



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M. FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
ECONOMIA E DIRITTO**

TESI DI LAUREA

**"Il regime fiscale del trasferimento transfrontaliero
della residenza delle imprese"**

RELATORE:

CH.MO PROF. Marcello Poggioli

LAUREANDA: Roberta Rampin

MATRICOLA N. 1105436

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
IL CONCETTO DI RESIDENZA FISCALE QUALE CRITERIO DI COLLEGAMENTO CON IL TERRITORIO NAZIONALE: LA NORMATIVA INTERNA E IL DELICATO RAPPORTO CON ALTRE REALTÀ INTERNAZIONALI	5
1. Premessa.....	5
2. La residenza fiscale tra diritto interno ed internazionale	6
3. La contrapposizione tra la teoria della sede reale e la teoria d’incorporazione.....	14
4. Profili civilistici del trasferimento della sede sociale all’estero	19
ANALISI DELL’EVOLUZIONE SOVRANAZIONALE IN TEMA DI TRASFERIMENTO DI RESIDENZA DELLE IMPRESE VERSO PAESI ESTERI: GLI INTERVENTI DEGLI ORGANI COMUNITARI.....	25
1. Premessa.....	25
2. La libertà di stabilimento nell’Unione Europea.....	27
3. L’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di exit taxation	31
3.1 Il caso Daily Mail and General Trust (causa C-81/87)	31
3.2 Il caso Überseering (causa C-208/00)	34
3.3 Il caso De Lasteyrie du Saillant (causa C-9/02)	40
3.4 Il caso N (causa C-470/04).....	44
3.5 Il caso Cartesio (C-210/06)	48
3.6 Il caso National Grid Indus B.V. (causa C-371/10)	53
3.7 Il caso Vale Épîtèsi (causa C-378/10)	64
4. L’intervento della Commissione e del Consiglio europeo.....	66
ANALISI DELLA NORMATIVA INTERNA IN TEMA DI “EXIT TAX” E SUA EVOLUZIONE: L’ARTICOLO 166 DEL T.U.I.R.	75
1. Premessa.....	75
2. Dalle tesi della dottrina all’introduzione della prima regolamentazione normativa: analisi delle problematiche interpretative.....	78
3. La stabile organizzazione: l’eccezione alla regola generale di tassazione	87
4. Le modifiche normative che hanno condotto all’attuale formulazione dell’articolo 166 del t.u.i.r.	91
4.1 Analisi dei profili soggettivi	91
4.2 Il presupposto oggettivo e gli aspetti temporali dell’operazione: due questioni utili all’individuazione del momento impositivo	97

4.3 Gli interrogativi concernenti gli elementi che concorrono alla determinazione della plusvalenza unitaria oggetto di exit tax: l'avviamento, i beni isolati d'impresa, le minusvalenze, i beni merce, i fondi in sospensione d'imposta e la stabile organizzazione estera	105
5. I decreti ministeriali attuativi della disciplina del trasferimento di residenza all'estero	112
5.1 Analisi del D.M. del 2 agosto 2013	112
5.2 Il nuovo D.M. del 2 luglio 2014 accompagnato dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 10 luglio 2014.....	128
 IL TRASFERIMENTO DELLA RESIDENZA DI ENTI GIURIDICI ALL'INTERNO DEI CONFINI NAZIONALI: PROBLEMI DI VALORIZZAZIONE DEI COMPONENTI AZIENDALI ALLA LUCE DEL NUOVO ARTICOLO 166-BIS DEL T.U.I.R.	137
1. Premessa.....	137
2. Il precedente vuoto normativo e gli interventi della prassi amministrativa tra valorizzazione al costo storico o al valore corrente.....	139
3. Il trattamento delle perdite pregresse.....	146
4. La recente introduzione dell'articolo 166-bis del t.u.i.r. e l'attuale valorizzazione degli elementi patrimoniali in ingresso	150
5. Il recente riconoscimento della fattispecie del trasferimento di residenza delle imprese all'interno della disciplina sugli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale.....	156
5.1 La normativa del ruling di standard internazionale e la sua evoluzione	157
5.2 Gli aspetti procedurali visti con riferimento allo specifico caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia	164
5.3 Gli accordi preventivi in ottica di aiuti di Stato: il problema della caratteristica di unilateralità	167
 CONCLUSIONI	173
 BIBLIOGRAFIA.....	181
 RINGRAZIAMENTI	197

INTRODUZIONE

A seguito della nascita della Comunità europea e con l'avvento della globalizzazione i sistemi produttivi sono stati soggetti ad un forte dinamismo strutturale dettato, in particolare, da processi di internazionalizzazione, a seguito dei quali le realtà imprenditoriali hanno dovuto rispondere in termini di competitività economica. Sono state avviate una serie di operazioni volte alla riorganizzazione e rilocalizzazione delle attività produttive in funzione dell'ottimizzazione di alcune variabili cruciali, quali i costi legati alla produzione, alla catena distributiva, alla manodopera, fino ad arrivare a considerare anche la leva fiscale. Quest'ultima gioca un ruolo fondamentale nel trasferimento di residenza in quanto, in linea generale, la prospettiva degli enti giuridici tende a considerare la tassazione elevata come fattore che incide in maniera considerevole sul conseguimento degli utili, ossia su risorse economiche funzionali alla realizzazione di investimenti in grado di implementare le *performance* aziendali. Il tutto nel particolare momento che si sta vivendo, in cui la crisi economica ha determinato forti contrazioni dei fatturati e ha portato le imprese a spostare la propria attività verso giurisdizioni che garantiscono un peso fiscale inferiore.

Per contrastare i fenomeni di emigrazione nel corso degli anni molti ordinamenti degli Stati membri cosiddetti "di partenza" hanno previsto l'applicazione di una *exit tax*, ossia di una tassazione che l'impresa deve sostenere su plusvalori latenti esistenti al momento del trasferimento, in maniera tale da assicurare un certo gettito fiscale su presupposti che hanno avuto maturazione in un momento in cui la società era localizzata sul territorio nazionale.

Tralasciando l'insieme delle ragioni che soggiacciono alla scelta di trasferimento della sede sociale, economiche o giuridiche piuttosto che fiscali, nel lavoro viene presentata una panoramica delle implicazioni del fenomeno da un punto di vista del diritto tributario, guardando a differenti piani di analisi: da quello comunitario a quello nazionale, passando anche attraverso quello convenzionale. Difatti, la mobilità di singoli elementi o di interi complessi aziendali determina la nascita di una concorrenza tra competenze esclusive appartenenti ad ogni singolo Stato membro, alla luce però dell'esistenza di un ordinamento sovranazionale. L'Unione, fondata sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che persegue lo scopo di promuovere un progresso economico equilibrato secondo un principio di non discriminazione in relazione alla nazionalità, ha un proprio ordinamento giuridico che integra quello degli Stati membri, limitando o riservandosi alcune competenze di questi ultimi. Si tratta, per meglio dire, del concetto di primato del diritto comunitario.

Il tema oggetto di studio concerne il trasferimento della residenza fiscale attuato dagli enti giuridici che nel corso della vita sociale oltrepassano, in entrata o in uscita, i confini nazionali, comportando il cambiamento della legislazione applicabile non solo in ambito tributario, bensì anche societario. Con l'espressione trasferimento di residenza vengono designate una serie di operazioni relative allo spostamento della sede tra Stati e gli effetti che da esso ne derivano. L'espressione, per quanto non sia tecnica, racchiude al suo interno due elementi importanti: il concetto di residenza fiscale, che deve essere valutato in ragione dei criteri di collegamento riconosciuti anche in ambito internazionale e, in secondo luogo, il concetto di trasferimento stesso, utilizzato per indicare il mutamento degli elementi costitutivi che compongono la residenza, i quali dapprima vengono meno nel Paese di origine ed in seguito si ricostituiscono nel territorio dello Stato di destinazione.

Il tema risulta alquanto articolato dal momento che trova il proprio sviluppo lungo una dimensione verticale ed una orizzontale. La prima afferisce alla coesistenza di sistemi normativi interni propri di ogni Stato - che presentano una totale autonomia soprattutto nell'ambito dell'istituzione e regolamentazione dei tributi - e di sistemi sovranazionali. Infatti, la caratteristica della transnazionalità dell'operazione comporta l'interazione di due ordinamenti, quello "di origine" e quello "di arrivo", ognuno dei quali si occupa di valutare l'ammissibilità dell'operazione di trasferimento ai sensi della propria legge nazionale. Si vuol dire che il trasferimento della residenza sociale soggiace ad un doppio vaglio da parte dei Paesi coinvolti circa le modalità, le condizioni, così come le conseguenze che da esso scaturiscono. Compresenza che richiede un'analisi dei profili e dei limiti del potere impositivo esclusivo di cui godono gli Stati nel proprio territorio nazionale.

Allo stesso tempo, nasce anche il bisogno di temperare l'esigenza degli Stati coinvolti nell'operazione - che si riflette nella volontà di sfruttare l'ultimo momento utile in cui poter esercitare il proprio potere impositivo - con quella degli operatori. Da un lato preservare la potestà normativa tributaria e dall'altro garantire il libero stabilimento delle imprese.

La dimensione orizzontale riguarda invece l'inclusione di varie branche del diritto che vengono interpellate. Si fa riferimento al diritto costituzionale, al diritto internazionale privato, al diritto tributario ed infine al diritto comunitario, derivato o contenuto nei Trattati, che tratta il tema della libertà di stabilimento in concomitanza con un principio di non discriminazione.

Nel corso dell'elaborato saranno tre i temi che verranno affrontati: il concetto di residenza fiscale, la libertà di stabilimento e il trasferimento della residenza da e verso l'estero, i quali verranno intrecciati per il tramite di un'analisi per livelli normativi, partendo

dall'introduzione di alcune nozioni fondamentali per comprendere i ragionamenti presentati nella seconda parte del lavoro, per passare all'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, fino ad arrivare alla valutazione della normativa nazionale. Sul punto si avrà modo di analizzare l'ordinamento interno alla luce di fattori esterni ed interni e delle relative implicazioni, quali l'ampiezza della nozione di residenza, i diversi criteri di collegamento con il territorio, il funzionamento congiunto o disgiunto della teoria della sede reale o dell'incorporazione, la concorrenza tra giurisdizioni fiscali, il ruolo delle convenzioni contro le doppie imposizioni e gli aspetti civilistici della materia.

Il primo, il concetto di residenza, viene valutato alla luce del diritto interno non solo come criterio adottato da uno Stato ai fini dell'identificazione di un soggetto residente, ma anche quale criterio di collegamento idoneo a rilevare il regime di imposizione sulla base del quale i soggetti sono chiamati a contribuire. Esso presenta una stretta correlazione con il diritto internazionale, soprattutto in ragione dei fenomeni di doppia imposizione che sono cresciuti in maniera proporzionale rispetto ai fenomeni transnazionali.

La nozione nazionale di residenza poi ha contribuito a rendere sempre più complicato il coordinamento tra gli Stati membri, primo perché include una serie di criteri di collegamento scelti in maniera arbitraria, e secondo a causa del requisito temporale che affianca un tale concetto, spesso assente all'interno degli ordinamenti stranieri. La difficoltà di trovare un punto d'incontro, quindi, nasce anche dalla considerazione che ogni Paese ha sulla costruzione di un ottimale sistema di tassazione dei redditi.

Altro tema è quello rappresentato dal diritto di stabilimento¹, la libertà fondamentale che maggiormente viene pregiudicata nell'operazione di trasferimento *cross-border*. Nonostante dalla formulazione originaria del Trattato fosse possibile riscontrare alcuni articoli dedicati alla materia - riferendosi agli articoli 49, 54 e 293 del T.F.U.E. -, non è mai stato possibile raggiungere una soluzione comunemente accettata in tema di reciproco riconoscimento degli enti giuridici in occasione della loro movimentazione che coinvolgesse più giurisdizioni.

¹ La libertà di stabilimento è un concetto che nel corso degli anni ha incontrato continue limitazioni apposte alla sua operatività da parte dei Paesi membri. Limitazioni che però sono state eliminate in particolar modo attraverso un costante ed incisivo intervento avvenuto per il tramite dell'attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Nei fatti tale organo comunitario ha ricoperto un ruolo fondamentale nella costruzione dei principi cardine della materia oggetto di studio per il tramite delle sue linee interpretative. Nello specifico si segnala fin da subito che, nel corso degli anni, l'atteggiamento che tale istituzione ha ricoperto è stato caratterizzato da una costante apertura verso il riconoscimento di una libertà di stabilimento libera, quasi incondizionata, nel rispetto della primarietà del diritto sovranazionale e del raggiungimento dell'obiettivo di creazione di un mercato unico per la libera circolazione dei capitali. La Corte, con i suoi interventi che si sono sviluppati a partire dagli anni '80 fino ad arrivare ai giorni nostri, ha spesso incontrato vari ostacoli, rappresentati in particolar modo dall'ostilità dimostrata dagli Stati membri nel concedere e nel riconoscere la superiorità del diritto comunitario rispetto alle norme interne. Nonostante ciò, con l'intervento congiunto della Commissione e del Consiglio europeo, è stato possibile intervenire sugli ordinamenti interni, raggiungendo l'attuale conformazione degli stessi.

