



## La sentenza *National Grid Indus BV*: l'*exit tax* nel caso di trasferimento all'estero

di Piergiorgio Valente e Caterina Alagna

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito che le norme nazionali che prevedono l'imposizione sulle plusvalenze latenti all'atto del trasferimento della sede all'estero non sono di per sé incompatibili con l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, disciplinante il principio della libertà di stabilimento; tuttavia, è in contrasto con il principio della libertà di stabilimento l'imposizione immediata di tali plusvalenze nel periodo d'imposta in cui avviene il trasferimento della sede all'estero.

### 1. Premessa

L'imposizione della c.d. "*exit tax*" all'atto del trasferimento della residenza di una società da uno Stato membro dell'Unione europea ad un altro Stato membro, si pone in un contesto caratterizzato dalla necessità di trovare un equo compromesso tra due esigenze contrapposte:

- da un lato, la necessità di garantire al contribuente il rispetto del principio della libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>1</sup> (di

<sup>1</sup> L'art. 49 del Tfu (ex art. 43 del Tce) dispone che "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un al-

seguito "Tfue"). La libertà di stabilimento costituisce uno dei diritti fondamentali previsti e tutelati dal diritto comunitario: la disposizione di cui all'art. 49 del Tfu assicura il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante e, allo stesso tempo, impedisce allo Stato di origine di porre ostacoli allo stabilimento in un altro Stato membro da parte di uno dei suoi residenti;

- dall'altro lato, l'esigenza di rispettare e garantire il diritto individuale degli Stati membri di **non perdere la potestà impositiva**, a seguito del trasferimento della sede da parte del contribuente, sui redditi "realizzati" nella propria sfera di competenza fiscale.

Finora, la seconda esigenza è prevalsa sulla prima, per cui gli Stati comunitari tendono a tassare le plusvalenze latenti negli elementi patrimoniali salvo che non siano confluiti in una stabile organizzazione nel territorio dello Stato di provenienza della società che trasferisce la propria sede amministrativa.

Ciò in quanto, dopo il suddetto trasferimento, gli elementi patrimoniali non confluiti nella stabile organizzazione escono dalla competenza tributaria dello Stato di provenienza e quindi tendono a non essere più assoggettabili ad imposizione in questo Stato.

tro stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

Sia la Commissione europea nel dicembre 2006<sup>2</sup>, sia il Consiglio nel dicembre 2008<sup>3</sup> si sono occupati della questione.

La risoluzione del Consiglio riconosce la necessità di un coordinamento tra le legislazioni nazionali degli Stati membri diretto ad evitare la doppia imposizione che potrebbe derivare dal trasferimento di attività economiche soggette a giurisdizioni diverse.

In particolare, il Consiglio precisa che qualsiasi soluzione proposta dagli Stati membri deve essere pragmatica e basarsi su strumenti esistenti, quali gli accordi bilaterali e le convenzioni contro le doppie imposizioni, e deve, altresì, limitare gli oneri amministrativi che gravano sui contribuenti e sulle autorità, e salvaguardare i legittimi interessi finanziari degli Stati membri.

Con l'espressione "**trasferimento di attività economiche**", la risoluzione del Consiglio intende qualsiasi operazione con la quale un contribuente, che svolge attività economica ed è assoggettato all'imposta sulle società:

- cessa di essere soggetto all'imposta sul reddito delle società o delle persone fisiche in uno Stato membro (Stato di uscita), mentre, al tempo stesso, diviene soggetto alle medesime tipologie di imposta sul reddito in un altro Stato membro (Stato ospitante);
- trasferisce *assets* e passività da una sede centrale o una stabile organizzazione presenti in uno Stato membro (Stato di uscita) ad una stabile organizzazione o altra sede centrale in un altro Stato membro (Stato ospitante).

La risoluzione del Consiglio prevede che, se in caso di trasferimento di attività economiche, lo Stato di uscita si riserva di tassare i plusvalori

latenti corrispondenti alle attività in possesso del contribuente, calcolati come differenza tra il valore di mercato di tale attività alla data del trasferimento e il loro valore contabile, lo Stato di accoglienza considera il valore di mercato alla data del trasferimento per calcolare il successivo plusvalore in caso di cessione.

Frequentemente, i giudici comunitari sono stati chiamati a fornire un'interpretazione dei principi comunitari, quali ad esempio la libertà di stabilimento, ed in modo particolare a decidere sulla compatibilità del suddetto principio con alcune norme domestiche.

## 2. *Exit tax*: la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

La Corte di Giustizia UE, già nel 2004, con la sentenza dell'11 marzo 2004, causa C-9/02<sup>4</sup>, *de Lasteyrie du Saillant*, ha fornito un'importante interpretazione del principio di libertà di stabilimento.

