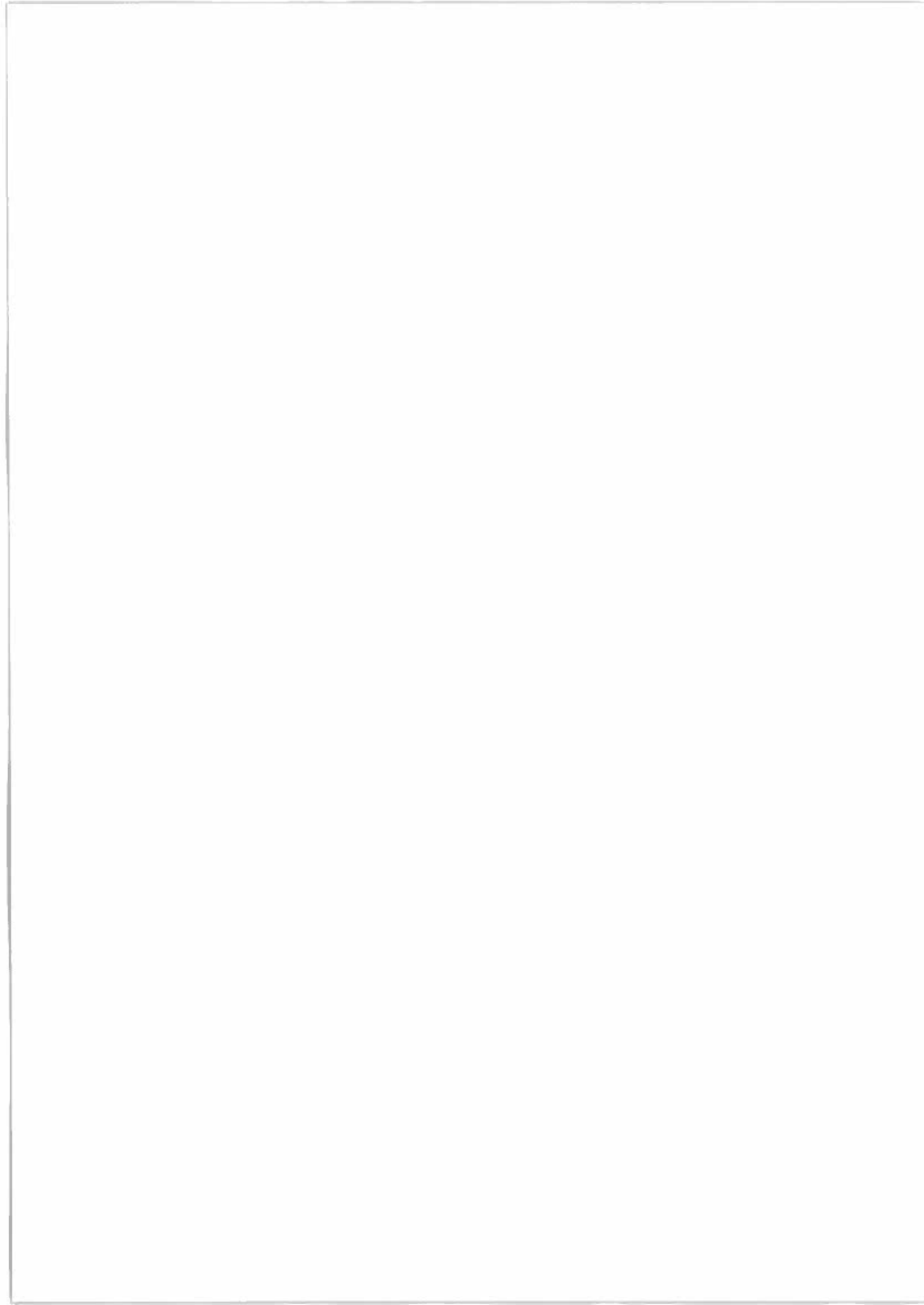
Davide Alberto de Santis, *Recenti sviluppi della Corte di Giustizia Europea nell'ambito della riportabilità cross-border delle perdite fiscali all'interno dell'UE*



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2014



**DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA
INTERNAZIONALE**
Vol. XI - N. 1 - Anno 2014

SOMMARIO

<p>PREMIO ANTONIO UCKMAR 2016..... Pag. 2</p> <p>ASSEGNAZIONE PREMIO ANTONIO UCKMAR 2014 » 5</p> <p>Dottrina</p> <p>S. CAPACCIOLI, Introduzione al trattamento tributario delle Valute Virtuali: Criptovalute e bitcoin..... Pag. 27</p> <p>G. CORASANITI, La stabile organizzazione e l'<i>exit taxation</i> » 69</p> <p>P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, Il rapporto tra stabile organizzazione e <i>transfer pricing</i> in alcuni casi di distribuzione di prodotti esteri in Italia » 95</p> <p>N. LANCELOTTI, La disciplina sulle imprese partecipate estere fra compatibilità con il diritto comunitario, con le norme convenzionali e costituzionalità..... » 109</p> <p>Recensioni</p> <p>C.J. BILLARDI, <i>La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario</i> Pag. 139</p>	<p>Rubriche</p> <p>C. BILLARDI, Rassegna di fiscalità sudamericana Pag. 143</p> <p>Argentina » 143</p> <p>Brasile » 150</p> <p>Colombia » 157</p> <p>Perù » 161</p> <p>Uruguay » 166</p> <p>Venezuela » 173</p> <p>G. CORASANITI, Convenzioni internazionali » 181</p> <p>D. MANDELLI, Internet » 193</p> <p>F. ROCCATAGLIATA, M.G. VALENTE, Fiscalità dell'Unione europea..... » 201</p> <p>R. SUCCIO, U.S. International taxation » 223</p> <p>Rassegna della Corte di Giustizia (a cura di G. Galizia)..... Pag. 243</p> <p>Sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-495/12, <i>Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs vs. Bridport and West Dorset Golf Club Limited</i>..... » 243</p> <p>Sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-563/12, <i>BDV Hungary Trading Kft</i>, in liquidazione vs. <i>Amministrazione Finanziaria</i> » 244</p>
--	--