Nemmeno il diritto societario nazionale è stato in grado di fornire una risposta. Anzi, è possibile affermare che proprio gli ordinamenti giuridici dei singoli Paesi hanno contribuito alla generazione delle più importanti difficoltà in tema di armonizzazione, a causa delle profonde differenze che creano la teoria della sede reale e la teoria dell'incorporazione. Se la prima pone l'accento sulla realtà economica, applicando le norme della giurisdizione in cui gli enti vengono di fatto amministrati e rifiuta il riconoscimento dell'esistenza di società appartenenti a giurisdizioni estere, la seconda crea uno stretto collegamento tra la società e l'ordinamento giuridico in cui la stessa viene costituita, permettendo la libera circolazione delle realtà economiche senza la perdita dello *status* originario. Dalle diversità appena descritte, prodotti dell'autonomia legislativa degli Stati membri, trae origine il problema dell'arbitraggio giuridico, ovvero della possibilità per gli enti giuridici di scegliere, al momento della costituzione, il regime meno severo, da intendersi come quello che risulta più idoneo a soddisfare le esigenze societarie interne. Nello specifico tale autonomia risulta particolarmente accentuata nelle materie societarie e fiscali per le quali la Comunità non aveva, e non ha, piena competenza.

Se da un lato questa caratteristica ha innescato una forte concorrenza per rendere il proprio ordinamento più appetibile al fine di attirare realtà economiche all'interno dei propri confini nazionali, dall'altro si sono create una serie di conseguenze negative, soprattutto nel settore della produzione legislativa. Concreto è il rischio che si creino delle normative caratterizzate da una corsa al ribasso in tema di tutela degli interessi di soggetti esterni.

Non meno importante appare la questione fiscale: la prospettiva di perdere la potestà impositiva su materia imponibile in maniera definitiva a seguito dell'operazione di trasferimento, ha portato i Paesi a creare un sistema di tassazione in uscita in grado di colpire l'ultima ricchezza tassabile formatasi nel territorio nazionale.

L'ultima parte del lavoro viene dedicata all'approfondimento dello scenario interno, studiando gli aspetti tributari delle operazioni di trasferimento in entrata e in uscita dall'Italia. Si tratta di due fattispecie speculari ma che non sono state destinatari della medesima attenzione da parte del legislatore nazionale nel corso degli anni. Il fenomeno immigratorio, infatti, ha trovato una propria regolamentazione solamente a partire dal periodo d'imposta 2015.

In ogni caso la dottrina ha sempre mostrato un particolare interesse per l'analisi degli aspetti critici delle discipline essendo il trasferimento di residenza un tema particolarmente sentito da parte dell'Amministrazione finanziaria, la quale spesso vede nel compimento di operazioni di questo genere la volontà del contribuente di sottrarsi all'imposizione.

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI RESIDENZA FISCALE QUALE CRITERIO DI COLLEGAMENTO CON IL TERRITORIO NAZIONALE: LA NORMATIVA INTERNA E IL DELICATO RAPPORTO CON ALTRE REALTÀ INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La residenza fiscale tra diritto interno ed internazionale – 3. La contrapposizione tra la teoria della sede reale e la teoria dell’incorporazione – 4. Profili civilistici del trasferimento della sede sociale all’estero

1. Premessa

All’interno del primo capitolo introduttivo al lavoro vengono illustrati i criteri di collegamento istituiti da parte del legislatore nazionale ai fini della corretta definizione e rilevazione della residenza fiscale. L’analisi del concetto di residenza riguarderà in maniera esclusiva i soggetti indicati all’art. 73, primo comma, del t.u.i.r. dal momento che la prospettiva di analisi scelta concerne il trasferimento di residenza delle imprese.

La residenza riveste un ruolo fondamentale nell’esercizio della potestà impositiva di uno Stato, in particolare rispetto alla sua ampiezza, sia in termini di platea di soggetti verso i quali la stessa può essere esercitata, sia in termini di ammontare di redditi da assoggettare a tassazione. In quest’ultimo caso infatti la residenza discrimina tra l’utilizzo del *world wide principle*, ossia una tassazione basata sui redditi ovunque prodotti del soggetto considerato residente ai fini fiscali, e il principio della fonte, a motivo del quale la tassazione avviene su base territoriale, colpendo i soli redditi la cui fonte si trova localizzata all’interno del territorio nazionale.

L’analisi dei criteri di collegamento permette inoltre di determinare se gli ordinamenti nazionali, nella loro costruzione, consentano o meno il trasferimento della sede sociale all’estero, sia da un punto di vista delle norme di diritto societario e sia in ambito fiscale, con conseguenze che si ripercuotono in tema di riconoscimento della personalità giuridica.

Il medesimo concetto di residenza non può essere analizzato solamente focalizzandosi su di un piano interno, ma risulta necessario ampliare la visione nei confronti di quello internazionale, o per meglio dire convenzionale, che vede l’intrecciarsi di due o più normative nazionali che concorrono sulla medesima base imponibile. Si configurano in tal senso i fenomeni di doppia imposizione, in particolare giuridica, che trovano soluzione per il tramite

delle convenzioni internazionali stipulate dagli Stati interessati. Quest'ultimo è un tema di particolare interesse in ragione dell'elevata disomogeneità dei principi che vengono posti alla base della pretesa tributaria.

2. La residenza fiscale tra diritto interno ed internazionale

Come brevemente anticipato, l'identificazione dei soggetti residenti e non residenti ha ricoperto da sempre un ruolo fondamentale per la materia tributaria in quanto, mediante la definizione di criteri di collegamento con il territorio nazionale, è possibile individuare i regimi di tassazione attribuibili ai contribuenti, persone fisiche o persone giuridiche. La distinzione non è di poco conto in quanto la residenza comporta l'imposizione dei redditi su base mondiale al posto di un'imposizione sui soli redditi prodotti sul territorio nazionale, ossia un allargamento o un restringimento della base imponibile sulla quale lo Stato può esercitare in maniera esclusiva la propria potestà impositiva.

La materia, regolata in passato dall'art. 87 del t.u.i.r. ed oggi contenuta negli articoli 5, terzo comma, lett. d) e 73, terzo comma, del t.u.i.r.², richiede che *“ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti le società e le associazioni [o le società e gli enti] che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”*³. Viene immediatamente in rilievo l'esistenza di un

² In precedenza la materia era contenuta all'interno dell'art. 2 del D.P.R. n. 598/1973 il quale conteneva l'inciso *“sono soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche: a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale dell'attività”*. Si verificava una commistione tra la soggettività d'imposta e i criteri di collegamento, la quale fu risolta isolando gli ultimi all'interno del terzo comma dell'attuale art. 73, assicurando la valenza della nozione di residenza ad ogni soggetto Ires. In tal senso MELIS, G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, pag. 41, successivamente trasposto nel volume *id Trasferimento della residenza fiscale e l'imposizione dei redditi*, Milano, 2009, Giuffrè Editore.

³ Si evidenziano due caratteristiche importanti: da un lato l'esistenza di due definizioni di residenza con riferimento alle persone giuridiche, la prima con valenza sul piano civilistico e la seconda sul piano fiscale. Le due tendono a coincidere grazie all'allineamento operato dal legislatore che, non disciplinando in maniera autonoma la materia in ambito fiscale, richiama le definizioni contenute all'interno dell'art. 25 della L. n. 218/1995. Ai fini esplicativi, ai sensi del comma 1 del richiamato art., *“le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti”*. Si presentano due tipologie di criteri, uno generale che coincide con il luogo in cui si perfeziona il procedimento di costituzione, ed uno derogatorio che assegna rilevanza alla *lex societatis* del luogo in cui si trova localizzata la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività. Entrambi trovano una piena coincidenza con i criteri formali e sostanziali previsti nell'ordinamento tributario.

Dall'altro lato si evidenzia l'eguaglianza degli elementi che concorrono all'individuazione della residenza per le società di persone e le società di capitali, nonostante le stesse assumano una differente caratterizzazione in termini di autonomia soggettiva nell'imposizione.

rapporto soggetto-territorio che ha permesso di raggiungere lo scopo di personalizzazione e di progressività dell'imposta, in conformità al principio di capacità contributiva e che ha sostituito il precedente legame reddito-territorio a garanzia degli obiettivi della riforma.

I criteri di collegamento rappresentano il mezzo con cui i rapporti a contenuto economico vengono ad essere giuridicamente localizzati nel territorio e si evidenzia come la sede sia stata da sempre considerata elemento rilevante ai fini dell'individuazione del diritto applicabile all'ente giuridico, ossia criterio di giurisdizione che consente l'esercizio della potestà impositiva, assumendo essa però tre differenti significati. In particolare il legislatore ha introdotto un criterio formale, rinvenibile nella sede legale, e due criteri sostanziali, configurabili nella sede dell'amministrazione e nell'oggetto principale dell'attività, rispecchiando in tal modo la tendenza all'utilizzo di un criterio misto in termini di teoria dell'incorporazione e teoria della sede reale.

Per *sede legale* o *statutaria* deve intendersi l'elemento cartolare o formale che risulta indicato nell'atto costitutivo, nello statuto originario o in altri atti della società previsti per legge, anche se successivi⁴. Essa assume rilevanza soprattutto per gli obblighi di pubblicità dichiarativa a cui essa assolve, così come ai fini processuali⁵. Si tratta dell'elemento che presenta un processo di individuazione semplice, libero da dubbi e agevole, in particolare per l'espletamento delle attività accertative dell'Amministrazione finanziaria, non necessitando dell'avvio di alcuna valutazione sul fatto. La principale critica che può essere mossa riguarda la carenza della sua capacità di individuare il reale collegamento con il territorio e con l'ordinamento dello Stato, prestandosi quale facile mezzo di elusione, soprattutto in un contesto in cui l'internazionalizzazione ha spinto le imprese a localizzare la propria presenza anche all'estero. Per questo la sede legale, considerata quale criterio di collegamento isolato,

⁴ In tal senso MARINO, G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, pag. 101; art. 2328 cod. civ. "**Atto costitutivo**: 2. *L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare: 1) il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, [...]; 2) la denominazione e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie [...]*". La stessa Agenzia delle Entrate, con propria circolare del 4 agosto 2006, n. 28/E, ha chiarito che "*la sede legale si identifica con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto e dà evidenza ad un elemento giuridico formale*". Si nota come sia stata presa la distanza rispetto al criterio del luogo di costituzione della società previsto dalla L. n. 218/1995, il quale in un momento iniziale potrebbe coincidere con la sede legale, ma in un tempo successivo, a causa del trasferimento, potrebbe mutare.

⁵ In ordine, la sede sociale consente di individuare l'ufficio del registro delle imprese competente ad iscrivere la società, ossia quello nella cui circoscrizione viene stabilita la sede sociale, così come consente di individuare il tribunale o il giudice competente ad assumere le decisioni nelle cause in cui la società è coinvolta. In tal senso MUCCIARELLI, F., M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, pag. 139-140; VARAZI, F., *Reddito d'impresa e trasferimento di sede all'estero*, in *Rass. Trib.*, 1995, I, pag. 688. Più in generale, si nota la perfetta coincidenza che esiste tra il concetto tributario e quello civilistico di sede legale, ossia "*funzione di collegamento dell'ente con un determinato luogo nei rapporti con i terzi*", così BAGAROTTO, E., M., *La residenza delle società nelle imposte dirette alla luce della presunzione di "esterovestizione"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, n. 12, pag. 1157.

non può più essere considerata come fattore utile all'identificazione della residenza di un soggetto e, per tale ragione, viene affiancata dai seguenti criteri sostanziali.

La *sede dell'amministrazione*⁶ è il luogo in cui concretamente viene svolta la gestione amministrativa e di direzione per l'esercizio d'impresa⁷, il luogo dove vengono convocate le assemblee, ossia il luogo deputato per l'accentramento degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente⁸. Deve intendersi come il luogo dal quale hanno origine gli impulsi volitivi, da cui prende forma la volontà dell'ente⁹ intesa nella sua complessità. Sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nel ritenere che esso coincida con il luogo in cui effettivamente viene organizzata e diretta la gestione della società, dove si svolgono i processi decisionali dai quali promana la formazione della volontà dell'ente, o meglio delle persone fisiche che sono deputate allo svolgimento dell'attività gestoria. Si richiede cioè una completa sovrapposizione tra forma e sostanza.

Se in principio esisteva una perfetta coincidenza tra le due, ossia tra la sede statutaria dell'amministrazione e quella effettiva, nel corso del tempo, con lo sviluppo della tecnologia

⁶ Rispetto alla precedente previsione contenuta all'interno dell'art. 2 del D.P.R. n. 598/1973 si rileva la modifica dell'elemento da "sede amministrativa" a "sede dell'amministrazione", facendo coincidere in tal modo le definizioni contenute in ambito tributario con quelle del diritto privato internazionale.

⁷ Viene anche precisato come il luogo in cui si trova il "centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicitazione ed il raggiungimento dei fini sociali". In tal senso si veda Agenzia delle Entrate, circolare 4 agosto 2006, n. 28/E.

⁸ In tal senso si veda MARINO, G., *Op. cit.*, pag. 1462; Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869, "la nozione di sede dell'amministrazione, [...] deve ritenersi coincidente con quella di "sede effettiva" (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente".