Il procedimento trae origine dalla domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 43 del Tce (ora, art. 49 del Tfeue), proposta alla Corte di Giustizia UE dal *Conseil d'état* francese, in merito alla causa che oppone il Signor *de Lasteyrie du Saillant* al Ministero dell'Economia e delle Finanze francese.

Nel caso di specie, la domanda ha ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario della normativa francese relativa all'imposta sulle plusvalenze di valori mobiliari non ancora realizzate, dovuta nel caso di trasferimento di un contribuente al di fuori del territorio francese.

In particolare 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".

<sup>2</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*, COM (2006)825 del 19 dicembre 2006, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0825:FIN:it:PDF>.

<sup>3</sup> Cfr. ris. n. 2008/C 323/01 del Consiglio del 2 dicembre 2008, sul coordinamento in materia di tassazione in uscita, in banca dati "fisconline" e in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:323:0001:0002:IT:PDF>.

<sup>4</sup> In banca dati "fisconline". Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. P. Valente-C. Alagna, *Trasferimento all'estero ed imposizione delle plusvalenze*, in "Commercio internazionale" n. 2/2006.

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% 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”.

Il 12 settembre 1998, il Signor *de Lasteyrie du Saillant* ha stabilito la propria residenza in Belgio.

In tale data, egli possedeva o era stato in possesso, negli ultimi cinque anni precedenti il trasferimento di residenza, direttamente o indirettamente, di titoli che davano diritto a più del 25% dei profitti di una società soggetta all'imposta sulle società ed avente sede in Francia.

Poiché il valore monetario dei suddetti titoli era, allora, superiore al loro prezzo di acquisto, il Signor *de Lasteyrie du Saillant* è stato immediatamente assoggettato all'imposta sulle plusvalenze non ancora realizzate relative alle sue azioni nella società francese.

Il giudice francese, nel procedimento presentato dinanzi al *Conseil d'état* dal Signor *de Lasteyrie du Saillant*, ha sospeso il giudizio ed ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE la questione dell'incompatibilità della norma francese che prevede l'imposizione fiscale delle plusvalenze in caso di trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente con il principio di libertà di stabilimento sancito dal diritto comunitario<sup>5</sup>.

La Corte di Giustizia UE ha ritenuto che la disposizione francese in questione fosse tale da restringere l'esercizio della libertà di stabilimento. Difatti, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia UE, la norma francese non vieta al contribuente il diritto di trasferirsi all'e-

stero, ma ha l'effetto di dissuaderlo dall'esercitare tale diritto. Ciò, perché i contribuenti francesi che intendono stabilirsi in un altro Stato membro, per il solo fatto di trasferire il domicilio fiscale al di fuori della Francia, vengono assoggettati ad un'imposta sul reddito non ancora realizzato, e sono sottoposti quindi ad un trattamento meno favorevole rispetto ad un soggetto che, al contrario, mantengono la residenza in Francia.

Inoltre, la normativa francese sulla tassazione delle plusvalenze latenti in caso di trasferimento all'estero, contiene un altro elemento discriminatorio, relativo alla possibilità di rinviare il pagamento dell'imposta dovuta. Difatti, nel caso in cui il contribuente francese decidesse di rinviare il pagamento dell'imposta dovuta sulle plusvalenze mobiliari latenti alla data del trasferimento all'estero, dovrebbe presentare garanzie idonee ad assicurare il pagamento dell'imposta.

La Commissione UE, nella Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 19 dicembre 2006, ha affermato che l'interpretazione della libertà di stabilimento fornita dalla Corte di Giustizia UE nella causa *de Lasteyrie du Saillant*, per quanto concerne le norme “sull'imposizione all'uscita” applicabili alle persone fisiche, abbia anche implicazioni dirette sulle norme in materia di tassazione in uscita che gli Stati membri applicano alle società.

Dalla sentenza *de Lasteyrie du Saillant* si desume che i contribuenti che esercitano il loro diritto alla libertà di stabilimento spostandosi in un altro Stato membro **non possono essere soggetti ad un onere fiscale più elevato** rispetto a quello cui sono soggetti i contribuenti che ri-

<sup>5</sup> Il giudice francese ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: “Se il principio della libertà di stabilimento sancito dall'art. 43 TCE si opponga all'istituzione, da parte di uno Stato membro, a fini di prevenzione del rischio di evasione fiscale, di un sistema di imposizione delle plusvalenze in caso di trasferimento del domicilio fiscale quale quello sopra descritto”.

siedono nello stesso Stato membro.