**Commento alle sentenze della
Corte di Giustizia in rassegna**

A. DAIDONE, Il delicato ruolo della Corte di giustizia in un'Europa "multilingue". Il caso del regime speciale i.v.a. applicato alle agenzie di viaggio Pag. 255

D.A. DE SANTIS, Recenti sviluppi della Corte di Giustizia Europea nell'ambito della riportabilità *cross-border* delle perdite fiscali all'interno dell'UE..... » 271

Note a sentenza e alla prassi

N. LANCELOTTI, La cessione di partecipazioni in società estere localizzate in Stati *black list* in prossimità della chiusura dell'esercizio: la dimostrazione delle esimenti in giudizio non esclude la "condanna" alle sanzioni per l'omessa presentazione dell'interpello preventivo..... Pag. 287

LA STABILE ORGANIZZAZIONE E L'EXIT TAXATION

Abstract: In order to contrast any potential cases of tax evasion, while safeguarding the internal coherence of the tax system, several EU Member States have introduced provisions aimed at levy taxes the hidden values earned by resident companies that, moving abroad, would achieve these gains in the new country of residence where they would be taxed, thereby discomfiting the taxing power of the State of origin. Law cases of the ECJ addresses the need for coordination and regulatory compliance of the various laws of the Member States, defining the boundaries of a discipline that to date is substantially scaled and proportional to the European context. Having acknowledged the views expressed by the Court of Justice and the issues raised by the European Commission, the Italian law has introduced changes in its domestic rules. However, in the absence of a comprehensive enforcement provisions which define the limits, this does not allow traders to fully understand whether and how the domestic law have implemented the guidelines expressed in the European Union.

Abstract: Al fine di contrastare possibili fenomeni evasivi salvaguardando al contempo la coerenza del proprio sistema fiscale interno, numerosi Stati membri UE hanno introdotto disposizioni volte ad assoggettare ad imposta i valori latenti maturati da imprese residenti che, trasferendosi all'estero, finirebbero col realizzare tali plusvalori nel nuovo Stato di residenza ove risulterebbero imponibili, frustrando così la potestà impositiva dello Stato di origine. È stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE a soddisfare l'esigenza di coordinamento e adeguamento normativo delle diverse legislazioni degli Stati membri, definendo i confini di una disciplina che risulta oggi notevolmente ridimensionata e proporzionata al contesto europeo. Lo stesso legislatore italiano, preso atto degli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia nonché dei rilievi mossi dalla Commissione Europea, ha introdotto delle modifiche nella propria normativa interna che tuttavia, in assenza di una completa disciplina attuativa che ne definisca i contorni, non consente agli operatori di cogliere appieno quanto il legislatore nazionale abbia recepito degli orientamenti espressi in sede europea.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul trasferimento di residenza delle società: il caso *National Grid Indus BV* - 2.1. (Segue) Il caso Commissione c. Spagna - 2.2. (Segue) Il caso Commissione c. Danimarca - 2.3. (Segue) Il caso DMC - 3. La normativa italiana sul trasferimento all'estero della residenza dei soggetti esercenti attività di impresa commerciale: l'art. 166 t.u.i.r. - 3.1. Il decreto attuativo di cui all'art. 166, comma 2-*quinquies*, t.u.i.r. - 4. Conclusioni

1. - *Introduzione*

Al fine di contrastare possibili fenomeni evasivi salvaguardando al contempo la coerenza del proprio sistema fiscale interno, numerosi Stati membri UE hanno introdotto disposizioni volte ad assoggettare ad imposta i valori

senza di una completa disciplina attuativa che ne definisca i contorni, non consente agli operatori di cogliere appieno quanto il legislatore nazionale abbia recepito degli orientamenti espressi in sede europea.

2. – La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul trasferimento di residenza delle società: il caso National Grid Indus BV

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha come detto sostanzialmente riscritto la disciplina di numerosi Stati membri in materia di *exit tax* dapprima definendone i limiti con riferimento alle persone fisiche e successivamente con riferimento a quelle giuridiche.

Se in materia di persone fisiche, con le sentenze 11 maggio 2004, causa C-09/02, *Lasterye du Saillant* e 7 settembre 2006, causa C - 470/04, *N³*, la Corte di Giustizia ha avuto modo di dichiarare incompatibili con la libertà di stabilimento le misure nazionali che, pur essendo dettate dall'esigenza di prevenire il rischio di evasione, introducono un meccanismo di imposizione delle plusvalenze latenti in caso di trasferimento del domicilio fiscale al di fuori dello Stato⁴, in materia societaria⁵ il *leading case* è rappresentato dalla

³ Cfr., S. Boers, *Attualità ed esperienza nella exit tax olandese*, in *Rass. Trib.*, 2006, 4, 1401.