⁹ Si riportano in nota alcune delle principali sentenze che hanno contribuito alla definizione del concetto in esame: Cass., 13 ottobre 1972, n. 3028, "la sede effettiva di una persona giuridica non è semplicemente il luogo ove si trovano i suoi beni, i suoi stabilimenti e dove si svolge l'attività produttiva, ma quello in cui abbiano effettivo svolgimento anche l'attività amministrativa e direzionale, ove cioè risieda il suo legale rappresentante, i suoi amministratori e dove sono convocate le assemblee societarie"; Cass., 16 giugno 1984, n. 3604 e Cass., 4 ottobre 1988, n. 5359, la sede dell'amministrazione è "il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accertamento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente"; Cass., 9 giugno 1988, n. 3910, "la sede effettiva non coincide [...] con il luogo dove si trova un recapito della persona giuridica ovvero una persona che genericamente ne curi gli interessi o sia addetta o preposta ad uffici di rappresentanza, dipendenze o stabilimenti, ma si identifica con il luogo dove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa dell'impresa". Essa "deve essere individuata non nel luogo in cui si trovano i beni o gli uffici del medesimo, bensì in quello in cui ha effettivo svolgimento la sua attività amministrativa e direzionale"; Cass., 19 gennaio 1991, n. 505, la sede dell'amministrazione è "il luogo [...] dove l'imprenditore svolge realmente l'attività di direzione, amministrazione e coordinamento dei fattori produttivi"; Corte giust. com. eur., 28 giugno 2007, causa C-73/06, punto 60, la sede dell'amministrazione è "il luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale di tale società ed in cui si sono svolte le funzioni di amministrazione centrale di quest'ultima".

combinato all'espansione delle realtà economiche, un tale elemento appare sempre di più di difficile soddisfazione. La nozione di sede dell'amministrazione è diventata così evanescente, dal momento che i consigli di amministrazione ben possono svolgersi in un momento in cui gli amministratori si trovano dislocati in differenti Stati¹⁰, registrando la formazione della volontà dell'ente in luoghi differenti, con crescente difformità tra quanto segnalato formalmente e quanto avviene nel concreto.

Appare importante precisare che alla presenza di una pluralità di sedi locali di direzione dislocate in vari Paesi non è corretto far corrispondere una pluralità di sedi dell'amministrazione, bensì dev'essere ricercata la sede in cui viene presa in considerazione la visione d'insieme globale dell'intero gruppo, in relazione ad un principio di unicità della sede dell'amministrazione, non assegnando rilevanza ai luoghi in cui viene svolta un'attività amministrativa solamente sulla base di singoli obiettivi¹¹. Si guarda cioè all'alta direzione, alle decisioni chiave che concorrono alla determinazione della strategia d'impresa¹².

Dalla sede amministrativa deve distinguersi la *sede reale* che identifica il luogo nel quale di fatto trovano svolgimento i processi decisionali interni, qualora ci sia un disallineamento tra quello previsto dalla legge e quello in cui effettivamente ha luogo una tale attività.

Come vedremo nel seguito, la sede dell'amministrazione rappresenta un elemento molto importante nel contesto fiscale, in quanto configura la traduzione del concetto di *sede di direzione effettiva* che viene utilizzato sul piano convenzionale ai fini della risoluzione delle problematiche di *dual residence*.

Il riferimento all'*oggetto principale*, o *centro principale degli affari* dell'impresa invece, richiama il luogo in cui viene concretamente svolta "*l'attività essenziale che la società svolge*

¹⁰ BENEDETTELLI, M., V., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in Riv. Soc., 2010, n. 6, pag. 1253. Si pensi a titolo d'esempio al caso in cui una decisione venga presa per il tramite del mezzo della videoconferenza: una tale situazione determina il venir meno dell'importanza assegnata al luogo in cui si riuniscono gli amministratori inizialmente citato. Sparisce la corrispondenza tra luogo in cui le decisioni vengono prese e luogo in cui le stesse vengono formalizzate. Procedere attribuendo importanza al luogo di residenza dei singoli componenti del consiglio di amministrazione, o di organo analogo, non appare corretto per la giurisprudenza interna, al contrario di quanto sostenuto dalla dottrina, secondo cui la residenza dei singoli componenti potrebbe essere considerata come indice idoneo alla localizzazione della sede dell'amministrazione. Sul punto si rinviene l'esistenza di una presunzione legale che opera in tal senso all'interno dell'art. 73, comma 5-bis, lett. b) del t.u.i.r., anche se in ambito di esteroinvestizione. La disposizione considera esistente all'interno dei confini territoriali la sede dell'amministrazione di una società o di un ente amministrato qualora esso sia dotato di "*un consiglio di amministrazione [...] composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato*".

¹¹ Dello stesso parere è anche il commentario all'art. 4, paragrafo 3, del Modello di Convenzione OCSE secondo il quale "*an entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*". Il problema diventa sempre più delicato al crescere delle dimensioni dell'impresa facendo riferimento anche ai problemi di ingerenza che si creano con le stabili organizzazioni.

¹² MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 226.

*per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata*¹³, ossia dove si rinviene il fine istituzionale dell'ente. Si tratta dello spazio in cui viene esplicitata l'attività imprenditoriale mediante la quale si manifesta la volontà formulata dall'organo amministrativo e dove trovano realizzazione i rapporti con soggetti interni ed esterni all'ente giuridico (come lavoratori, fornitori, clienti e così via). Sempre in tema di perfetta coincidenza tra la forma e la sostanza, tendenzialmente si assiste ad una perfetta corrispondenza tra l'indicazione contenuta all'interno dei documenti sociali rispetto all'attività concretamente svolta, ma in caso contrario appare necessario operare un'analisi fattuale, volta all'identificazione della reale attività, analizzando l'insieme di operazioni svolte e determinando quella che viene esercitata in maniera prevalente¹⁴. Un'analisi sul fatto che assegni rilevanza al modo in cui il programma viene tradotto nell'attività effettiva non rappresenta un'attività semplice, soprattutto in ragione della posizione di terzo soggetto che riveste l'Amministrazione rispetto all'ente giuridico. Come affermato nella circolare del 4 agosto 2006, n. 28/E *“la localizzazione dell'oggetto principale [...] deve essere valutata in base ad elementi di effettività sostanziale e richiede – talora – complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto”*. Lo stesso dicasi in mancanza di una sua formalizzazione negli atti societari di costituzione, in conseguenza della quale la determinazione dell'oggetto principale ha luogo per il tramite della verifica dell'attività effettivamente esercitata, ai sensi del quinto comma dell'art. 73 del t.u.i.r.

È importante evidenziare che non sempre il luogo in cui si rinviengono gli *assets* patrimoniali corrisponde al luogo in cui l'attività viene svolta dal momento che, come accade soprattutto per quelle attività che offrono servizi, non è necessario disporre dei beni in un certo luogo fisico per offrire i propri prodotti alla clientela. Questa caratteristica è tipica delle cosiddette holding statiche, le quali detengono in maniera passiva delle partecipazioni beneficiando dei

¹³ Art. 73, quarto comma, del D.P.R. n. 917/1986.

¹⁴ La prevalenza può essere misurata prendendo a riferimento criteri qualitativi o quantitativi, con la necessità di considerare che una tale scelta potrebbe portare ad esiti differenti o, meglio ancora, alla scelta del criterio più agevole da individuare, considerando che l'analisi fattuale viene compiuta dall'Amministrazione finanziaria, la quale ha l'interesse di orientare la propria scelta su elementi idonei a far emergere l'esistenza di un collegamento con lo Stato, portando a possibili distorsioni degli esiti. In ogni caso, il richiamo al termine “principale” introduce una riflessione in merito alla presenza di una prevalenza assoluta o relativa. La prima da intendersi a livello globale, mentre la seconda con riferimento ad ogni altro Paese in cui la stessa società opera. *“La soluzione corretta dovrebbe essere la prima, [in quanto con la seconda] a parità di attività svolte in Italia ed a livello globale [...], il riconoscimento dello status di soggetto residente potrebbe variare a seconda della composizione dell'attività svolta all'estero”*, così BAGAROTTO, E., M., *Op. cit.*, pag. 1158.

frutti che da queste derivano, senza esercitare alcuna attività di direzione o di coordinamento e senza che questo comporti la qualifica di soggetto residente nel luogo in cui operano le partecipate o trovano collocazione le partecipazioni¹⁵.

I tre criteri di collegamento appena enunciati sono tra loro alternativi, non soggiacciono ad alcun modello gerarchico ai fini della loro valutazione e non appare sufficiente lo spostamento di uno solo di essi per determinare la perdita di residenza di un ente giuridico. Al contrario, la presenza di anche un solo criterio è sufficiente a considerare l'ente giuridico come residente nel territorio dello Stato¹⁶. La mancanza di un criterio preferenziale determina l'insorgere di un elevato rischio di fenomeni di *dual residence* che richiede, come vedremo nel seguito, un'azione di coordinamento ai fini della risoluzione della problematica, almeno tra le parti in causa.

La nozione di residenza poi è strettamente collegata alla coesistenza di un elemento temporale¹⁷ rinvenibile all'interno dello stesso art. 73, terzo comma, del t.u.i.r., il quale prevede la permanenza di almeno uno dei tre criteri di collegamento in precedenza identificati "*per la maggior parte del periodo d'imposta*", intendendosi un arco temporale di almeno 183 giorni, in combinazione con quanto contenuto all'interno dell'art. 76, secondo comma, del t.u.i.r.¹⁸. Si tratta di un periodo temporale che non necessariamente dev'essere dotato del requisito della continuità e che, come visto in precedenza, risulta di semplice rilevazione con riferimento alla sede legale al contrario di quanto avviene per i due requisiti sostanziali.

Il concetto di residenza, oltre a rivestire profili nazionali, viene richiamato anche in ambito internazionale¹⁹, soprattutto con riferimento alle realtà economiche che si presentano dislocate

¹⁵ In tal senso Assonime, circolare 13 ottobre 2007, n. 67, nella quale viene affermato che in tema di holding "*non bisogna confondere, ai fini della localizzazione, l'oggetto principale dell'attività d'impresa propria del soggetto controllante con quello delle società partecipate, né tantomeno con la collocazione dei beni da queste posseduti*".

¹⁶ SOZZA, G., *La fiscalità internazionale*, in Contabilità e Fisco, Milano, 2010, pag. 59.

¹⁷ Anche in passato era presente all'interno dell'ordinamento tributario un riferimento temporale, il quale però operava limitatamente alle persone fisiche, anche se in maniera non completa - richiamando la sola dimora - e non ben formulata - richiedendo la necessaria permanenza della stessa all'interno dei confini territoriali per un arco temporale superiore a "*sei mesi all'anno*". Nulla veniva previsto, invece, con riferimento ai soggetti diversi dalle persone fisiche. Solo con l'entrata in vigore del nuovo t.u.i.r. avvenuta nel 1988 il testo fu modificato per favorire l'accertamento di un obbligo di periodo.

¹⁸ Si riporta in nota il contenuto dell'art. 76 del t.u.i.r. "**Periodo d'imposta:** 2. *Il periodo d'imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, [...] il periodo d'imposta è costituito dall'anno solare*".

¹⁹ Anche le norme convenzionali, che nella prassi assumono la forma delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, trovano la propria collocazione all'interno del sistema delle fonti e rappresentano perciò una variabile rilevante nella regolamentazione delle fattispecie oggetto di analisi. Esse

in più Paesi, ognuno dei quali, in ragione dei propri autonomi criteri di collegamento, intenda esercitare la potestà impositiva nei confronti dello stesso soggetto giuridico o sullo stesso reddito. Le norme convenzionali ottemperano ad un duplice ruolo: da un lato costituiscono limiti alla libera operatività e alla piena autonomia del legislatore nazionale, occupandosi della definizione delle modalità di risoluzione di eventuali conflitti nelle situazioni in cui sussista un legame di appartenenza a più Stati, andando ad eligere l'autorità autorizzata ad esercitare la propria pretesa impositiva. Dall'altro lato, rappresentano un parametro di legittimità per tutte quelle norme interne che appongono ostacoli al trasferimento della residenza in uno Stato con il quale sia in essere una convenzione contro la doppia imposizione²⁰.

In tema di residenza fiscale, la definizione convenzionale si occupa di individuare lo Stato a cui spetta l'esercizio del potere impositivo nella situazione in cui, al medesimo soggetto giuridico, sia attribuita la qualifica di residente in due o più Stati e permette di limitare e coordinare le giurisdizioni.

Gli strumenti più utilizzati sono le convenzioni contro le doppie imposizioni che si ispirano alle indicazioni contenute nel Modello di Convenzione OCSE, le quali tendono a fornire una soluzione al conflitto di sovranità impositiva riconoscendo un diritto alla tassazione esclusiva ad uno solo degli Stati interessati²¹. Procedono cioè ad una ripartizione del potere impositivo, senza però risolvere il problema alla radice attraverso la definizione di specifici criteri utili all'identificazione della residenza, considerato anche che operano mediante il rinvio alle legislazioni nazionali e la sola scelta del criterio dirimente.

La norma dedicata alla questione è l'art. 4 del Modello OCSE che si occupa di definire residente *“ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello Stato a natura del suo domicilio, residenza, sede della sua direzione o di ogni altro criterio di analoga natura”*²², riferendosi ad un concetto di residenza propriamente

trattano l'incontro di volontà impositive manifestate contemporaneamente da più Stati, con l'intento di dare soluzione ai contrasti emergenti da disposizioni in conflitto.