Uno Stato membro che intenda esercitare i suoi diritti di imposizione sulla differenza tra il valore contabile e il valore di mercato degli attivi al momento del trasferimento può calcolare l'ammontare del reddito sul quale intende preservare il suo diritto di imposizione, a condizione che ciò non si traduca in un'imposizione immediata e che il differimento non sia subordinato alla sussistenza di determinati requisiti<sup>6</sup>.

L'interpretazione del principio di libertà di stabilimento di cui alla sentenza *de Lasteyrie du Sault* è stata confermata dalla Corte di Giustizia UE nella causa C-470/04 (N) del 7 settembre 2006<sup>7</sup> dove è stata dichiarata l'incompatibilità della normativa domestica olandese che prevede l'imposizione dei plusvalori latenti al momento del trasferimento della sede con il principio comunitario sancito dall'art. 49 del Tfeue.

In particolare i giudici comunitari hanno concluso che:

“L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro istituisca un regime impositivo sulle plusvalenze, nel caso di trasferimento di residenza di un contribuente al di fuori di tale Stato membro, come quello di cui alla causa principale, il quale condizioni la sospensione del pagamento di tale imposta alla costituzione di garanzie e non tenga interamente conto delle riduzioni di valore che possono intervenire successivamente al cambio di residenza dell'interessato e che non sono state considerate dallo Stato membro ospitante.

Un ostacolo causato dalla costituzione di una garanzia imposta in violazione del diritto comunitario non può essere eliminato con effetto retroattivo dal semplice svincolo di tale garanzia. La natura dell'atto sulla base del quale la garanzia è stata svincolata non ha alcun rilievo per tale valutazione. Qualora lo Stato membro preveda il pagamento di interessi di mora in occasione della restituzione di una garanzia imposta in violazione del diritto interno, tali interessi sono altresì dovuti nel caso di violazione del diritto comunitario. Spetta poi al giudice del rinvio valutare, in conformità alle linee guida fornite dalla Corte, e nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, l'esistenza di una responsabilità dello Stato membro interessato per il danno causato dall'obbligo di costituire tale garanzia”.

Nel novembre 2011, con la sent. C-371/10<sup>8</sup>, *National Grid Indus BV*, la Corte di Giustizia UE torna ad occuparsi della questione della compatibilità di una norma domestica, che prevede la tassazione delle plusvalenze latenti alla data di trasferimento all'estero di un contribuente, con il principio della libertà di stabilimento.

La controversia riguarda una società olandese con sede operativa nel Regno Unito, la quale ricorre contro l'Amministrazione fiscale dei Paesi Bassi, che aveva imposto la tassazione su una plusvalenza su cambi non ancora realizzata alla data del trasferimento della sede della società nel Regno Unito.

### 3. Il caso *National Grid Indus*: contesto normativo

#### 3.1. La normativa convenzionale

Il Regno Unito e i Paesi Bassi hanno stipulato

una Convenzione contro le doppie imposizioni<sup>9</sup> (di seguito, “la Convenzione”), volta ad evitare la doppia imposizione e a prevenire l'evasione fiscale con riguardo alle imposte sul reddito<sup>10</sup>.

L'art. 4 della Convenzione disciplina il concetto di residenza<sup>11</sup> e in particolare risolve i c.d. casi di “*dual residence*”:

<sup>9</sup> Per ulteriori approfondimenti in tema di convenzioni contro le doppie imposizioni, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, IPSOA, 2012; P. Valente, *Il Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “*il fisco*” n. 33/2010, fascicolo n. 1, pag. 5333; S. Mattia-C. Alagna, *Approvate le modifiche al Modello OCSE 2010. Ecco cosa cambia*, in “*Quotidiano Ipsoa*” del 30 luglio 2010.

<sup>10</sup> Cfr. il testo della convenzione “*Netherlands-UK Double Taxation Convention*”, in <http://www.hmrc.gov.uk/taxtreaties/in-force/n.htm>.

<sup>11</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema della residenza in ambito internazionale, cfr. P. Valente, *La Residenza Fiscale nel Diritto Tributario Internazionale e Comunitario*, in “*Neotera*” n. 2/2009; P. Valente, *La sede di direzione effettiva nel diritto comparato*, in “*il fisco*” n. 28/2009, fascicolo n. 1, pag. 4599; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, op. cit.*; P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, Milano, IPSOA, 2010.

<sup>6</sup> Per approfondimenti sulla sentenza *de Lasteyrie du Sault*, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pagg. 2075 e seguenti.

<sup>7</sup> In banca dati “*fisconline*”.

<sup>8</sup> In “*il fisco*” n. 15/2012, fascicolo n. 1, pag. 2287.

“Ai sensi della presente convenzione, l’espressione residente in uno Stato contraente designa chiunque, in forza della legislazione di tale Stato, sia soggetto a tassazione in detto Stato in base al suo domicilio, alla sua residenza, alla sua sede amministrativa ed ogni altro criterio di natura analoga (...).