⁴ L'art. 167-bis del *Code général des impôts* dispone che: "I contribuenti fiscalmente domiciliati in Francia per un periodo di almeno sei anni nel corso degli ultimi dieci anni sono soggetti ad imposizione fiscale, alla data del trasferimento del loro domicilio al di fuori della Francia, per le plusvalenze accertate sui diritti societari menzionati dall'art. 160".

L'art. 160 dispone che "Qualora un socio, azionista, accomandatario, o portatore di quote beneficiarie cede, nel corso della durata della società, tutti o parte dei propri diritti societari, l'eccedenza del prezzo di cessione di tali diritti rispetto al prezzo di acquisto (...) è imputata esclusivamente all'imposta sul reddito al tasso del 16%. In caso di cessione di uno o più titoli appartenenti ad una serie di titoli della medesima natura acquistati a prezzi diversi, il prezzo d'acquisto da considerare è dato dalla media ponderata del valore d'acquisto dei titoli stessi (...).

L'imposizione della plusvalenza così realizzata è subordinata alla sola condizione che i diritti detenuti direttamente o indirettamente negli utili societari dal cedente o dal suo coniuge, dai loro ascendenti o discendenti, abbiano superato complessivamente il 25 per cento dei benefici stessi in un momento qualsiasi nel corso degli ultimi cinque anni. Tuttavia qualora sia consentita la cessione a favore di uno dei soggetti indicati al presente comma, la plusvalenza è esente se i suddetti diritti societari, entro cinque anni, non vengono rivenduti totalmente, o in parte, ad un terzo. In caso contrario, la plusvalenza viene assoggettata ad imposta a nome del primo cedente, nell'anno in cui è stata effettuata la vendita a terzi".

*tale trasferimento di sede incida sul loro status di società dello Stato membro in oggetto*⁹.

Successivamente la Corte, richiamando i principi elaborati nelle sentenze *Lasteyrie du Saillant* ed *N.*, ha rilevato come “[n]ella causa principale occorre constatare che una società di diritto olandese che intenda trasferire la propria sede amministrativa effettiva fuori dal territorio di tale Stato, nell’ambito dell’esercizio del diritto garantito dall’art. 49 TFUE, subisce uno svantaggio finanziario rispetto ad una società analoga che mantenga la propria sede amministrativa effettiva nei Paesi Bassi. Ai sensi della normativa nazionale di cui alla causa principale, il trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società di diritto olandese in un altro Stato membro comporta infatti l’immediata tassazione delle plusvalenze latenti relative agli attivi trasferiti, mentre siffatte plusvalenze non sono tassate qualora una siffatta società trasferisca la propria sede all’interno del territorio olandese. Le plusvalenze relative agli attivi di una società che effettui un trasferimento di sede all’interno dello Stato membro interessato saranno tassate solo se e nella misura in cui siano state effettivamente realizzate. Tale disparità di trattamento relativa alla tassazione delle plusvalenze è tale da scoraggiare una società di diritto olandese dal trasferire la propria residenza in un altro Stato membro”¹⁰.

La Corte è giunta altresì ad escludere che tale disparità risultasse in alcun modo giustificata da motivi imperativi di interesse generale ovvero ancora dalla necessità di garantire un’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri¹¹.

Anche in materia di proporzionalità tra normativa olandese e diritto europeo, la Corte ha introdotto una distinzione “tra la determinazione

⁹ Cfr. punto 31.

¹⁰ Cfr. punto 37, Si vedano le sentenze *de Lasteyrie du Saillant*, punto 46, e *N.*, punto 35.

¹¹ La sentenza afferma infatti che “[i]l giudice del rinvio ritiene inoltre che una tassazione del tipo di cui alla causa principale costituisca un ostacolo alla libertà di stabilimento. Il provvedimento nazionale che dà origine a tale tassazione potrebbe tuttavia risultare giustificato dallo scopo di garantire l’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, conformemente al principio della territorialità fiscale legata ad una componente temporale. A tal fine, il giudice del rinvio spiega che l’art. 16 della *Wet IB* si fonda sull’idea secondo cui la totalità dell’utile generato da una società residente dev’essere tassata nei Paesi Bassi. Qualora, in seguito al trasferimento della sede amministrativa effettiva della società interessata, essa cessi di essere soggetta ad imposizione nei Paesi Bassi, le plusvalenze latenti relative agli attivi di tale società non ancora tassati nei Paesi Bassi dovrebbero essere considerate utili realizzati ed essere pertanto tassate” (punto 18).

momento del trasferimento della sede amministrativa effettiva, dall'altro lato forme di imposizione in uscita che non prevedano una riscossione immediata o che richiedano la prestazione di una garanzia non si pongono di per sé in conflitto con l'esercizio della libertà di stabilimento.

Il principio espresso dalla sentenza nel caso *National Grid Indus* è stato successivamente ampliato nella sentenza Commissione c. Portogallo¹⁷ la quale ha riguardato il regime di *exit tax* portoghese applicabile nel caso di trasferimento di attivi di una stabile organizzazione da uno Stato membro ad un altro.