²⁰ Così MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 52-53.

²¹ Esistono anche altre soluzioni che, ammettendo l'imposizione da parte di entrambi gli Stati, introducono al contempo dei meccanismi che permettono di eliminare la doppia imposizione. In primo luogo vi è il metodo dell'esenzione, con cui un reddito estero viene escluso da tassazione nel Paese di residenza, in *toto* o solamente ai fini dell'effettiva imposizione – riconoscendo perciò il reddito nel calcolo che porta alla determinazione dell'aliquota applicabile al soggetto. In alternativa vi è il riconoscimento di un credito d'imposta, ossia di una deduzione dall'imposta lorda calcolata sul reddito complessivo del contribuente per un ammontare massimo pari all'imposta calcolata all'estero. Si veda SOZZA, G., *L'impresa e la pianificazione internazionale. Il reddito d'impresa nei rapporti con l'estero*, Milano, 1997, pag. 32.

²² La presente formulazione è traduzione letterale dell'art. 4, paragrafo 1, del Modello di Convenzione OCSE: *“the term resident of a Contracting State means any person who, under the laws of that State, is liable to tax*

domestico. Si vuol dire che la norma compie un vero e proprio rinvio agli ordinamenti degli Stati, sottolineando perciò come una tale qualificazione rimanga una peculiarità nazionale²³. Nello stesso articolo, al paragrafo 3, si rinviene quella parte della norma che si occupa di risolvere le problematiche relative ai fenomeni di doppia residenza fiscale nei confronti di un ente giuridico, affermando che esso “*sarà considerato residente nello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva*”²⁴. Si tratta della cosiddetta *tie breaker rule* che, in presenza di un conflitto tra criteri personali interni, identifica in quale dei due Stati l’ente giuridico deve considerarsi residente ai fini fiscali convenzionali. Questo sta a significare che la situazione di doppia residenza non viene risolta con riferimento al diritto interno, così come la stessa non assume valenza nei confronti di Paesi terzi, ma solamente verso lo Stato con cui la stessa convenzione viene stipulata.

Per *place of effective management* deve intendersi la sede dell’amministrazione effettiva e la scelta di un tale criterio sostanziale si deve all’intento di assegnare rilevanza al “*contenuto economico dell’attività piuttosto che a quello giuridico-formale rinvenibile nel luogo di costituzione*”²⁵, considerando il reddito come prodotto proprio nel luogo in cui viene insediata la sede della direzione nello svolgimento della sua attività di propulsione. L’individuazione di tale elemento non configura sempre una semplice attività, si voglia per la presenza delle moderne tecnologie, piuttosto che per la forte delocalizzazione territoriale delle imprese internazionali. È difficile in primo luogo a causa della mancanza di una vera e propria definizione di un tale concetto, che il paragrafo 24 del commentario all’art. 4 cerca di colmare, anche se in maniera troppo generica, stabilendo che “*the place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made*”.

A fornire alcuni elementi pratici utili all’individuazione del luogo di direzione effettiva in un’ottica case-by-case, anche se gli stessi non sono da considerarsi esaustivi, interviene il paragrafo 24.1 che suggerisce un’analisi che accerti il luogo in cui si tengono le riunioni del

therein by reason of his domicile, residence, place of effective management or any other criterion of a similar nature”.

²³ Tale previsione rappresenta il tipico esempio dei due ordini di norme che sono contenuti nelle convenzioni internazionali: da un lato le “norme di rinvio” che, come suggerito dalla parola stessa, rinviano alle legislazioni dei singoli Stati e, dall’altro, le “norme autonome” che, al contrario, risolvono le situazioni di *dual residence* attribuendo la residenza del soggetto in uno solo dei due Stati.

²⁴ Viene riportato in nota il contenuto dell’art. 4, paragrafo 3, del Modello di Convenzione OCSE: “*Where by reason of the provision of paragraph one a person other than an individual is a resident of both contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated*”.

²⁵ Così MARINO, G., *Op. cit.*, pag. 1469.

consiglio di amministrazione, in cui l'amministratore delegato e altri dirigenti di solito esercitano la loro attività, in cui viene svolta la gestione societaria quotidiana, in cui si trova l'*headquarter* della società, in cui vengono conservati i libri contabili ed, infine, un'analisi che guardi alla legge nazionale che governa lo *status* giuridico della persona²⁶.

Per risolvere una tale questione sarebbe più appropriata l'individuazione di una clausola generale che affidi la risoluzione della questione ad un mutuo accordo tra le autorità di riferimento²⁷, senza dover ricorrere all'attivazione, da parte del soggetto interessato, della procedura dei *mutual agreements* prevista all'art. 25 del Modello OCSE, con il fine di sottoporre il caso all'autorità competente dello Stato in cui si risiede per ottenere una regolazione della materia in via amichevole con l'autorità dell'altro Stato contraente.

3. La contrapposizione tra la teoria della sede reale e la teoria d'incorporazione

Le principali problematiche giuridiche che si incontrano in occasione del compimento dell'operazione di trasferimento della sede, si scontrano inevitabilmente con l'accesa contrapposizione tra due teorie che da sempre hanno alimentato uno dei dibattiti più importanti all'interno dei confini dell'Unione Europea, talmente acceso da rendere impossibile la realizzazione del progetto di Convenzione europea circa il reciproco riconoscimento delle società del 29 febbraio 1968²⁸.

Entrambe le teorie ruotano intorno al concetto di sede, il quale rispecchia il ruolo che la residenza fiscale riveste nel diritto tributario e rappresenta, nel diritto internazionale privato, l'elemento atto all'individuazione della legge regolatrice applicabile all'ente giuridico.

Il tutto nasce dalla concezione che hanno gli ordinamenti degli enti giuridici, ossia di soggetti creati in forza delle normative nazionali e da queste regolati con riferimento agli aspetti della costituzione, del loro funzionamento e della loro estinzione.

²⁶ FRANCESCHIN, A., *Place of effective management e residenza fiscale: prospettive evolutive*, in *fisco*, 2016, n. 17, pag. 1570; VALENTE, P., *Fiscalità internazionale. La residenza fiscale nel diritto tributario internazionale e comunitario*, in *NEQTEPA* – periodico ufficiale dell'A.N.T.I. - Associazione Nazionale Tributaristi Italiani, 2009, II, pag. 18.

²⁷ VIAL, E., in *Fiscalità internazionale*, Milano, 2012, pag. 20.

²⁸ La Convenzione di Bruxelles si prefigurava il raggiungimento di una piena armonizzazione per il tramite del mutuo riconoscimento della teoria dell'incorporazione, riservando agli Stati una clausola che consentisse loro di applicare le proprie norme nei confronti di società di altri Paesi membri aventi la sede sul territorio nazionale. Proprio a causa della rigidità che emergeva dall'ultima previsione, mancando la ratifica da parte dei Paesi Bassi, forti sostenitori di un'estrema attuazione della teoria dell'incorporazione, il progetto di Convenzione non ebbe mai un concreto avvio.

La teoria dell'incorporazione (*Gründungstheorie o Incorporation theory*)²⁹ prevede che alle società sia applicato il diritto del Paese secondo la cui legislazione esse hanno proceduto con la propria costituzione. Quest'ultimo, in linea teorica, si potrebbe interpretare come il luogo in cui si trova la sede legale³⁰. L'adozione di un tale criterio consente alle società di stabilirsi in un secondo momento in un Paese estero senza perdere da un punto di vista civilistico l'applicabilità dello statuto societario d'origine e, dal punto di vista fiscale, senza incorrere nella perdita dello *status* di società fiscalmente residente, salva l'eventuale applicazione delle *tie breaker rules* contenute all'interno delle convenzioni internazionali, rimanendo in tal modo soggetta ad una tassazione "illimitata". Allo stesso modo, viene consentito l'insediamento di società estere che hanno validamente perfezionato la propria costituzione in altro Paese, senza che per una tale ragione vengano opposti limiti alla operatività di tali realtà economiche e senza che le stesse vedano mutato il diritto societario ad esse applicabile.

Il principale vantaggio che ne deriva consiste nella possibilità di costituire la propria attività economica nello Stato che presenta l'ordinamento più favorevole e liberale, non tanto in termini di esercizio, ma piuttosto in termini di regolamentazione delle fattispecie giuridiche che accadono lungo la vita dell'ente. Si è precisato "non tanto in termini di esercizio" dell'attività in quanto la società ha la possibilità di spostare la propria sede operativa al di fuori dei confini territoriali del Paese di origine senza incontrare alcun vincolo in termini di mutamento dello statuto personale d'origine. Non vengono infatti posti limiti territoriali. Inoltre, alla luce delle sentenze comunitarie che si avrà modo di analizzare nel proseguo, non appare nemmeno necessario che l'ente giuridico svolga effettivamente un'attività economica. Immediatamente chiari sono gli aspetti positivi: da un lato si garantisce un certo grado di certezza giuridica in quanto, non considerando le vicende societarie successive alla costituzione quali fattori idonei alla modifica delle norme a cui l'ente soggiace, si individua in modo agevole la legge regolatrice e, dall'altro lato, la portata del criterio è conforme alla libertà di stabilimento sancita dall'art. 49 del T.F.U.E., in quanto viene assicurato il pieno riconoscimento delle società che trasferiscono la propria sede amministrativa effettiva o il luogo in cui ha sede l'oggetto dell'attività principale, mantenendo lo *status* giuridico di società soggetta al diritto del Paese di costituzione. Chiara è anche la limitazione che un tale criterio però introduce, non essendo idoneo a rispecchiare la reale configurazione societaria.

²⁹ Tipica di ordinamenti anglosassoni quali Inghilterra, Irlanda così come Paesi Bassi, Danimarca, Svezia e Italia, nonostante si registrino differenti gradi di flessibilità o apertura alla teoria della sede reale.

³⁰ "Il luogo di costituzione nel diritto internazionale privato non gode di vita autonoma, ma deve necessariamente affiancarsi alla sede, almeno quella legale; meglio, si potrebbe dire che la sede legale di per sé assorbe il luogo di costituzione", così MARINO, G., *Op. cit.*, pag. 104.

Si nota immediatamente che così come la teoria dell'incorporazione impone le proprie norme a società che in tale Paese si sono costituite e che si ritrovano ad esercitare la propria attività o a localizzare la propria sede amministrativa altrove, allo stesso tempo “*accetta di importare il diritto di un altro Stato per le società che esercitino in esso la propria attività, ma che si siano costituite altrove*”³¹.

Da un punto di vista pratico risulta sufficiente apportare una modifica al proprio atto costitutivo, anche se molti Paesi hanno apposto alcune limitazioni significative. Infatti il legislatore ha spesso imposto alcune misure restrittive – che si configurano, ad esempio, per il tramite del rilascio di autorizzazioni o dell'obbligo di scioglimento dell'ente – sia nei confronti delle società che emigrano tagliando ogni forma di collegamento con il Paese di origine, sia nei confronti di quelle che esercitano il diritto di stabilimento secondario. Si osserva che nel primo caso, la rottura di un qualsiasi legame con lo Stato d'origine potrebbe far dubitare della presenza di *pseudo foreign companies*.

La teoria della sede effettiva (*Sitztheorie o Real seat theory*)³², al contrario, prevede l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento dello Stato all'interno del quale si trova la sede dell'amministrazione effettiva della società, ovvero dove ha luogo lo svolgimento dell'oggetto principale dell'attività. Ha un approccio più materiale, reale, concreto, in quanto attribuisce importanza al luogo in cui effettivamente si riscontra il centro decisionale e operativo. Viene richiesta cioè una corrispondenza tra norma giuridica e luogo di insediamento. Di conseguenza, ai fini del riconoscimento dell'ente è necessario che lo stesso, affinché possa considerarsi validamente costituito, si adegui alla procedura di costituzione prevista dal Paese, pena il non riconoscimento della capacità giuridica o la sua riqualificazione a società di fatto³³.

Accade poi che con riferimento alla circolazione, tendenzialmente, l'uscita della società sia ostacolata come divieto assoluto configurante fattispecie estintiva o secondo specifiche previsioni, che porterebbero all'applicazione delle norme tributarie previste in occasione della cessazione d'impresa. In altre parole, dal momento che con l'applicazione di tale teoria viene meno quel legame nazionalità ed esistenza giuridica del soggetto, da un punto di vista civilistico si assiste alla perdita del criterio di collegamento, mentre da un punto di vista fiscale la tassazione sarà su sola base territoriale.

³¹ MELIS, G., *Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società*, in, Dir. Prat. Trib. Int., 2004, pag. 23.

³² Tipica di Paesi come Germania, Francia, Austria e Belgio.

³³ Così MUCCIARELLI, F., M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in Giur. Comm., 2000, II, pag. 564.