(...)

Qualora, ai sensi delle disposizioni di cui al n. 1, una persona non fisica sia residente nei due Stati contraenti, la si considera residente solo nello Stato in cui si trova la sua direzione amministrativa effettiva”.

La disciplina convenzionale pertanto prevede che nel caso in cui una società venga considerata residente in entrambi gli Stati contraenti, essa sarà considerata residente solo dello Stato in cui si trova il “*place of effective management*”<sup>12</sup>.

L’art. 7 della Convenzione si riferisce invece alla tassazione dei c.d. “*business profits*”, e in particolare disciplina la potestà impositiva dei due Stati contraenti in relazione a tali utili:

“gli utili di un’impresa di uno Stato contraente sono tassabili solo in tale Stato, a meno che l’impresa non eserciti la propria attività nell’altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l’impresa esercita in tal modo la propria attività, i suoi utili sono tassabili nell’altro Stato, ma solo in quanto attribuibili alla suddetta stabile organizzazione”.

Con riferimento invece alla tassazione dei *capital gains*, l’art. 13 della Convenzione prevede che:

“I profitti che un residente in uno Stato contraente ottiene dall’alienazione di beni immobili (...) che si trovano nell’altro Stato contraente sono tassabili in tale altro Stato.

I profitti provenienti dall’alienazione di beni mobili che fanno parte dell’attivo di una stabile organizzazione che un’impresa di uno Stato contraente possiede nell’altro Stato contraente (...), ivi compresi i profitti derivanti dall’alienazione della stabile organizzazione stessa (...) sono tassabili in tale altro Stato.

I profitti provenienti dall’alienazione di navi o aeromobili utilizzati nel traffico internazionale (...) sono tassabili solo nello Stato contraente in cui si trova la sede amministrativa effettiva dell’impresa. I profitti ottenuti dall’alienazione di qualsiasi altro bene non contemplato ai nn. 1, 2 e 3, sono tassabili solo nello Stato contraente in cui risiede il cedente”.

### 3.2. La normativa olandese

L’art. 16 della Legge del 1964 sull’imposta sul

reddito (“*Wet op de inkomstenbelasting 1964*”, di seguito “*Wet IB*”) dispone che:

“I profitti societari non ancora rilevati (...) vengono imputati all’utile dell’anno di calendario in cui colui in nome del quale viene esercitata l’impresa cessa di percepire da quest’ultima un utili imponibile nei Paesi Bassi”.

Ai sensi dell’art. 8 della Legge del 1969 sull’imposta sulle società (“*Wet op de vennootschap*

*sbelasting*”, di seguito “*Wet VPB*”), l’art. 16 della *Wet IB* si applica, per analogia, al prelievo dell’imposta sulle società.

<sup>12</sup> Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit.

Conformemente all’art. 2, n. 4, della *Wet VPB*, si prevede che

“se un ente è stato costituito secondo il diritto olandese, continua ad essere considerato avente sede nei Paesi Bassi ai fini dell’applicazione della presente legge (...).”

#### 4. L'oggetto del contenzioso

La sentenza della Corte di Giustizia UE nel caso *National Grid Indus* trae origine dalla controversia tra l'Amministrazione fiscale olandese e la società, *National Grid Indus BV*, in merito alla tassazione delle plusvalenze latenti al momento del trasferimento della sede amministrativa effettiva al di fuori del territorio dei Paesi Bassi.

La *National Grid Indus BV* è una società a responsabilità limitata di diritto olandese, la cui sede amministrativa effettiva è stata localizzata nei Paesi Bassi fino al 15 dicembre 2000.

Dal 10 giugno 1996, tale società è titolare di un credito di 33.113.000 GBP, nei confronti della *National Grid Company plc*, società con sede nel Regno Unito.

In seguito all'aumento del cambio della sterlina britannica rispetto al fiorino olandese, sul suddetto credito si è originato un profitto sul cambio non realizzato, equivalente, alla data del 15 dicembre 2000, a 22.128.160 NLG.

In tale ultima data, la *National Grid Indus BV* ha trasferito nel Regno Unito la propria sede amministrativa effettiva.

Conformemente all'art. 2, n. 4, della *Wet VPB*, la *National Grid Indus BV*, essendo stata costituita secondo il diritto olandese, è rimasta in linea di principio soggetta ad imposizione nei Paesi Bassi, senza alcuna limitazione.

Tuttavia, ai fini della disciplina convenzionale (che prevale sul diritto nazionale), la *National Grid Indus BV*, dopo il trasferimento della propria sede amministrativa effettiva, doveva essere considerata residente nel Regno Unito.