In tale sentenza si afferma che *“la medesima conclusione (contenuta nella sentenza National Grid Indus)(...) si impone per quanto riguarda la tassazione delle plusvalenze latenti relative agli attivi di una stabile organizzazione ubicata nel territorio portoghese trasferiti verso un altro Stato membro. L'osservazione (...) della sentenza National Grid Indus (...), secondo la quale gli «attivi di una società sono (...) direttamente utilizzati per attività economiche atte a generare un utile» e della quale la Repubblica portoghese si è avvalsa, è stata fatta non già nell'ambito dell'esame del carattere restrittivo della normativa nazionale pertinente nella causa di cui trattasi, ma nell'ambito dell'analisi della sua proporzionalità, in quanto rifiutava di prendere in considerazione le minusvalenze generatesi successivamente al trasferimento di sede della direzione effettiva di una società in un altro Stato membro. Orbene, non si può pertanto, (...), trarre da tale considerazione della Corte la conseguenza che, da un lato, la fine del collegamento degli attivi di una stabile organizzazione ad una qualsiasi attività economica in uno Stato membro e, dall'altro, il trasferimento di tali attivi in un altro Stato membro in occasione della cessazione dell'attività della suddetta stabile organizzazione nel primo Stato membro siano situazioni comparabili”*.

Salvo questa precisazione, la Corte ha confermato i criteri interpretativi espressi nella sentenza *National Grid Indus* sia con riguardo all'assenza di proporzionalità di una *exit tax* a riscossione necessariamente immediata e della proporzionalità di un'eventuale norma interna che preveda interessi coi quali rivalutare il *quantum* della riscossione differita.

Occorre osservare come la sentenza *National Grid Indus* sia stata oggetto di critiche in dottrina laddove afferma che, per attenuare il rischio di mancata riscossione (potenzialmente destinata ad aumentare con il passare del

¹⁷ Cfr., L. Cerioni, *The “Final Word” on the Free Movement of Companies in Europe following the ECJ's VALE Ruling and a Further Exit Tax Case?*, in *European Taxation*, 2013, 53, 7.

In base alla normativa spagnola sull'imposta sulle società, le plusvalenze non realizzate risultavano incluse nella base imponibile dell'esercizio fiscale qualora la residenza o gli attivi di una società stabilita in Spagna fossero trasferiti in un altro Stato membro ovvero ancora nel caso in cui cessasse la stabile organizzazione spagnola²⁰.

Secondo la Commissione, tale regime risultava discriminatorio in considerazione del fatto che analoghe operazioni, qualora eseguite all'interno del territorio spagnolo, non avrebbero prodotto alcuna conseguenza fiscale immediata.

La Corte, ad eccezione del caso della cessazione della stabile organizzazione spagnola, ha ritenuto che l'immediata imposizione delle plusvalenze in occasione del trasferimento della residenza o degli attivi dalla Spagna ad un altro Stato membro fosse idonea a generare una disparità di trattamento tra operazione interna ed operazione transnazionale.

Secondo la Corte, infatti, il diritto dell'Unione garantisce il diritto a che le legislazioni nazionali salvaguardino la propria competenza tributaria ma, a condizione che siffatte misure rispettino in ogni caso il principio di proporzionalità.

Ciò posto, la Corte ha osservato come l'ordinamento spagnolo avrebbe potuto perseguire l'obiettivo di tutelare la propria potestà impositiva prevenendo l'assoggettamento della plusvalenza realizzata a seguito del trasferimento operando come se la società interessata non si fosse mai trasferita all'estero, potendo i meccanismi di scambio di informazione tra gli Stati fornire un controllo di veridicità sulle dichiarazioni rese dalle società che decidessero di optare per il pagamento differito.

d'imposta; a seguito del trasferimento della residenza, la società aveva poi perso retroattivamente l'agevolazione.

Di fronte alla richiesta, avanzata dall'amministrazione finanziaria lussemburghese per il recupero dell'imposta, il contribuente aveva presentato ricorso al *Tribunal Administratif* che a sua volta aveva rinviato la questione alla Corte di giustizia che dichiarò la normativa lussemburghese come idonea a generare una disparità di trattamento ingiustificata.

Peraltro, poiché il caso di specie ruotava attorno alla revoca di un'agevolazione la Corte aveva ritenuto di dover valutare l'esistenza "di un nesso diretto tra il vantaggio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale vantaggio tramite un prelievo fiscale determinato che, non individuato, ha portato la Corte a dichiarare la non conformità della norma lussemburghese col diritto dell'Unione.

²⁰ Cfr., art. 17, Legge delle imposte sulle società, lett. a) e b) e c). In dottrina A.M. Jimenez e J.M. Calderon Carrero, *Le exit taxes e il diritto europeo: l'esperienza spagnola*, in *Studi Tributari Europei*, 2009, 1.

con la sentenza 18 luglio 2013²¹, ha così ulteriormente precisato che “[l]a circonstance que des solutions choisies dans d’autres Etats membres puissent être différentes de celle que le Royaume de Danemark est susceptible de retenir est sans incidence sur la possibilité, pour celui-ci, de percevoir, après le transfert d’un actif dans un autre Etat membre, l’impôt sur les plus-values latentes afférentes à ces actifs, dès lors que l’établissement définitif du montant de l’impôt est déterminé au moment dudit transfert”²².

Ciò posto, secondo la Corte [i]l résulte de l’ensemble des considérations qui précèdent qu’il convient de constater que, en adoptant et en maintenant en vigueur l’article 8, paragraphe 4, de la loi relative à l’impôt sur les sociétés, et, partant, un régime fiscal qui prévoit la taxation immédiate des plus-values latentes afférentes à un transfert d’actifs, réalisée par une société établie au Danemark, vers un autre Etat membre de l’Union ou vers un Etat tiers partie à l’accord EEE, le Royaume de Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 49 TFUE et 31 de cet accord”²³.