In generale, si registra un atteggiamento restrittivo alla prestazione del consenso per il mutamento dello statuto personale, indipendentemente dalla teoria sulla base della quale si costruisce il diritto internazionale privato, principalmente per due ragioni. Primo, perché essendo l'ente giuridico il frutto di un contratto tra soci che investe anche gli interessi di soggetti terzi, il mutamento dello statuto personale comporta il cambiamento della *lex societatis* applicabile. Cambia il diritto sociale che regola l'originario equilibrio di interessi tra rapporti interni e con l'esterno. In secondo luogo perché si riscontrano alcune problematiche pratiche in termini di *timing* delle operazioni. L'uscita della società dall'ordinamento di uno Stato richiede l'iscrizione della delibera di trasferimento all'interno del registro delle imprese affinché la stessa diventi efficace. Allo stesso modo, l'insediamento in un nuovo Stato presuppone l'iscrizione dell'ente nel registro delle imprese estero. Nella fase di transizione la società potrebbe andare incontro a varie sorti, in ragione di quelle che sono le previsioni degli Stati coinvolti nell'operazione, ossia potrebbe verificarsi una riqualificazione dell'ente a società di persone di fatto, potrebbe configurarsi una società di capitali in corso di formazione, o ancora, nel caso più drastico, potrebbe essere riconosciuta l'impossibilità di compiere l'operazione stessa³⁴.

Per comprendere le sorti di una società che si sposta è necessaria un'analisi congiunta che si sviluppa su quattro livelli di confronto:

- a) sia il Paese d'origine che quello di destinazione adottano la teoria dell'incorporazione: la società mantiene lo *status* giuridico del luogo in cui è avvenuta la costituzione, così come l'applicazione dell'ordinamento vigente nello Stato di origine e la stessa viene riconosciuta in territorio straniero. Solo eventuali ragioni imperative di interesse generale possono giustificare l'adozione di misure restrittive della libertà di stabilimento;
- b) il Paese d'origine adotta la teoria dell'incorporazione mentre il Paese di destinazione segue la teoria della sede reale: il trasferimento della sede dell'amministrazione non determina alcuna modifica statutaria dal punto di vista del Paese di partenza, ma allo stesso tempo la società si troverà sprovvista della capacità giuridica in quello di destinazione, in quanto non validamente costituita ai sensi delle norme nazionali del Paese di arrivo. In realtà, come si avrà modo di vedere nel dettaglio all'interno del secondo capitolo, in conseguenza della sentenza *Überseering*, la Corte di Giustizia ha stabilito che la società continua ad esistere senza soluzione di continuità. Lo Stato

³⁴ Si veda MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, pag. 84.

d'origine potrà continuare ad applicare le proprie norme di diritto societario nei limiti delle regole di interesse generale dello Stato ospitante³⁵;

- c) il Paese d'origine adotta la teoria della sede reale mentre il Paese di destinazione segue la teoria dell'incorporazione: in conseguenza del trasferimento la società perde ogni collegamento con lo Stato di partenza, determinando di conseguenza anche la perdita della propria personalità giuridica. Allo stesso tempo, la teoria dell'incorporazione escluderebbe un riconoscimento dell'ente giuridico che non risulta costituito in alcun luogo e che non ha nemmeno formalizzato il procedimento di costituzione secondo le proprie previsioni nazionali. Ci si troverebbe in tal caso in una situazione di *impasse*;
- d) sia il Paese di origine che quello di destinazione adottano la teoria della sede reale: la società ha la possibilità di modificare il luogo in cui insediare la propria sede attraverso un cambio di nazionalità, che determina il cambiamento della legge applicabile e che impone all'ente giuridico non solo lo scioglimento, ma anche l'avvio di un nuovo procedimento di costituzione.

Una tale impostazione è stata però valutata con sfavore da parte di Benedettelli³⁶, il quale suggerisce di procedere tramite un'analisi più complessa, basata su più livelli. In particolare partendo innanzitutto con l'accertamento degli effetti che la società intende conseguire mediante l'operazione di trasferimento, essendo essa un atto di autonomia privata, con l'obiettivo di verificare se l'ordinamento interno lo consente, oppure se al contrario lo vieta in maniera diretta o indiretta. Si deve porre l'attenzione sugli effetti che scaturiscono dalla delibera di trasferimento, non solo da un punto di vista interno, ma trasponendo la valutazione anche su di un piano internazionale. A quel punto è possibile procedere ad un confronto tra ordinamenti stranieri interessati all'operazione, guardando alla compatibilità e all'interazione degli stessi. Si osserva immediatamente però che una tale impostazione risulta difficile da realizzare nella pratica già soffermandosi al primo livello di analisi, in quanto spesso si riscontrano delibere assembleari prive dell'indicazione dei motivi che giustificano l'operazione.

³⁵ WYMEERSCH, E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in Giur. Comm., 2003, II, pag. 752.

³⁶ Si veda in tal senso l'art. intitolato "Sul trasferimento della sede sociale all'estero", in Riv. Soc., 2010, fasc. 6, pag. 1257-1258.

4. Profili civilistici del trasferimento della sede sociale all'estero

In passato, prima di ogni intervento del legislatore nella materia oggetto di studio, non era chiaro se l'operazione di trasferimento godesse di rilevanza fiscale. Sul punto anche la dottrina si trovava divisa tra chi ne sosteneva la rilevanza e chi al contrario la negava. Qualora se ne fosse riconosciuta la significatività, non era comunque chiaro nemmeno di che tipo di operazione si trattasse e, di conseguenza, a quale disciplina fiscale essa dovesse sottostare. Nonostante ciò, il trasferimento di residenza all'estero non era un istituto completamente sconosciuto all'ordinamento italiano. All'interno del sistema codicistico, infatti, nonostante non fosse presente alcuna norma che se ne occupasse espressamente, l'operazione veniva considerata ammissibile in ragione degli articoli 2369, quinto comma, 2437, primo comma, lett. c) e 2473, primo comma, del cod. civ., i quali prevedevano, rispettivamente, una maggioranza qualificata pari a più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni di trasferimento della sede sociale all'estero e il riconoscimento del diritto di recesso nei confronti dei soci dissenzienti³⁷. Dal semplice richiamo alle precedenti disposizioni si sarebbe dovuto concludere in favore dell'assegnazione della natura non liquidatoria all'operazione da un punto di vista fiscale³⁸, se non fosse per quel principio di autonoma operatività dell'ordinamento civilistico rispetto a quello fiscale e viceversa, in base al quale essi finiscono per interagire, ma non in maniera sostitutiva.

Nulla però veniva chiarito in merito alle problematiche fino a qui descritte, ossia in merito alla nozione di sede, alla questione relativa alla continuità della personalità giuridica e circa gli aspetti sostanziali, così come gli effetti, che scaturiscono dall'operazione. L'unico criterio che permetteva di individuare lo statuto attribuibile alla società era l'appartenenza del Paese al filone della teoria della sede d'incorporazione o della sede reale. A tale riguardo, in Italia lo statuto personale della società dipendeva dalla teoria dell'incorporazione, ma erano presenti dei temperamenti. In particolare, nelle precedenti versioni degli articoli 2505 e 2509 del cod. civ., le società costituite in altro Paese, ma che localizzavano la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della propria attività nel territorio nazionale, venivano sottoposte all'applicazione della legge italiana.

³⁷ Le due norme enfatizzano l'importanza delle conseguenze del trasferimento della sede all'estero che provoca una modifica dell'atto costitutivo, ossia "*un radicale mutamento della struttura organizzativa che viene sottoposta al regime di un diverso ordinamento giuridico*", così LOLLIO, C., *Riflessioni sul trasferimento della sede legale di società in Italia e sull'acquisto di residenza fiscale*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2003, n. 3, pag. 117.

³⁸ A conferma di quanto detto e procedendo in senso inverso al ragionamento appena presentato, volendo sostenere la natura liquidatoria dell'operazione, il legislatore ben avrebbe potuto agire mediante l'integrazione di una tale fattispecie all'interno dell'art. 2272 del cod. civ. – *Cause di scioglimento* –, conseguendo il risultato di vietare l'attuazione del trasferimento se non previo scioglimento dell'ente giuridico.

Solo dopo anni ha avuto luogo un importante intervento normativo che, oltre ad aver portato all'abrogazione dei sopra menzionati articoli del codice civile, ha assegnato piena autonomia all'operazione di trasferimento di sede sociale, dapprima con la riforma del diritto internazionale privato che ha portato all'introduzione dell'art. 25 della L. 31 maggio 1995, n. 218, e in secondo tempo con la costruzione dell'art. 20-bis del t.u.i.r. e successive modifiche. Rimanendo nell'ambito internazional-privatistico, la L. n. 218/1995, che si occupa di individuare la residenza dei soggetti giuridici, ha previsto che "*le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti*".

In altre parole, al primo comma dell'art. 25 vengono individuate due forme di collegamento. Da un lato viene previsto che la determinazione della nazionalità della società guardi al luogo in cui il procedimento di costituzione è stato perfezionato. Allo stesso tempo però, si affronta anche la fattispecie degli enti giuridici in entrata. Difatti, nell'ultimo periodo del primo comma, viene tralasciato il criterio dell'incorporazione per permettere l'accoglimento di organismi esteri in Italia attraverso la precisazione che, qualora ad essere localizzata nel territorio sia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale, la *lex societatis* che verrà applicata sarà quella nazionale³⁹. Anche in questo caso, come avviene in ambito tributario, viene privilegiato il dato sostanziale rispetto a quello formale, ossia viene favorito l'elemento che indica l'effettiva localizzazione dell'attività d'impresa rinvenibile nel luogo di ubicazione della sede dell'amministrazione e/o dell'oggetto principale.

Il trasferimento di una società in entrata richiede anche che abbia luogo un adeguamento dello statuto sociale rispetto alla normativa nazionale, il quale potrà consistere in mere modifiche statutarie – ovvero cambiamento delle regole programmatiche dell'atto costitutivo accompagnato da delibera assembleare da depositarsi nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436 del cod. civ. – fino ad arrivare ad una trasformazione vera e propria. L'entità

³⁹ Sulla questione del trasferimento in entrata è importante riportare una precisione. La quale distingue le società straniere che svolgono la propria attività nel territorio italiano *ab initio*, da quelle che al contrario spostano la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale solo in un secondo momento. Il primo caso è riconducibile alle *pseudo foreign companies* per le quali il luogo di costituzione è solo formale e saranno regolate in maniera piena dalla normativa italiana. Il secondo invece, riguarda quelle società che, in ragione della reale costituzione in Stato estero e dell'effettivo esercizio dell'attività, vengono sottoposte alla normativa nazionale solamente al momento del trasferimento, conservando la nazionalità di origine. In tal senso MARGIOTTA, G., *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Rivista del Notariato*, 2004, pag. 669.

dell'intervento dipenderà dal grado di difformità delle normative tra gli Stati membri interessati dall'operazione.

Al contrario, al terzo comma dello stesso articolo viene consentito lo spostamento di società nazionali al di fuori dei confini territoriali⁴⁰. Il problema intorno al quale si è espressa la dottrina nel corso degli anni, ossia se all'atto del trasferimento dovesse conseguire l'inesistenza giuridica dell'ente, ha trovato soluzione proprio con l'introduzione della presente normativa. Viene espresso un principio di continuità giuridica del soggetto che, con il combinato riconoscimento del diritto di recesso in capo al socio dissenziente rispetto alla delibera di trasferimento, suggerisce la non qualificazione dell'operazione in termini liquidatori⁴¹. Anche l'amministrazione finanziaria, in un tempo successivo, si è espressa a sostegno della continuità dell'ente giuridico con la risoluzione del 17 gennaio 2006, n. 9/E affermando che *“per l'ordinamento nazionale, pur in mancanza di una norma espressa, deve ritenersi ammesso il trasferimento senza estinzione, in quanto l'articolo 2437 del codice civile, nel considerare il trasferimento all'estero della sede sociale causa di recesso per i soci, implicitamente presuppone che esso non abbia natura dissolutiva”*. Il trasferimento perciò deve rimanere ipotesi differente rispetto allo scioglimento anticipato dell'ente.

Non appare corretto nemmeno parlare di denazionalizzazione dell'ente in quanto, una tale ipotesi, garantirebbe in favore della società la non operabilità della garanzia a favore dei creditori sociali prevista all'art. 2495, secondo comma, del cod. civ., ossia da un lato sottrarrebbe ai creditori gli strumenti propri della garanzia e, dall'altro, darebbe la possibilità alla società uscente di sottrarsi alla procedura fallimentare. In ogni caso la società mantiene la propria personalità giuridica e, in ragione della combinata esistenza di un criterio d'incorporazione, rimarrà soggetta alla legge italiana.

Sul punto è necessaria una precisazione in quanto i trasferimenti verso l'estero, così come quelli in entrata, *“hanno efficacia solo se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”*. La norma ha conoscenza della continuità dell'ente, ma la condiziona

⁴⁰ Sulla base della costruzione assegnata alla disposizione si potrebbe anche dire che l'articolo in analisi rappresenta l'output di quel processo di riconoscimento delle società e delle persone giuridiche tra Stati membri che aveva preso avvio con l'adesione alla Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968, la quale nei fatti non ha mai avuto attuazione in mancanza di coordinamento.

⁴¹ Una conferma con riguardo alla continuità giuridica dell'ente si rinviene anche nella sentenza della Corte di Cassazione, 19 marzo 2014, n. 6388, in occasione della quale il giudice osserva che *“qualora la cancellazione di una società dal registro delle imprese italiano sia avvenuta, non a compimento del procedimento di liquidazione dell'ente, o per il verificarsi di altra situazione che implichi la cessazione dell'esercizio dell'impresa e da cui la legge faccia discendere l'effetto necessario della cancellazione, bensì come conseguenza del trasferimento all'estero della sede della società, non può considerarsi verificata l'estinzione dell'ente”*. E continua *“per converso, il trasferimento della sede all'estero non determina il venir meno della continuità giuridica della società trasferita e non ne comporta, quindi, in alcun modo, la cessazione dell'attività”*.

all'ammissibilità dell'operazione rispetto alle disposizioni dei due o più ordinamenti esteri interessati. Entra in gioco quindi una valutazione basata sul confronto tra Stato di partenza che adotta la teoria della sede reale piuttosto che quella dell'incorporazione, da ripetersi in maniera speculare per lo Stato di arrivo.