Difatti, in seguito al trasferimento della sede amministrativa effettiva nel Regno Unito, la *National Grid Indus BV* **non disponeva più di una stabile organizzazione** nei Paesi Bassi; il diritto di tassare gli utili e i profitti di tale società, dopo il suddetto trasferimento spettava esclusivamente al Regno Unito, ai sensi degli artt. 7, comma 1 e 13, comma 4 della Convenzione.

Per effetto dell'applicazione della disciplina convenzionale, la *National Grid Indus BV* non realizzava pertanto alcun reddito imponibile nei Paesi Bassi; di conseguenza, ai sensi dell'art. 16 della *Wet IB* e dell'art. 8 della *Wet VPB*, si rendeva necessaria la liquidazione finale delle plusvalenze latenti esistenti al momento del trasferimento della sede della società.

A tal fine, l'Amministrazione finanziaria olandese ha provveduto alla tassazione, sul cambio esistente in data 15 dicembre 2000 (data del trasferimento nel Regno Unito della sede amministra-

tiva effettiva della società), per un importo pari a 22.128.160 NLG.

La *National Grid Indus BV* ha proposto ricorso contro la decisione dell'Amministrazione finanziaria olandese dinanzi al "*Rechtbank Haarlem*", il quale, con sentenza del 17 dicembre 2007, ha confermato la decisione assunta dall'Amministrazione finanziaria olandese. La società olandese ha quindi proposto appello al "*Gerechtshof Amsterdam*", avverso la sentenza del "*Rechtbank Haarlem*".

Secondo il giudice del rinvio, la *National Grid Indus BV* può **invocare la libertà di stabilimento** per opporsi agli effetti fiscali che i Paesi Bassi, in quanto Stato membro di provenienza, ricollegano al trasferimento in un altro Stato membro della sede amministrativa effettiva della società.

Tuttavia, il provvedimento dell'Amministrazione finanziaria olandese potrebbe essere giustificato dallo scopo di garantire l'**equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri**, conformemente al principio della territorialità fiscale. Difatti, l'art. 16 della *Wet IB* si fonda sull'idea che la totalità dell'utile generato da una società residente sul territorio dello Stato deve 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.

Il giudice del "*Gerechtshof Amsterdam*" non esclude, ai sensi della giurisprudenza esistente<sup>13</sup>, che l'imposta di liquidazione finale applicata dall'Amministrazione finanziaria olandese possa essere considerata sproporzionata, dal momento che determina un debito fiscale immediatamente esigibile e che non tiene conto delle minusvalenze che intervengono a seguito del trasferimento della sede della società.

Nello stesso tempo, il rinvio della riscossione dell'imposta sino al momento dell'effettivo realizzo delle plusvalenze potrebbe presentare diversi problemi operativi.

In tale contesto, il "*Gerechtshof Amsterdam*" decide di sospendere il giudizio e sottoporre alla decisione della Corte di Giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

<sup>13</sup> Cfr. sentenze 11 marzo 2004, causa C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant* e 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*.

- “se, nel caso in cui uno Stato membro imponga ad una società costituita secondo il diritto di tale Stato membro, in caso di trasferimento della propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, un’imposta di liquidazione finale, tale società possa invocare l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea nei confronti di questo Stato membro;
- in caso di soluzione affermativa della suddetta questione, se un’imposta di liquidazione, che include le plusvalenze degli elementi patrimoniali della società trasferiti dallo Stato membro di provenienza a quello ospitante, come valutati al momento del trasferimento della sede, senza possibilità di differimento né di prendere in considerazioni future minusvalenze, sia contraria al concetto di libertà di stabilimento;
- se la soluzione della questione che precede dipenda anche dalla circostanza che l’imposta di liquidazione finale considerata riguarda un profitto intervenuto nella circoscrizione fiscale olandese, mentre detto profitto non può essere evidenziato nello Stato ospitante ai sensi del regime tributario ivi vigente”.

## **5. La decisione della Corte di Giustizia UE**

La Corte di Giustizia UE, con la sent. C-371/10 del 29 novembre 2011, ha fissato i principi destinati a rivestire un ruolo fondamentale nella pianificazione delle imprese che operano a livello internazionale. In particolare:

- una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro, che trasferisce in un altro Stato membro la propria sede amministrativa effettiva, **senza che tale trasferimento di sede incida sul suo status di società del primo Stato membro**, può invocare l’art. 49 del Tfu al fine di mettere in discussione la legittimità di un’imposta ad essa applicata dal primo Stato membro in occasione di tale trasferimento di sede;
- la previsione della tassazione immediata delle plusvalenze latenti alla data del trasferimento della sede in un altro Stato membro costituisce, in via generale, una **restrizione della libertà di stabilimento**. Una simile tassazione comporterebbe “uno svantaggio finanziario” per le società olandesi che intendono trasferire la propria sede amministrativa effettiva fuori dal territorio dello Stato rispetto ad una società analoga che mantenga la propria

sede amministrativa effettiva nei Paesi Bassi<sup>14</sup>.