2.3. – (Segue) Il caso DMC

Anche l’ordinamento tedesco in materia di *exit tax* avrebbe potuto evidenziare dei profili di incompatibilità comunitaria. Il Tribunale fiscale di Amburgo²⁴, infatti, ha deferito alla Corte di Giustizia la normativa sulla *exit tax* tedesca applicabile *ratione temporis*, che prevedeva l’assoggettamento ad imposta delle plusvalenze latenti derivanti dal conferimento in una società di capitali tedesca di partecipazioni in una società di persone tedesca (equiparabile ad una stabile organizzazione), quando i redditi derivanti dalla eventuale e futura cessione delle partecipazioni emesse a servizio del conferimento stesso non fossero rientrati nella potestà impositiva tedesca, essendo il soggetto non residente in Germania.

In particolare, ha sottolineato l’organo remittente, “[s]econdo la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia devono considerarsi come restrittive della libertà di stabilimento tutte le misure che impediscono

²¹ Commissione contro Regno di Danimarca, Causa C-261/11.

²² Cfr. punto 38.

²³ Cfr., punto 48.

²⁴ Il Tribunale, nell’ordinanza di remissione, solleva altresì un dubbio di proporzionalità della normativa oggetto di contestazione nonché sulla idoneità della stessa laddove prevede la possibilità di rateizzare il versamento dell’imposta a fronte della prestazione di una garanzia, potendo anche tale previsione costituire un’ulteriore elemento di restrizione alla libertà di cui all’art. 49 TFUE.

Tale regime, che si applica sia in riferimento ai conferimenti domestici sia a quelli eseguiti da un conferente non residente, prevede inoltre che l'eventuale imposizione sulla plusvalenza determini la rivalutazione del costo fiscale dei beni oggetto di conferimento in capo alla società conferitaria.

La Corte di Giustizia, con la sentenza 23 gennaio 2014, causa C-164/12, dopo aver rilevato come la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri costituisca un obiettivo legittimo e che, in mancanza di disposizioni di unificazione o di armonizzazione adottate dall'Unione europea, gli stessi rimangano competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione del loro potere impositivo al fine di eliminare le doppie imposizioni, ha giudicato compatibile la disciplina tedesca sulla *exit tax* applicabile *ratione temporis*.

Secondo la Corte, infatti, la trasformazione delle quote di una società in accomandita semplice in quote di una società di capitali non può comportare per lo Stato membro in cui si trovi la sede di tali società, la rinuncia alla potestà impositiva sulla plusvalenza generata ma non realizzata sul proprio territorio prima della trasformazione.

In tale contesto, ha affermato la Corte, la circostanza che la normativa tedesca determini l'imponibilità di plusvalenze non realizzate non mette in discussione la legittimità dell'obiettivo di garantire la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri interessati; in questo senso la Corte ha richiamato la sentenza *National Grid Indus* laddove ha affermato che uno Stato membro è legittimato a tassare il valore economico generato da una plusvalenza latente sul proprio territorio ancorché la plusvalenza medesima non sia stata ancora effettivamente realizzata.

Tale possibilità, del resto, deriverebbe anche dal fatto che gli Stati membri possono individuare come fatto generatore della pretesa impositiva anche quello diverso dall'effettiva realizzazione delle plusvalenze medesime ed in questo senso la normativa tedesca avrebbe previsto come momento impositivo quello dell'esposizione delle plusvalenze latenti relative alle quote di una società in accomandita semplice qualora tali quote siano trasformate in quote di una società di capitali²⁵.

La necessità di garantire il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, ha precisato la Corte, può giustificare una normativa come quella tedesca unicamente a condizione, che lo Stato membro sul territorio del quale i redditi siano stati generati (la Germania) risulti

²⁵ In questo senso cfr. Sentenza del 18 luglio 2013, Commissione/Danimarca, C-261/11, punto 37.

liano, essendone stato inserito il principio in essa contenuto all'interno dell'art. 166, co. 2-*quater*, t.u.i.r. da parte dell'art. 91, co. 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27²⁷.

Tale articolo del decreto ha altresì previsto l'inserimento di un nuovo comma 2-*quinqüies* che demanda ad un successivo decreto non regolamentare del Ministero dell'Economia e delle Finanze la definizione, tra l'altro, delle fattispecie che determinano la decadenza della sospensione, i criteri di determinazione dell'imposta dovuta e le modalità di versamento. Nella Gazzetta Ufficiale del 12 agosto è stato pubblicato il decreto 2 agosto 2013 del ministro dell'Economia e delle Finanze, recante le disposizioni attuative dell'art. 166, comma 2-*quater*, t.u.i.r..

Sul tema occorre, infatti, sottolineare come la Corte di Giustizia abbia ritenuto di dover in ogni caso demandare alla potestà impositiva dello Stato membro di "uscita" circa le modalità di determinazione della plusvalenza latente da assoggettare ad imposizione al momento dell'effettivo realizzo ed unicamente fino al momento del trasferimento della residenza.

L'emanazione di tale decreto, in definitiva, non solo consente di tutelare gli interessi finanziari dello Stato italiano, ma consente altresì di evitare che misure restrittive alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE vengano ulteriormente applicate.

La modifica apportata all'art. 166, t.u.i.r. si è resa necessaria a seguito della denuncia, presentata il 1° marzo 2009 da parte dell'Associazione Nazionale Dottori Commercialisti di Milano alla Commissione europea, dove si sosteneva la natura penalizzante del regime di *exit tax* allora vigente, che aveva determinato l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia²⁸.