In definitiva, il trasferimento della sede sociale viene concesso in regime di continuità giuridica e senza estinzione purché anche lo Stato "di arrivo" sia dotato di un medesimo principio e non preveda, al contrario, l'estinzione dell'ente come conseguenza al trasferimento. Nell'ultima ipotesi, non si potrebbe parlare di trasferimento, ma "*di estinzione della società in un dato ordinamento e della sua ricostituzione in un ordinamento diverso*"⁴², oppure della nascita di due enti distinti, il primo che sopravvive nel Paese di origine ed il secondo che nasce ex novo nel Paese di destinazione. L'art. 25 quindi non si impone come norma prevalente rispetto a quelle di altri Stati, ma richiede che sussista la conformità dell'operazione con la disciplina degli altri Paesi.

La condizione della continuità giuridica propone i propri riflessi anche sul piano del diritto tributario, in maniera specifica con riguardo all'accertamento della condizione di residenza ai fini fiscali. L'assenza della soluzione di continuità infatti chiede che la valutazione venga esperita in concomitanza alla presenza del requisito della "*maggior parte del periodo d'imposta*", sia per l'accertamento dell'acquisizione così come della perdita della residenza, ossia rispettivamente per l'operazione di trasferimento da e verso l'estero. Per inverso, lo scioglimento comporta la rottura del periodo d'imposta e il soggetto verrà considerato residente, o non residente, dal momento in cui si verifica il presupposto come avviene per le società neocostituite, senza alcuna valutazione in termini temporali.

La condizione che viene posta con il terzo comma dell'art. 25 sembra confliggere con il diritto comunitario, in particolar modo con la recente istituzione della figura della Società Europea e della Società Cooperativa Europea^{43 44}, ma anche con quel filone della

⁴² DRAGONETTI, A., PIACENTINI, V., SFONDRINI, A., a cura di, 2014. *Manuale di fiscalità internazionale*. VI Edizione, Assago: IPSOA, pag. 4363; in tal senso anche VOLPICELLA, E., *Il trasferimento della sede della società tra diritto nazionale e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Fisco, I, pag. 853; STABILINI, A., *Cancellazione di società di capitali per trasferimento della sede sociale all'estero*, in Società, 2013, n. 3, pag. 347.

⁴³ Un primo concreto intervento da parte della Comunità volto al raggiungimento di una parziale soluzione al problema del trasferimento di sede societaria, che opera attraverso un temperamento tra teoria dell'incorporazione e teoria della sede reale, si rinviene nei Regolamenti del Consiglio dell'8 ottobre 2001 e del 22 luglio 2003, rispettivamente n. 2157/2001 e n. 1435/2003, con cui sono state introdotte due nuove figure giuridiche: la Società Europea (SE) e la Società Cooperativa Europea (SCE). Si tratta di due tipi societari transnazionali, il cui fondamento giuridico risiede nel potere sovraordinato così come all'interno della disciplina dei singoli Stati membri. Difatti, molti aspetti che non trovano regolamentazione in sede comunitaria vengono demandati per essere regolati, in via sussidiaria, dagli Stati in cui trova collocazione la sede sociale della società.

giurisprudenza comunitaria che nel corso degli anni ha proceduto con l'ampliamento del diritto alla libertà di stabilimento, con il fine di rimuovere ogni ostacolo idoneo a limitare la libera circolazione nel territorio della Comunità⁴⁵. Seguendo tale impostazione, le disposizioni

Con le forme giuridiche sopra citate è possibile realizzare l'operazione di trasferimento della sede statutaria senza incorrere nello scioglimento e successiva liquidazione della società, con il contemporaneo cambiamento delle sole leggi sussidiarie, dal momento che la costruzione dell'ente poggia su di un ordinamento sovranazionale e, in ragione della sua preminenza, continua ad essere regolato dalle norme primarie. In tal modo il trasferimento non viene più qualificato come operazione realizzativa dal punto di vista del diritto societario idonea a configurare un fenomeno estintivo, bensì viene assicurata la libera circolazione.

L'intervento è particolarmente significativo in quanto si colloca in un momento storico in cui gli ordinamenti presentavano ancora una certa ostilità nel riconoscimento del libero diritto alla libertà di stabilimento, che consentisse lo spostamento delle realtà economiche con la conservazione della propria capacità giuridica originaria e la loro continuazione alla soggezione alle norme del diritto societario dello Stato di origine. Periodo durante il quale la Corte di Giustizia, per il tramite di alcune pronunce, continuava a dichiarare la non contrarietà di alcune misure restrittive alla libera circolazione delle società.

Le Direttive hanno rappresentato lo strumento mediante il quale realizzare operazioni di trasformazione internazionale a livello comunitario, sempre alla luce degli ostacoli e dei divieti che venivano imposti da parte degli ordinamenti nazionali, soprattutto nella delicata fase di transizione tra ordinamenti differenti. Come abbiamo avuto modo di osservare nel paragrafo precedente, proprio l'aspetto della concorrenza tra ordinamenti orientati alla teoria dell'incorporazione piuttosto che a quella della sede reale, ha rappresentato il più grande limite all'armonizzazione, al punto tale che la Comunità ha voluto cercare un compromesso tra i due criteri per implementare operazioni di movimentazione dei capitali. Compromesso che si configura da un lato assicurando ai soci la libera scelta dell'ordinamento di costituzione e, dall'altro, condizionando tale scelta e, in particolare, i futuri mutamenti, alla corrispondenza tra ordinamento e realtà effettiva. Viene quindi riconosciuto il collegamento che si determina con la teoria dell'incorporazione per il tramite della sede statutaria, ma al contempo viene garantita concretezza ad un tale legame assicurando la piena applicabilità dell'ordinamento interno, senza che sia possibile in tal modo fruire dei soli aspetti agevolativi.

Operativamente questo significa che una volta costituito l'ente giuridico, è possibile procedere con lo spostamento della sede statutaria, così come di quella amministrativa, soddisfacendo la doppia condizione di localizzazione all'interno dei confini comunitari e di coincidenza dello Stato di insediamento della sede sociale e della sede dell'amministrazione centrale. In particolare l'ultima condizione risulta fondamentale per evitare che l'ente giuridico sfrutti le asimmetrie presenti nei vari ordinamenti tributari, ma anche societari, al fine di trarne vantaggio. Anche in questo intervento però si rileva una lacuna di particolare rilevanza che concerne la definizione del concetto di sede amministrativa.

Il procedimento pratico si sviluppa (ai sensi degli articoli 7 del Regolamento SE e 8 del Regolamento SCE) in una serie di attività che partono dalla predisposizione di un progetto di trasferimento della sede che viene redatto dagli amministratori e passa per la redazione di una relazione degli stessi amministratori che indichi le ragioni giuridiche ed economiche, il deposito di entrambi i documenti presso la sede sociale, la redazione di una delibera assembleare approvata con una maggioranza di almeno due terzi dei voti espressi, il certificato di un notaio ai fini della certificazione dell'adempimento degli atti, l'iscrizione nel registro delle imprese del Paese di destinazione della nuova sede sociale, la comunicazione al precedente registro dell'avvenuta iscrizione nel nuovo registro, fino ad arrivare alla cancellazione della società nello Stato di origine.

⁴⁴ Così come la trasformazione in Società europea permetterebbe di evitare gli ostacoli al libero spostamento che vengono imposti dagli Stati, ed in particolar modo dalle normative che prevedono lo scioglimento e la successiva ricostituzione di una nuova società, la stessa operazione potrebbe portare ad evitare l'applicazione di una *exit tax*.

⁴⁵ “Dopo la giurisprudenza *Centros e Überseering* della Corte di Giustizia, non appare dubbio che una società comunitaria, rientrando nella definizione dell'art. 48 del Trattato CE, può trasferire liberamente la propria sede legale in Italia, a prescindere da quanto disposto dall'art. 25, terzo comma, della L. n. 218 del 1995, che deve essere disapplicato nella parte in cui prevede limitazioni alla libertà di stabilimento”, così PETRELLI, G., *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in Rivista del Notariato, 2004, n. 2, pag. 378. Si va incontro alla piena negazione della procedura di liquidazione.

contenute nella presente normativa dovrebbero quindi ritenersi applicabili ai soli trasferimenti in entrata e in uscita da Paesi estranei all'Unione europea⁴⁶.

Discorso differente invece è quello che riguarda l'istituzione di sedi secondarie da parte di società estere in Italia. La sede secondaria è un nucleo imprenditoriale che, nonostante espliciti un'attività imprenditoriale con un certo grado di autonomia amministrativa, rimane collegata organicamente alla sede principale. La sede, dotata di stabile rappresentanza per la presenza di una figura munita di poteri di rappresentanza, ha il compito di agire in nome e per conto della società estera. Essa non si trova a soggiacere ad una nuova legge regolatrice per il tramite di un adeguamento dello statuto così come avviene per coloro i quali spostano l'oggetto principale o la sede dell'amministrazione. È sufficiente rispettare le previsioni normative contenute negli articoli 2230 e 2299 del cod. civ. rivolte ai soggetti italiani che istituiscono sedi secondarie sempre in Italia, con una rigidità maggiore sull'aspetto della pubblicità degli atti sociali, nel senso che quest'ultima materia è l'unica che verrà regolata completamente da parte della normativa nazionale. Per le restanti fattispecie, compresa la capacità e la struttura giuridica, l'ente rimane sottoposto alla disciplina straniera⁴⁷. In tal senso, a differenza di quanto avviene per quelle società che scelgono di spostare la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività in Italia, l'ente non dovrà essere riconducibile ad uno dei tipi sociali disciplinati dal legislatore italiano ai fini dell'iscrizione nei registri.

È quindi necessario che il contribuente, nel compimento delle proprie azioni, attui una sorta di valutazione fattuale circa l'inquadramento dell'operazione che pone in essere, al fine di identificarne in maniera precisa e corretta la qualificazione e le conseguenze che da questa ne derivano, in particolar modo se si ritrova ad operare in situazioni *cross-border* le quali, nella maggior parte dei casi, attivano lo Stato ad esercitare il proprio potere impositivo.

⁴⁶ Di tale opinione ARTINA, R., RIZZI, R., *Trasferimento in Italia di società comunitarie*, in Amministrazione & Finanza, 2008, n. 28, pag. 17.

⁴⁷ MARGIOTTA, G., *Op. cit.*, pag. 662.

CAPITOLO II

ANALISI DELL'EVOLUZIONE SOVRANAZIONALE IN TEMA DI TRASFERIMENTO DI RESIDENZA DELLE IMPRESE VERSO PAESI ESTERI: GLI INTERVENTI DEGLI ORGANI COMUNITARI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Libertà di stabilimento nell'Unione Europea – 3. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di exit taxation – 3.1 Il caso Daily Mail and General Trust (causa C-81/87) – 3.2. Il caso Überseering (causa C-208/00) – 3.3. Il caso De Lasteyrie Du Saillant (causa C-9/02) – 3.4. Il caso N (causa C-470/04) – 3.5. Il caso Cartesio (causa C-210/06) – 3.6. Il caso National Grid Indus (causa C-371/01) – 3.7. Il caso Vale Épîtèsi (causa C-378/10) – 4. L'intervento della Commissione e del Consiglio europeo

1. Premessa

Il tema della mobilità degli enti giuridici privati ha assunto rilevanza in tempi recenti quando quest'ultimi, per esigenze economiche, hanno ravvisato la necessità di ampliare materialmente i propri confini imprenditoriali. Una tale apertura ha portato le imprese ad interfacciarsi con le legislazioni degli Stati membri nei quali stabilivano la propria attività o solo un ramo di essa, determinando situazioni di incertezza in ragione della normativa da applicare, nello specifico in ambito fiscale.

Il diritto comunitario, normativa legante atta a costruire e regolare il funzionamento dell'Unione europea, non contiene al suo interno alcuna norma diretta a regolamentare i regimi di tassazione in uscita dei contribuenti persone fisiche o società, in quanto investe due materie di competenza esclusiva degli Stati membri: le imposte dirette e il diritto societario, i cui contenuti finiscono con l'intrecciarsi in tema di tassazione in uscita. La regolamentazione inerente la figura di un ente giuridico risulta infatti di piena competenza degli Stati membri. Il diritto societario rappresenta la diretta creazione di ogni singolo ordinamento giuridico nazionale e le figure previste al suo interno esistono solamente in ragione di discipline nazionali che ne regolano la costituzione, il funzionamento e l'estinzione. Anche la materia fiscale rappresenta una creazione interna che si fonda spesso su principi eterogenei da Paese a

Paese⁴⁸, interfacciandosi poi con la necessità di coordinamento tra le normative estere per assicurare un equo trattamento agli operatori economici.