Tuttavia, la Corte di Giustizia UE afferma che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa solo se giustificata da motivi di interesse generale. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione “dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non eccedere quanto necessario per raggiungerlo”<sup>15</sup>.

Il trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società da uno Stato membro ad un altro non può significare che lo Stato membro di provenienza debba rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta una plusvalenza generata nell’ambito della sua competenza fiscale prima del suddetto trasferimento. A tal proposito, la Corte di Giustizia UE ha stabilito che “uno Stato membro, sulla base di tale principio di territorialità fiscale, associato a un elemento temporale, vale a dire la residenza fiscale del contribuente sul territorio nazionale durante il periodo in cui le plusvalenze latenti si sono originate, ha il diritto di tassare tali plusvalenze al momento del trasferimento all’estero del suddetto contribuente”.

Pertanto, la tesi dell’illegittimità dell’imposta sostenuta dalla *National Grid Indus BV* deve essere respinta. Al contrario, la Corte di Giustizia UE ritiene che la riscossione dell’imposta al momento del trasferimento della sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro violi il principio comunitario della proporzionalità, dal momento che rappresenta una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per raggiungere lo scopo da essa perseguito (prevenzione del rischio di evasione fiscale).

Difatti secondo i giudici comunitari,

<sup>14</sup> Difatti, se la *National Grid Indus BV* avesse trasferito la propria sede amministrativa effettiva all’interno del territorio olandese non sarebbe stata soggetta ad alcuna tassazione, dal momento che il profitto sul cambio cui si riferisce la controversia è relativo ad una plusvalenza latente che non ha dato origine ad alcun reddito a vantaggio della *National Grid Indus BV*.

<sup>15</sup> Tale principio risulta da una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia UE. In tal senso, sentenze 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, Racc. pag. I-10837, punto 35; 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, Racc. pag. I-7995, punto 47, tutte in banca dati “fisconline”; 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Racc. Pag. I-2107, punto 64, 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, Racc. pag. I-5145, punto 57, in banca dati “fisconline”.

“la riscossione differita di tale imposta, non metterebbe infatti in discussione il nesso esistente, nella normativa olandese, tra, da un lato, il vantaggio fiscale rappresentato dall'esenzione concessa alle plusvalenze latenti relative agli elementi dell'attivo fintantoché una società percepisca utili tassabili nello Stato membro interessato e, dall'altro, la compensazione di tale vantaggio con un onere fiscale determinato nel momento in cui la società interessata cessa di percepire utili di tal genere”.

Inoltre, la Corte di Giustizia UE, in risposta alle osservazioni poste da alcuni Governi<sup>16</sup> riguardo al rischio di evasione fiscale sottostante il trasferimento della sede all'estero senza la previsione di una *exit tax*, ribadisce un principio già affermato in precedenti sentenze<sup>17</sup>, secondo il quale “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”;

- lo Stato di provenienza **non è tenuto** a computare in **diminuzione dall'imponibile** le **minusvalenze maturate successivamente** al trasferimento. La Corte di Giustizia UE, al punto 59 della sentenza in esame stabilisce che

“l'imposta dovuta sulle plusvalenze latenti è infatti determinata nel momento in cui il potere impositivo dello Stato membro di provenienza nei confronti della società interessata cessa di esistere, nel caso di specie nel momento del trasferimento della sede di tale società. Sia la considerazione da parte dello Stato membro di provenienza di un profitto sul cambio sia la considerazione di una perdita di cambio successive al trasferimento della sede amministrativa effettiva rischierebbero non solo di mettere in discussione la ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, ma anche di portare a doppie imposizioni o a doppie deduzioni di perdite”.

La Corte di Giustizia UE conclude sul tema affermando, al punto 64, che

“l'art. 49 TFUE non osta ad una normativa di uno Stato membro ai sensi della quale l'importo del prelievo sulle plusvalenze latenti relative agli elementi patrimoniali di una società è fissato in via definitiva – senza tener conto delle minusvalenze né delle plusvalenze che possono essere realizzate successivamente – nel momento in cui la società, a causa del trasferimento della propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, cessa di percepire utili tassabili nel primo Stato membro”.

Pertanto, secondo quanto disposto dai giudici comunitari, l'imposta sulle plusvalenze latenti deve essere calcolata sulla **differenza tra il valore di mercato degli elementi patrimoniali alla data del trasferimento e il loro costo fiscalmente riconosciuto**, e non sarà modificabile successivamente.