In particolare, la denuncia presentata dalla Commissione aveva definito la norma di cui all'art. 166 t.u.i.r., eccessiva sia rispetto allo scopo di contrastare le pratiche intese esclusivamente ad eludere l'imposta normalmente dovuta sul reddito di impresa che rispetto allo scopo di dare efficacia ai controlli fiscali, in quanto idonea a colpire indiscriminatamente tutti quei contribuenti italiani che avrebbero voluto lasciare l'Italia per insediarsi in altro Stato europeo nonché sproporzionata, in quanto, con la tassazione delle plusvalenze latenti immediatamente nel periodo di imposta del trasferimento della sede della società, non si sarebbe tenuto conto né dell'onere finanziario

²⁷ Cfr. sul tema dell'incompatibilità della normativa di cui all'art. 166, t.u.i.r. ante modifiche con l'ordinamento europeo, V. Ficari, *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al Trattato dell'exit tax sulle plusvalenze latenti*, in *Rass. trib.*, 2004, 2129.

²⁸ Cfr., procedura n. 2010/4141.

residenza fiscale all'estero da parte di una società di capitali non dà luogo di per sé all'imposizione dei soci della società trasferita".

Il nuovo comma 2-*quater* riconosce, per i trasferimenti effettuati successivamente al 24 gennaio 2012, la facoltà di optare per la sospensione degli effetti del realizzo a chi sposta il domicilio fiscale in Stati appartenenti all'UE ovvero in Stati aderenti allo SEE inclusi nella *white list* di cui al decreto (non ancora) emanato ai sensi dell'art. 168-*bis*, co. 1, t.u.i.r. e con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010.

Il regime in materia di *exit tax* presuppone la residenza fiscale in Italia. In via preliminare occorre ricordare come la stessa, ai sensi degli artt. 2 e 73, t.u.i.r. ricorre allorché siano rispettati per la maggior parte del periodo di imposta i requisiti previsti da tali due articoli e che il trasferimento di residenza effettuato nella seconda parte di tale periodo non sottrae il contribuente dalla potestà impositiva italiana per tale periodo in quanto il collegamento con l'ordinamento italiano si deve considerare come già cristallizzato.

Sul tema del trasferimento della residenza fiscale, occorre segnalare un possibile problema applicativo allorché, ad esempio, si debbano riconciliare con il trasferimento comportamenti fiscali che fino a quel momento erano (ovviamente) disciplinati in base alla disciplina prevista per i soggetti residenti: si pensi al caso dei redditi corrisposti a soggetti non residenti che, in quanto tali, sono assoggettati ad imposta sostitutiva mediante applicazione della ritenuta alla fonte.

Sempre in tema di residenza fiscale, il d.lgs. n. 199 del 2007, recependo la Direttiva 2005/19/CE, ha previsto che il trasferimento della residenza di una società di capitali all'estero non comporta l'assoggettamento ad imposizione dei suoi soci, non avendo tuttavia specificato se tale regime si applichi anche nel caso di società di persone o di enti trasparenti.

Tornando alla disciplina domestica, essa dunque prevede che, salvo l'esercizio dell'opzione di cui al comma 2-*quater*, allorché un imprenditore individuale, una società o un ente trasferisce la propria residenza o la sede legale all'estero, questo evento costituisce automaticamente il presupposto impositivo per l'assoggettamento ad imposizione delle eventuali plusvalenze sui beni (o diritti) componenti l'azienda o del complesso aziendale "trasferito" determinate sulla base di un "valore normale"³⁰ e salvo (e nella

³⁰ Ai sensi dell'art. 9, commi 3 e 4, t.u.i.r., "Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i

la reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari (Islanda e Norvegia), comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio del 16 marzo 2010³³.

Tale previsione riproduce sostanzialmente quanto previsto nel comma 2-*quater* dell'articolo 166 del t.u.i.r., salva la precisazione contenuta nell'ultimo periodo del comma 1 del decreto, con la quale si estende la disciplina in oggetto all'ipotesi del trasferimento all'estero di una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. Tale chiarimento è in linea con l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE espresso nelle sentenze C-38/10 e C-64/11, rispettivamente in materia di *exit tax* portoghese e spagnola, con le quali sono state estese le conclusioni raggiunte nel caso *National Grid Indus* anche al caso del trasferimento, in altro Stato UE, di una parte o di tutti i componenti di una stabile organizzazione, indipendentemente dalla circostanza che questa derivi o meno da un precedente trasferimento di residenza.

Ai fini della determinazione della plusvalenza il decreto statuisce, conformemente alla *ratio* dell'art. 166 t.u.i.r. che considera la perdita della residenza fiscale come un evento realizzativo, che la plusvalenza unitariamente determinata in base al valore normale dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, che non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, debba includere anche il valore dell'avviamento, nonché quello delle funzioni e dei rischi propri dell'impresa sulla base dell'ammontare che imprese indipendenti avrebbero riconosciuto per il loro trasferimento. Quindi sono stati superati i dubbi circa la tassazione dell'avviamento e dei beni immateriali in caso di trasferimento della residenza fiscale³⁴.

Probabilmente motivi di semplificazione sono sottesi alla previsioni del comma 2 dell'art. 1 del citato decreto attuativo, che esclude dalla facoltà di sospensione della riscossione dell'imposta relativa a taluni componenti reddituali, come: i plusvalori relativi ai beni merce, considerata la rapida sostit-

³³ Per un primo commento al Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 2 agosto si vedano M. Piazza, *Trasferimento all'estero con prelievo sospeso*, in *Il Sole 24 ore*, 13 agosto 2013, 19; V. Calcutti e M. Salvi, *La "exit tax" diventa più europea: in Gazzetta le norme attuative*, in *FiscoOggi*, 13 agosto, 2013; G. Albano, L. Miele, *Exit tax "congelata" fino al realizzo*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2013, i quali hanno correttamente sottolineato che il decreto ministeriale non si applica ai trasferimenti di sede che avvengono mediante operazioni straordinarie, ma anche quest'ultima normativa dovrà essere modificata in quanto la fattispecie è analoga a quella prevista dall'art. 166 t.u.i.r..