Nonostante queste doverose considerazioni si rende necessario precisare che, secondo costante giurisprudenza, la discrezionalità legislativa concessa agli Stati membri trova un proprio limite naturale nel diritto comunitario e nei principi che da esso scaturiscono. Si tratta pur sempre di un diritto sovranazionale, che deve essere rispettato nell'esercizio delle competenze esclusive conservate dagli ordinamenti nazionali e che non può incontrare restrizioni di alcun genere, pena la disapplicazione della disposizione interna. Questo anche in ragione del fatto che la sua inosservanza implicherebbe la sua non necessaria esistenza.

Il tema dell'imposta applicabile in occasione del trasferimento di residenza sui beni che vengono estromessi dal territorio nazionale ha iniziato ad assumere importanza dagli anni duemila, nel corso dei quali si sono susseguite numerose e importanti pronunce della Corte di Giustizia, a cui si è affiancata anche un'attività di controllo da parte della Commissione europea in merito alla compatibilità degli ordinamenti degli Stati membri rispetto al diritto comunitario, basando l'analisi su di un principio di non discriminazione. La Corte, in particolare, ha ricoperto un ruolo fondamentale attraverso i suoi interventi diretti ad affermare la supremazia del diritto dell'Unione, al fine di dare concretezza alle norme del Trattato, in un contesto in cui non è ancora possibile portare a compimento un progetto di concreta armonizzazione tra gli ordinamenti degli Stati membri, soprattutto con riferimento ai principali limiti costituiti dal concetto di residenza fiscale e dai criteri di collegamento con il territorio nazionale, due variabili cruciali che vengono affidate in maniera esclusiva ai legislatori nazionali. Attraverso le pronunce interpretative della Corte, che trovavano la propria origine nelle sentenze di rinvio pregiudiziale, è stato possibile però realizzare quella che viene definita un'armonizzazione negativa⁴⁹, con cui è stata riconosciuta la non conformità delle normative interne considerate in contrasto con i principi e le libertà sancite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Il punto cardine intorno al quale ruota l'attività degli organi comunitari è rappresentato dal diritto alla libertà di stabilimento sancito dall'art. 49 del T.F.U.E., secondo cui *“le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di*

⁴⁸ Nel contesto italiano, si rinviengono i principi espressi dagli articoli 3 e 53 della Costituzione, rispettivamente in tema di eguaglianza e capacità contributiva.

⁴⁹ Nonostante la Corte di Giustizia non disponga della facoltà di vincolare gli Stati membri alle conclusioni a cui perviene per il tramite delle proprie pronunce giurisprudenziali, non può essere negata l'influenza che essa esercita sull'interpretazione e l'implementazione delle normative. In dottrina è stato affermato che “pur non essendo la relativa giurisprudenza vincolante al di là del caso concreto, è evidente che la rilevanza e l'autorevolezza della stessa non possono non influire sulla concreta applicazione delle norme interpretative”, così PETRELLI, G., *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 2004, pag. 352.

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 altro Stato membro". Si tratta di uno dei principi su cui è stata costruita la Comunità europea, quello che risulta maggiormente pregiudicato dall'applicazione delle discipline sul trasferimento di sede e che rappresenta in ogni sentenza una delle principali, se non la principale, delle questioni pregiudiziali a partire dalla quale si snodano poi altri aspetti di non minore importanza.

Il trasferimento, di per sé, non costituisce un'operazione realizzativa dei maggior valori che nel corso del tempo si sono creati con riferimento ai beni appartenenti al complesso aziendale, si voglia per disposizioni di legge che ne prevedono la rivalutazione o in seguito ad eventi legati all'andamento del mercato, ma consiste solamente in uno spostamento di *assets* che continuano a rimanere all'interno del circuito imprenditoriale e che continuano ad essere utilizzati a scopo economico-produttivo nel Paese di destinazione dal medesimo soggetto. Imporre una tassazione su valori non concretamente realizzati in occasione di operazioni di riorganizzazione o riallocazione dell'attività economica può rappresentare un ostacolo per il contribuente, persona fisica o ente giuridico, che si trova nella situazione di dover riconoscere all'amministrazione fiscale una somma concreta di denaro su valori che, al momento, non hanno generato alcun flusso finanziario, ma solo uno economico-contabile. Come anticipato il trasferimento di residenza rappresenta una diretta conseguenza della marcata internazionalizzazione di alcune realtà economiche e l'output di strategie imprenditoriali che considerano anche la leva fiscale accanto ad una molteplicità di fattori idonei a raggiungere gli obiettivi di medio-lungo termine, quali la crescita e lo sviluppo. Di per sé, l'operazione non può rappresentare un abuso, ma solo l'esplicitazione della libertà di insediamento nel territorio comunitario. Tassare valori non realizzati corrisponde ad inibire le scelte imprenditoriali che rispondono ad interessi economici e patrimoniali, i quali molto spesso non vanno di pari passo con le logiche giuridiche.

2. La libertà di stabilimento nell'Unione Europea

Fin dalla nascita della Comunità Europea i Trattati istitutivi hanno fissato i propri obiettivi nella realizzazione di un mercato comune, accompagnato da un'unione monetaria ed economica. Fondamentali ai fini del raggiungimento di tali obiettivi erano i diritti di libera circolazione di merci, persone e capitali, i quali venivano sostenuti anche dalla libertà di

stabilimento, ad oggi contenuta negli articoli 49 e 54 del T.F.U.E., la quale risulta di particolare interesse nell'ambito dell'analisi che si svolge nel presente lavoro.

L'attuale disciplina però rappresenta il risultato di una continua evoluzione.

Inizialmente la libertà di stabilimento veniva concepita alla stregua di un divieto di discriminazione, o principio di trattamento nazionale, sulla base del quale uno Stato membro non poteva riservare ai cittadini di altri Stati facenti parte della Comunità europea un trattamento differente rispetto a quello applicato ai propri cittadini. I soggetti erano destinatari del “*diritto di stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine per svolgervi in modo stabile un'attività economica di natura non subordinata*”, anche per il tramite della costituzione di agenzie, filiali o succursali, “*alle stesse condizioni poste dalla legislazione dello Stato di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*”⁵⁰. In tal modo venivano vietate le discriminazioni⁵¹ sia dirette che indirette. Le prime, che si sostanziano quando il comportamento discriminatorio si basa sull'oggetto di tutela che la norma stessa individua come discriminante, hanno ad oggetto la nazionalità o la cittadinanza per le persone fisiche e la sede sociale per gli enti societari. Le seconde invece, sottendono a regole o prassi teoricamente rivolte alla totalità dei soggetti ma che nella pratica, per il tramite del meccanismo di costruzione, sono destinate ad essere applicate ai soli cittadini. Per meglio dire le disposizioni introducono una discriminazione sulla base di un elemento differente rispetto a quello oggetto di tutela. Anche in quest'ultimo caso, nonostante la norma non risulti costruita in maniera diretta sulla condizione discriminante, vengono ottenuti gli stessi effetti in termini di risultato di quelli che si configurano con una discriminazione diretta⁵².

Solo successivamente alla sentenza *Kraus*, causa C-19/92, al concetto di restrizione vennero associate misure che non rispondevano propriamente al principio di non discriminazione, ampliando perciò l'ambito di operatività a tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio della libertà di stabilimento.

⁵⁰ MARGIOTTA, G., *Op. cit.*, pag. 653; in tal senso anche GRAMMATICO, F., STESURI, A., *Riforma fiscale: la nuova disciplina de trasferimento di sede e compatibilità con i principi comunitari*, in *Fisco*, 2005, n. 6, I, pag. 842; Corte giust. com. eur., 13 dicembre 1984, causa C-106/83, punto 28: “*Va innanzitutto osservato che il principio di non discriminazione [...] che comprende il divieto di discriminazione in base alla nazionalità [...] impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato*”.

⁵¹ Secondo l'elaborazione giurisprudenziale, per discriminazione deve intendersi ogni situazione in cui una fattispecie, anche se analoga ad una seconda, riceve un trattamento regolamentare differente rispetto a quest'ultima, o se, al contrario, quando a due fattispecie uguali viene applicata la medesima disciplina. Il tutto senza che sia possibile riscontrare una qualche prova idonea a giustificare il diverso o il medesimo trattamento a seconda del caso.

⁵² In ambito tributario la residenza fiscale costituisce l'elemento discriminante a cui la stessa Corte di Giustizia ha assegnato rilevanza in una serie di pronunce. Si vedano in proposito Corte giust. com. eur., 12 febbraio 1974, causa C-152/73; Corte giust. com. eur., 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

Sempre all'interno del Trattato istitutivo della Comunità Europea vi era anche l'art. 293 (ex art. 220 T.F.U.E.) che si occupava della libertà di stabilimento nella specifica ipotesi di trasferimento di sede. Esso impegnava gli Stati membri ad avviare negoziati intesi a garantire, nei confronti dei loro cittadini, *“il reciproco riconoscimento delle società”* ed *“il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse”*. L'articolo sollevava però un problema importante in quanto, dalla sua formulazione, sembrava trasparire che la materia del trasferimento di sede fosse sottratta dalle competenze comunitarie, in favore di una competenza individuale degli Stati membri. Considerazione avvallata dal riferimento generico al concetto di sede che risultava al tempo regolato dal diritto societario proprio di ogni Stato, materia tuttora di competenza dei legislatori nazionali i quali conservano la facoltà di definire i criteri di collegamento e la facoltà, così come le modalità, di poter procedere con un trasferimento di sede. Materia poi che ad oggi non risulta ancora armonizzata a livello comunitario e che affida ad iniziative legislative o pattizie la conciliazione delle molteplici discipline societarie. Vero però che una tale interpretazione si sarebbe posta in contrasto con il principio di diretta applicabilità della libertà di stabilimento. Come affermato nella pronuncia della sentenza *Überseering*, l'esercizio della libertà di stabilimento non può condizionarsi alla concreta adozione di tali negoziati, in considerazione anche della presenza dell'inciso *“per quanto occorra”*. Si tratta di una delle libertà fondamentali che, in quanto tale, deve continuare a godere di una diretta applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali, in maniera incondizionata. Nel concreto, nonostante esistesse una convenzione diretta a garantire lo spostamento di sede congiuntamente al mantenimento della personalità giuridica, essa non entrò mai in vigore a causa della mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi e che, ad opera del Trattato di Lisbona, l'art. 293 T.c.e. fu successivamente abrogato.

Al giorno d'oggi la normativa concernente il diritto alla libertà di stabilimento è contenuta all'interno degli articoli 49 e 54 T.F.U.E., i quali estendono tale libertà anche nei confronti degli enti giuridici. Vi è quindi una espressa equiparazione tra le persone fisiche e *“le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione”*. La precedente formulazione non intende concludere in favore dell'applicazione del criterio dell'incorporazione, ma piuttosto esprime un generico riconoscimento delle entità giuridiche straniere attraverso l'equiparazione alle persone fisiche.

Per libertà di stabilimento deve intendersi il diritto di esercitare in modo effettivo un'attività economica di natura non subordinata, per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro, diritto che può essere fatto valere sia verso il Paese ospite quanto verso il Paese di origine, pur non garantendo la possibilità di cambiare contestualmente cittadinanza⁵³. Si prefigge perciò l'obiettivo di ostacolare sia le restrizioni definite "in entrata" così come quelle "in uscita", le prime poste in essere dallo Stato nel quale la società ha intenzione di trasferire la sede principale o una propria sede secondaria e le seconde, invece, poste in essere dallo Stato di costituzione, che non permette o impedisce lo spostamento della sede al di fuori dei confini territoriali nazionali.

La distinzione precedentemente evidenziata, circa lo spostamento della sede principale o della sede secondaria, non è di poca importanza in ragione del fatto che distingue la libertà di stabilimento primaria rispetto a quella secondaria. Esistono due modi di esercitare il diritto allo stabilimento: da un lato costituendo nuove società conformemente alla legislazione di uno Stato membro o trasferendo la sede legale, la sede dell'amministrazione centrale o il centro d'attività principale - ossia spostando un centro di attività economica e professionale - e dall'altro avendo la possibilità di creare affiliate, succursali o agenzie per il tramite delle quali svolgere un'attività economica in un Paese differente⁵⁴. Le due casistiche sono differenziate anche da una distinzione geografica, che vede nell'esercizio della libertà di stabilimento primaria uno spostamento della localizzazione, ossia una vera e propria uscita da un Paese seguita dalla corrispondente entrata nel Paese di destinazione, mentre in quella secondaria viene mantenuto il collegamento con il Paese di origine e si procede con una delocalizzazione. Da qui la nascita di numerose controversie circa l'inizio di una regolamentazione concorrente tra differenti ordinamenti giuridici, che hanno determinato l'insorgere di una serie di questioni pregiudiziali presentate alla Corte di Giustizia nel corso degli ultimi trent'anni.

In generale, in base alla disciplina contenuta nel Trattato viene assicurata una libertà di stabilimento incondizionata, salva l'applicazione, ai sensi dell'art. 52 T.F.U.E., "di

⁵³ Cass. penale, sezione III, 30 ottobre 2015, n. 43809, in Riv. Dir. trib., Supplemento online, pag. 56. Disponibile al sito: http://www.rivistadirittotributario.it/wp-content/uploads/2016/01/A_4-Supplemento-RDT.pdf; MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, pag. 88.