Con tale sentenza, in merito alla possibilità di tener conto delle minusvalenze che possono intervenire successivamente, la Corte di Giustizia

si discosta da quanto affermato nella sentenza C-470/04, (N), dove si è affermato che “l'art. 43 TCE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro istituisca un regime impositivo sulle plusvalenze, nel caso di trasferimento di residenza di un contribuente al di fuori di tale Stato membro, come quello di cui alla causa principale, il quale condizioni la sospensione del pagamento di tale imposta alla costituzione di garanzie e non tenga interamente conto delle riduzioni di valore che possono intervenire successivamente al cambio di residenza dell'interessato e che non sono state considerate dallo Stato membro ospitante”;

- dovrebbero essere utilizzati i meccanismi di assistenza reciproca tra le autorità degli Stati membri al fine di consentire allo Stato membro di provenienza di effettuare un controllo della veridicità delle dichiarazioni delle società che hanno optato per il pagamento differito dell'imposta sulle plusvalenze latenti alla data

<sup>16</sup> Cfr. punto 83, sent. C-371/10, “I Governi tedesco, spagnolo, portoghese, finlandese, svedese, nonché del Regno Unito fanno valere un rischio di evasione fiscale per giustificare la normativa nazionale di cui trattasi”.

<sup>17</sup> In tal senso, sentenze 20 settembre 2000, causa C-478/98, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-7587; 21 novembre 2002, causa C-346/00, X e Y, Racc. pa. I-10829, punto 62; 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 27, in banca dati “fisconline”; 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, Racc. pag. I-7995, punto 50, in banca dati “fisconline”.

del trasferimento della sede all'estero. In particolare, l'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio del 26 maggio 2008 (2008/55/CE), sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti per imposte, dispone che "l'autorità a diti fornisce all'autorità richiedente, su sua richiesta, tutte le informazioni utili per il recupero del credito".

Tale direttiva può consentire allo Stato membro di provenienza di ottenere dalla competente autorità dello Stato membro ospitante **informazioni relative al realizzo o mancato realizzo** degli **elementi dell'attivo** di una società che abbia trasferito la propria sede amministrativa effettiva in quest'ultimo Stato membro, nei limiti in cui esse siano necessarie a consentire allo Stato membro di provenienza di riscuotere un credito fiscale originato al momento del tra-

sferimento della sede.

## **6. L'exit tax nella disciplina italiana**

La sentenza della Corte di Giustizia UE è destinata a **modificare le attuali norme di "exit tax"** presenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri.

Con riferimento alla disciplina italiana, il comma 1 dell'art. 166 del Tuir, in tema di trasferimento all'estero della residenza, prevede che in caso di trasferimento all'estero della sede dell'impresa, che comporti la perdita della residenza fiscale in Italia, i componenti dell'azienda si considerano realizzati al valore normale, a meno che non siano confluiti in una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

In particolare, l'art. 166 del Tuir dispone che:

"Il trasferimento all'estero della residenza dei soggetti che esercitano imprese commerciali, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che gli stessi non siano confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. La stessa disposizione si applica se successivamente i componenti confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti. Si considerano in ogni caso realizzate, al valore normale, le plusvalenze relative alle stabili organizzazioni all'estero (...)"

La Commissione europea, a seguito di una denuncia promossa dall'Associazione italiana dottori commercialisti (di seguito, Aidc)<sup>18</sup>, ha aperto un procedimento di infrazione nei confronti dello Stato Italiano (n. 2010/4141).

La Commissione di Studio dell'Aidc ritiene che l'imposizione delle plusvalenze latenti, non realizzate, prevista dall'art. 166 del Tuir, sia una misura idonea ad ostacolare, dissuadere o quanto meno, a rendere meno attraente, da parte degli imprenditori italiani, l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dal Tfue.

**Nessuna tassazione anticipata** è invece prevista per i contribuenti italiani che trasferiscono la propria residenza nel territorio dello Stato, ovvero effettuino un trasferimento degli elementi patrimoniali da una sede principale ad una filiale o succursale **sempre all'interno dello Stato italiano**.

La suddetta Commissione sostiene che la norma prevista dall'art. 166 del Tuir, relativa all'imposizione delle plusvalenze latenti al momento del trasferimento all'estero della sede della società, sia una misura:

- eccessiva, rispetto allo scopo di contrastare le pratiche intese esclusivamente ad eludere l'imposta normalmente dovuta sul reddito di impresa;
- eccessiva, rispetto allo scopo di dare efficacia ai controlli fiscali, in quanto colpisce indiscriminatamente tutti quei contribuenti italiani che intendono lasciare l'Italia ed insediarsi in altro Stato comunitario per opportunità imprenditoriali;
- sproporzionata, in quanto, con la tassazione delle plusvalenze latenti immediatamente nel periodo di imposta in cui avviene il trasferimento della sede della società, non si tiene conto nè del gravoso onere finanziario cui deve andare incontro l'impresa, nè che quelle "plusvalenze iscritte solo sulla carta", potrebbero nel tempo ridursi o annullarsi.