³⁴ In tal senso G. Albano, L. Miele, *Exit tax "congelata" fino al realizzo*, cit..

specie ordinarie di realizzo previste nell'ordinamento interessato oppure fossero ammissibili modalità di riscossione differita diversamente modulata (ad esempio, rateale). A tal riguardo il decreto attuativo prevede due modalità alternative tra sospensione e pagamento rateale, la cui scelta è rimessa al libero apprezzamento del contribuente.

In particolare il comma 6 dell'art. 1 del decreto dispone la riscossione delle imposte sui redditi oggetto di sospensione nell'esercizio in cui si considerano realizzati, in base alle disposizioni ordinarie del t.u.i.r., gli elementi dell'azienda o del complesso aziendale trasferito. Per le partecipazioni che costituiscono immobilizzazioni la riscossione avviene non soltanto in occasione della cessione, ma anche in caso di distribuzione degli utili o delle riserve di capitali. Tale precisazione appare motivata da intenti antielusivi. Il regime della sospensione implica un obbligo di monitoraggio annuale dei componenti aziendali trasferiti mediante dichiarazione o apposite comunicazioni.

Invece il comma 7 dell'art. 1 del decreto in commento prevede, in alternativa al pagamento immediato e alla modalità di sospensione della riscossione di cui al comma 6, il versamento dell'*exit tax* in dieci quote annuali di pari importo a partire dall'esercizio in cui ha efficacia il trasferimento. Ovviamente in tale circostanza il contribuente non è tenuto ad alcun obbligo di monitoraggio.

Il comma 5 dell'art. 1 del decreto stabilisce che l'opzione del regime di sospensione può essere esercitata distintamente per singoli beni. Pertanto, il contribuente potrebbe optare per il pagamento immediato dell'imposta per taluni cespiti, per il regime di sospensione della riscossione per altri componenti e per la rateizzazione decennale dell'imposta relativamente ad altri elementi trasferiti.

Nonostante nella sentenza *National Grid Indus* la Corte di giustizia Ue abbia statuito la legittimità, in caso di applicazione della sospensione della riscossione, della richiesta di interessi moratori e di garanzie conformemente alla legislazione nazionale dell'ordinamento interessato, il decreto in commento dispone che le garanzie sono dovute sia in caso di sospensione della riscossione sia in caso di pagamento rateale dell'*exit tax*, ma sempre in misura proporzionale all'importo dell'imposta sospeso. Viceversa gli interessi nella misura prevista dall'art. 20 d. lgs. n. 241 del 1997 sono dovuti soltanto nell'ipotesi di pagamento rateale dell'*exit tax*. Probabilmente si è ritenuto che gli interessi possano essere pretesi soltanto a seguito dell'effettivo realizzo della plusvalenza, che nella riscossione rateizzata si considera immediato.

Il comma 8 dell'art. 1 del decreto prevede le ipotesi di decadenza dal beneficio della sospensione, nei casi in cui non sia ravvisabile l'esercizio

In terzo luogo, il decreto attuativo, pur specificando le sorti dell'avviamento³⁷, delle minusvalenze latenti e delle riserve in sospensione di imposta e confermando la possibilità di utilizzare le perdite pregresse ai fini della determinazione della base imponibile, introduce fattispecie di realizzo di plusvalenze, alternative alla cessione, che non sono espressamente contemplate nelle disposizioni ordinarie del t.u.i.r..

Infine, occorre osservare come l'art. 91 del d.l. n. 1 del 2012 preveda espressamente che le modifiche da esso introdotte si applichino a decorrere dall'entrata in vigore del decreto stesso, lasciando pertanto la normativa pregressa (laddove fosse stata oggetto di impugnazione) esposta a tutti dubbi di compatibilità comunitaria già evidenziati.

Per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina di cui all'art. 166, t.u.i.r., se da un lato appare possibile sostenere la sua potenziale applicabilità alle ipotesi di fusione inversa, qualora oggetto dell'incorporazione sia una società holding residente in Italia detentrici di una partecipazione nella propria controllata non residente³⁸, così non può dirsi nel caso di conferimento di una stabile organizzazione italiana di una società residente in altro Stato membro Ue in una società residente in Italia.

In una simile circostanza, infatti, non potrebbe sostenersi che il conferimento della stabile organizzazione possa beneficiare della neutralità fiscale limitatamente agli *assets* oggetto di conferimento (i.e. la stabile organizzazione stessa) lasciando che le partecipazioni ricevute dalla società conferente in cambio del predetto conferimento risultino assoggettate ad imposizione in base al valore di mercato.

Per poter sostenere ciò, infatti, si dovrebbe partire dal presupposto che a seguito del conferimento le nuove azioni emesse dalla società conferitaria siano destinate a fuoriuscire definitivamente dalla potestà impositiva italiana.

Questo presupposto, tuttavia, risulta smentito dal fatto che, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera f), t.u.i.r., le plusvalenze realizzate dalla cessione della partecipazione detenuta dal socio non residente continuano a considerarsi realizzate in Italia.