Il legislatore italiano, a seguito del pronunciamento sul tema della *exit tax* da parte della Corte di Giustizia UE e al fine di ovviare al procedimento di infrazione aperto dalla Commissione europea sulla c.d. "*exit tax*", è intervenuto emendando l'art. 166 del Tuir.

In particolare, l'art. 91, comma 1, del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012, ha introdotto all'art. 166 del

<sup>18</sup> Cfr. *Denuncia del 1 marzo 2009, n. 5*, in <http://milano.aidc.pro/elencoIncompatibilita.aspx?idNorma=77>.

Tuir i commi 2-*quater* e 2-*quinqües*, i quali di- | spongono che:

*2-quater*: “I soggetti che trasferiscono la residenza, ai fini delle imposte sui redditi, in Stati appartenenti all’Unione europea ovvero in Stati aderenti all’Accordo sullo Spazio economico europeo, inclusi nella lista di cui al decreto emanato ai sensi dell’art. 168-bis, con i quali l’Italia abbia stipulato un accordo sulla reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti comparabile a quella assicurata dalla direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010, in alternativa a quanto stabilito al comma 1 possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto in conformità ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2011, causa C-371-10, National Grid Indus BV”.

*2-quinqües*: “Con Decreto del Ministro dell’Economia e delle finanze di natura non regolamentare sono adottate le disposizioni di attuazione del comma 2-*quater* al fine di individuare, tra l’altro, le fattispecie che determinano la decadenza della sospensione, i criteri di determinazione dell’imposta dovuta e le modalità di versamento”.

Il comma 2 dell’art. 91 del D.L. n. 1/2012 prevede che le nuove disposizioni si applicano ai trasferimenti effettuati successivamente alla data di entrata in vigore del suddetto Decreto<sup>19</sup>.

Pertanto, secondo le nuove disposizioni, la tassazione delle plusvalenze latenti alla data del trasferimento della sede all’estero, può essere sospesa e differita al momento del realizzo degli elementi patrimoniali.

Come si evince dal comma 2-*quater* dell’art. 166 del Tuir, la sospensione degli effetti del realizzo dei componenti dell’azienda previsti dal comma 1 del suddetto articolo, è un regime opzionale attivabile in alternativa al regime ordinario che rimane immutato.

## 7. Conclusioni

La Corte di Giustizia, con la sent. C-371/10, *National Grid Indus BV*, ha risolto la questione della compatibilità di una disposizione sull’imposizione delle plusvalenze latenti al momento del trasferimento all’estero della sede di una società con il principio comunitario della libertà di stabilimento.

Secondo la Corte di Giustizia UE, la c.d. “*exit tax*” mira a prevenire situazioni che compromettono il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale; difatti, dopo il trasferimento della sede all’estero, gli elementi patrimoniali non confluiti in una stabile organiz-

zazione escono dalla competenza tributaria dello Stato di provenienza e quindi tendono a non essere più assoggettati a imposizione in questo Stato.

La sent. C-371/10 della Corte di Giustizia UE ha stabilito il principio secondo cui uno Stato membro, sulla base del principio di territorialità, associato ad un elemento temporale, vale a dire la residenza fiscale del contribuente sul territorio nazionale durante il periodo in cui le plusvalenze latenti si sono originate, **ha il diritto di tassare tali plusvalenze**. L’esercizio di tale diritto impositivo non è di per sé incompatibile con il principio comunitario della libertà di stabilimento.

Al contrario, la **Corte di Giustizia UE** sostiene che la **riscossione (immediata)** dell’imposta sulle plusvalenze latenti al momento del trasferimento della sede della società in un altro Stato membro **è contraria al principio della libertà di stabilimento**, sancito dall’art. 49 del Tfu.

Difatti, la riscossione immediata della suddetta imposta appare sproporzionata rispetto allo scopo che la norma nazionale intende perseguire, cioè quello di prevenire il rischio di evasione fiscale.

In definitiva, l’imposizione “all’uscita” riconosciuta allo Stato membro di provenienza non può essere da questi immediatamente applicata e riscossa, ma va differita, sospendendone gli effetti fino al momento di effettivo realizzo della materia imponibile.

<sup>19</sup> Il D.L. n. 1/2012 è entrato in vigore il 24 gennaio 2012.