D'altro canto, tale potere impositivo risulta precluso per l'Italia dall'articolo 13, ultimo paragrafo, del Modello OCSE di convenzione, ai sensi del quale la potestà impositiva sulle plusvalenze realizzate dalla ces-

³⁷ Cfr., risoluzioni Agenzia delle Entrate, 7 novembre 2006, n. 124/E e 27 gennaio 2009, n. 21/E.

³⁸ A livello comparato esiste in Germania una disposizione di *exit taxation* in caso di fusione inversa tra due società di capitali ivi residenti, qualora il socio della controllante incorporata non sia residente in Germania. Si veda a tal proposito M. Ruhlmann, *German tax pitfalls for cross-border mergers*, in *Tax Notes International*, 2013, 567 ss..

Per altro, è opportuno sottolineare come l'assoggettamento ad imposta dei redditi d'impresa continui a sussistere in relazione ai redditi prodotti dalla stabile organizzazione incorporata - società conferitaria.

Un ulteriore elemento idoneo a negare l'applicabilità del prelievo italiano sulle plusvalenze in questione, è fornito da quanto previsto dall'articolo 176, co. 2 bis, t.u.i.r., ai sensi del quale le plusvalenze realizzate dal conferimento e successiva cessione delle partecipazioni dell'unica impresa da parte dell'imprenditore individuale sono assoggettate al regime dei redditi diversi, con un valore fiscalmente riconosciuto uguale a quello dell'unica azienda conferita.

Un ulteriore argomentazione a sostegno dell'assoggettabilità ad imposta in Italia delle plusvalenze in commento, riguarda la presunta applicabilità dell'articolo 176, comma 4, t.u.i.r., ai sensi del quale *"le aziende acquisite in dipendenza di conferimenti effettuati con il regime di cui al presente articolo si considerano possedute dal soggetto conferitario anche per il periodo di possesso del soggetto conferente. Le partecipazioni ricevute dai soggetti che hanno effettuato i conferimenti di cui al periodo precedente o le operazioni di cui all'articolo 178, in regime di neutralità fiscale, si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell'azienda conferita o in cui risultavano iscritte, come immobilizzazioni, le partecipazioni date in cambio"*.

Questa disposizione attribuisce al conferente, per le partecipazioni ricevute, il medesimo trattamento contabile nonché l'*holding period* dell'azienda conferita sul presupposto che le partecipazioni ricevute continueranno a concorrere alla formazione dei redditi di impresa anche ai fini del regime PEX.

La *ratio* di tale disposizione, pertanto, è unicamente quella di prevedere il *roll over* contabile e dell'*holding period* senza alcuna previsione circa il fatto che tali partecipazioni debbano essere necessariamente attribuite alla stabile organizzazione.

È vero che l'art. 176, comma 4, t.u.i.r., richiama il successivo art. 178 dedicato alle riorganizzazioni UE di cui alla Direttiva 434/90/CEE, ma è anche vero che ciò non significa che tutti gli elementi di tale norma debbano essere applicati alle riorganizzazioni UE a prescindere dalle differenze oggettive che le connotano.

In conclusione, la fattispecie disciplinata dall'art. 176, co. 4, t.u.i.r. è quella del conferimento d'azienda italiana, da parte di una società residente in Italia, ad un società residente in altro Stato membro UE e non anche quella di richiedere l'applicazione della *exit taxation* al caso opposto di "incorporazione" della stabile organizzazione italiana di una società UE, essendo la neutralità di tale fattispecie prevista dall'art. 10 della Direttiva fusioni, ai sensi del quale, a seguito del conferimento di una stabile organizzazione le

azioni di nuova emissione risultano imponibili come redditi d'impresa unicamente nello Stato di residenza del soggetto conferente e non alla fonte dove, in assenza di una convenzione contro la doppia imposizione, la plusvalenza da cessioni di azioni è suscettibile di imposizione unicamente come reddito diverso (art. 67, comma 1, lett. c, t.u.i.r.)⁴¹.

In conclusione, la cd. "incorporazione" di una stabile organizzazione non può giustificare, in Italia, l'imposizione delle plusvalenze in base al valore di mercato delle azioni di nuova emissione ricevute dal soggetto conferente non residente, in quanto ciò sarebbe contrario allo spirito e alla lettera della direttiva 434/90/CEE e non sarebbe nemmeno previsto da alcuna disposizione fiscale italiana.

Come detto, sebbene teoricamente l'Italia mantenga il potere di assoggettare ad imposta le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso delle azioni in base al principio di territorialità di cui all'art. 23, comma 2, lett. f), t.u.i.r., tale diritto non risulta di fatto esercitabile a causa di quanto disposto dall'articolo 13, comma 4, del Modello di Convenzione OCSE, ai sensi del quale gli utili derivanti dall'alienazione di ogni altro bene diversi da quelli menzionati nei paragrafi precedenti del medesimo articolo, sono imponibili unicamente nello Stato di residenza del soggetto alienante.

GIUSEPPE CORASANITI

*Professore associato di Diritto tributario
Università degli Studi di Brescia*

⁴¹ Cfr. M. Gusmeroli, *The Conversion of a Branch into a Subsidiary under the EC Merger Directive: Still "Rarely Pure and Never Simple"*, in *European Taxation*, 2009, 567 ss.; P. Baccaglini, *La Corte di Giustizia delinea i limiti alla libertà di stabilimento nel trasferimento di sede. Le conseguenze sulla exit taxation*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2011, 2, 522.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHILOSOPHY DEPARTMENT