⁵⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Marco Darmon, 7 giugno 1988, causa *Daily Mail and General Trust*; Conclusioni dell'avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, 4 dicembre 2001, causa *Überseering*. Con altre parole, "oggetto di tutela è l'accesso e lo svolgimento, con le stesse modalità stabilite dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini, di un'attività economica a carattere non subordinata, con autonomia gestionale e assunzione di rischio economico, [...] e si estende alla costituzione di agenzie, di succursali o di affiliate da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti nel territorio di un altro Stato membro", così MIELE, L., «Exit tax» sul trasferimento della residenza fiscale all'estero, in Fisco, 2010, n. 6, pag. 435.

disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare [...] e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica”.

In aggiunta a tali tipologie di restrizioni si devono necessariamente sommare tutte quelle nazionali che derivano dal non superamento del “Test Gebhard” (o clausola dell’interesse generale) che si sviluppa lungo quattro fasi e che permette di “*gettare luce sul complesso intreccio di interessi coinvolti dall’attività sociale e sul ruolo della legge per determinare un punto di equilibrio tra di essi*”⁵⁵. Consiste in un’attività di valutazione di ogni ragione giustificatrice che viene presentata a sostegno della correttezza di una norma sospettata di essere idonea ad introdurre una restrizione, al fine di comprendere se la misura risulta equilibrata. Concretamente, i provvedimenti nazionali che ostacolano o scoraggiano l’esercizio del diritto alla libero stabilimento devono contemporaneamente applicarsi in maniera non discriminatoria, devono configurare motivi imperativi di interesse generale, devono risultare idonei al conseguimento dello scopo prefissato ed, infine, non devono eccedere quanto necessario per il raggiungimento dello scopo. È lo schema argomentativo che viene seguito dalla Corte di Giustizia per valutare la proporzionalità, la coerenza e, più in generale, la compatibilità delle misure nazionali rispetto alla disciplina sovranazionale, non solo con riferimento alle norme di conflitto, ma estendendosi anche a quelle sostanziali, fiscali e societarie. A conferma di quanto appena detto ricorre l’art. 54 T.F.U.E. il quale, per quanto non sia una norma di diritto nazionale privato e non richiami in maniera specifica le leggi degli Stati membri, rimette agli stessi il compito di creare enti giuridici condizionandolo al rispetto sia della disciplina interna, che di quella comunitaria⁵⁶.

3. L’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di exit taxation

3.1 Il caso Daily Mail and General Trust (causa C-81/87)

Il caso riguardava una società costituita secondo le norme di diritto britannico, che fino al 1984 si trovava residente nel Regno Unito. In tale anno, la società ha provveduto alla presentazione di una richiesta al Ministero del Tesoro per il rilascio di un’autorizzazione, a norma dell’art. 482, paragrafo 1, lett. a) della Legge britannica del 1970 sull’imposta sul

⁵⁵ Così MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, p. 117.

⁵⁶ *Ibidem*, pag. 92.

reddito e sulle società, in vista del compimento dell'operazione pianificata di trasferimento all'estero della sede dell'amministrazione centrale. Successivamente, senza ottenere né attendere alcun riscontro da parte dell'autorità competente, essa ha proceduto con il trasferimento della sede dell'ufficio gestione degli investimenti nei Paesi Bassi, lasciando la sede legale in Gran Bretagna in maniera tale da continuare ad essere assoggettata alle norme britanniche. In questo modo, in un tempo successivo, la società ha potuto realizzare attraverso un'operazione di vendita una quota dei titoli dell'attivo patrimoniale riscattando poi, con il ricavato dell'operazione, le proprie azioni, senza essere soggetta all'imposta britannica che colpiva il plusvalore generatosi e, allo stesso tempo, senza essere soggetta ad alcuna tassazione nel Paese di destinazione, competente solamente per i plusvalori generatisi dopo lo spostamento sul territorio nazionale. L'intenzione sottesa all'operazione era di mantenere il regime giuridico di costituzione modificando il solo regime fiscale.

Nelle questioni pregiudiziali presentate dinanzi alla Corte veniva chiesto di conoscere se vi erano i presupposti per dichiarare una violazione degli artt. 52 e 58 del Trattato CEE (ad oggi artt. 49 e 54 del T.F.U.E.) o, in alternativa, della Direttiva del Consiglio del 21 maggio 1973, n. 73/148 CEE⁵⁷.

La società sosteneva che la richiesta di autorizzazione per il solo trasferimento verso Paesi esteri costituisse un ostacolo al diritto di libertà di stabilimento, poiché condizionava la scelta imprenditoriale ad una valutazione dell'autorità nazionale del tutto scevra da ogni analisi di natura economica. Autorizzazione richiesta poi per i soli trasferimenti transfrontalieri.

La Corte respinse tale tesi in ragione del fatto che la questione dovesse risolversi secondo le regole del diritto interno proprie di ogni Stato. È la *lex societatis* che, occupandosi delle figure del diritto societario che crea e regola, ha la facoltà di attribuire e togliere la personalità giuridica, di decidere se il trasferimento della sede della direzione effettiva sia causa di scioglimento della società o di continuazione dell'applicazione del regime interno e di scegliere, in ultima battuta, le modalità con cui consentirlo⁵⁸. A maggior ragione per il fatto che il Trattato accettava le diversità nei criteri di collegamento e loro modificazioni, senza ricercare una loro armonizzazione. Le società rappresentano modelli commerciali regolati da

⁵⁷ Si tratta della Direttiva relativa alla "Soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi", ossia una normativa che assicura il diritto di cambiare domicilio alle sole persone fisiche. Difatti la Corte ha affermato che "la Direttiva n. 73/148 dev'essere interpretata nel senso che essa non attribuisce ad una società il diritto di trasferire in un altro Stato membro la sede della direzione", confermando la sua applicazione limitatamente al campo delle persone fisiche.

⁵⁸ Corte giust. com. eur., 27 settembre, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, punto 19; Corte giust. com. eur., 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*.

sistemi di norme che si occupano della disciplina dei rapporti interni ed esterni tra soggetti. Sono creazioni di ogni singolo ordinamento giuridico le quali, piuttosto che essere rette dalla legge, finiscono per confondersi nella stessa *lex societatis*. Naturalmente la visione della materia fiscale e societaria come prerogativa di ogni singolo Stato membro ha portato ad una proliferazione di discipline che nascono dalla condivisione della teoria dell'incorporazione piuttosto che da quella della sede reale, facendo sì che una lettura dell'operazione come di discontinuità ammetta in maniera legittima l'applicazione delle conseguenze giuridiche e fiscali dello scioglimento dell'ente.

In tale circostanza, l'avvocato generale nelle proprie conclusioni evidenziava che, a differenza di quanto statuito in molti altri ordinamenti nazionali, quello britannico non prevedeva lo scioglimento della società e la sua ricostituzione nello Stato di destinazione in occasione del trasferimento e che, per tale ragione, la disciplina societaria si conformava agli obiettivi comunitari in materia di libertà di stabilimento. Porre tale Stato in una situazione fiscale di disfavore, per il solo fatto che esso esigeva la liquidazione di un'imposta sui plusvalori latenti, sarebbe stato paradossale in un tempo in cui uno dei principali obiettivi era, come d'altronde è tuttora, quello di creare un mercato unico. La Corte ha perciò avallato l'amministrazione britannica affermando che la normativa, così come costruita, non determinava un ostacolo alla libertà di stabilimento, neppure nel momento in cui istituiva l'obbligo di richiedere il rilascio di un'autorizzazione per quelle società che intendessero insediarsi in altri Paesi, conservando la qualità di società di diritto britannico⁵⁹.

Il diritto comunitario nella sua formulazione, non statuisce un generico diritto al trasferimento della sede amministrativa con contestuale conservazione dello *status* di società del Paese di uscita. È facoltà del legislatore nazionale scegliere i criteri di collegamento al territorio che determinano lo scandirsi della vita societaria di un ente giuridico, senza che questo osti con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e senza che questo crei alcuna problematica circa la compatibilità degli ordinamenti⁶⁰. Nel caso contrario, non mantenendo alcun legame giuridico con il Paese di origine in conseguenza all'esercizio della libertà di stabilimento primaria, non può essere autorizzata alcuna restrizione.

Con tale sentenza la Corte ha riconosciuto il diritto alla libertà di stabilimento come possibilità di aprire in altri Stati agenzie, succursali e filiali a norma dell'art. 52 T.C.E., ma ha

⁵⁹ Corte giust. com. eur., 27 settembre, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, punto 18.

⁶⁰ BALLARINO, T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, in Riv. Soc., 2003, II, pag. 673; Corte giust. com. eur., 27 settembre, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, punto 23. In entrambe le fonti viene richiamata la posizione della Corte di Giustizia la quale chiarisce che la risoluzione di una tale problematica dev'essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, non rinvenibili cioè nell'ambito comunitario.

mantenuto la decisione in merito al quando e al come una società termini di essere regolata dal diritto interno come prerogativa nazionale, per via della stretta dipendenza dell'ente giuridico all'ordinamento interno. La differenziazione delle normative che formano parte di un sistema non armonizzato ha fatto sì che la Corte evitasse di esprimere una propria valutazione circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità delle misure impositive. La mancata censura della normativa interna ha statuito l'esclusione della pertinenza del trasferimento di sede rispetto alle libertà del diritto comunitario, in particolare con riferimento al momento e alle modalità con cui una società cessa di essere regolata dal diritto nazionale. L'emigrazione perciò non veniva considerata una questione transfrontaliera, minando in maniera diretta la libertà di movimento delle persone giuridiche⁶¹.

3.2 Il caso *Überseering* (causa C-208/00)

La causa in oggetto nasce da una dichiarazione di inammissibilità di una azione processuale e si occupa di immigrazione *cross-border*. La società *Überseering*, costituita regolarmente a norma del diritto dei Paesi Bassi, risultava proprietaria di un immobile e di un parcheggio in Germania e, in accordo con tale diritto, risultava iscritta presso il registro immobiliare tedesco. Dopo aver incaricato la società NCC (Nordic Construction Company Baumanagement GmbH) ad eseguire alcune opere sugli immobili, riscontrando dei vizi conveniva in giudizio tale ditta, al fine di ottenere un risarcimento danni in ragione dei difetti sui lavori eseguiti. È a questo punto che la società ricorrente non vide accettata la propria azione in quanto priva della capacità giuridica e processuale a norma del diritto tedesco. La ragione risiedeva nel fatto che durante il periodo intercorrente tra l'incarico dei lavori e l'inizio dell'azione processuale, le quote sociali erano state totalmente cedute a due soggetti residenti in Germania, determinando, secondo le regole del diritto tedesco, uno spostamento del luogo di insediamento della sede amministrativa effettiva. L'applicazione della teoria della sede reale da parte dell'ordinamento tedesco implicava la necessità di estinguere la società nel Paese di costituzione per ricostituire la stessa, *ex novo*, nel Paese di destinazione. La questione fondamentale su cui verteva la pronuncia pregiudiziale consisteva quindi nel comprendere se il diritto di stabilimento potesse opporsi al collegamento che il diritto tedesco

⁶¹ WYMEERSCH, E., *Op. cit.*, pag. 742; ROMANO, C., *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea*, in *Rass. Trib.*, 2004, n. 4, pag. 1294; PELLECCIA, M., *Il trasferimento di residenza in Italia*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 6, pag. 1412. Si potrebbe anche dire che alle norme che sanciscono la libertà di stabilimento venne affidata un'interpretazione restrittiva, non riconoscendone la sovranazionalità.

istituiva tra il luogo di insediamento della sede amministrativa effettiva e il riconoscimento della capacità giuridica e processuale.

Il governo tedesco sosteneva che l'assegnazione di rilevanza alla sede effettiva garantiva dall'esercizio di operazioni elusive del diritto delle società dello Stato in cui tale sede veniva istituita, tutelando perciò gli interessi fondamentali di tutti i soggetti che si trovano ad intrattenere rapporti, di qualunque genere, con l'ente giuridico.

Ai fini risolutivi, vennero richiamate due sentenze antecedenti: *Daily Mail and General Trust* e *Centros Ltd*. La prima, in accordo con quanto riportato precedentemente, sanciva la possibilità per le società di fruire della libertà di stabilimento al fine di costituire agenzie, filiali o succursali in altri Stati membri, ma allo stesso tempo subordinava le condizioni del trasferimento alle previsioni della normativa nazionale. Contrariamente ad una persona fisica, l'ente giuridico si considerava esistente solamente in forza del diritto societario nazionale mancando a livello comunitario una normativa diretta a regolarlo. In aggiunta, le differenze che emergevano dall'autonomia legislativa venivano avallate dal Trattato nel momento in cui si sosteneva che le diversità delle legislazioni dovevano trovare soluzione per il tramite della conclusione di iniziative legislative o pattizie e non all'interno delle norme sul diritto di stabilimento. Ossia, dagli artt. 52 e 58 del Trattato CEE non poteva evincersi l'attribuzione ad una società di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione effettiva conservando al contempo la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione essa era stata costituita. Allo stesso tempo, veniva poi richiamata la previsione dell'art. 293 del Trattato per inserire una riserva di competenza a disposizione degli Stati, al fine di condizionare l'esercizio della libertà di stabilimento all'adozione di convenzioni, interpretazione questa del tutto contraria alla reale portata della disposizione, la quale doveva essere invocata solo "*per quanto occorra*". Ma come è subito emerso, il caso analizzava il rapporto esistente tra la società e lo Stato membro nella quale essa si era costituita, occupandosi delle conseguenze giuridiche che si configuravano a seguito del trasferimento in capo allo Stato membro di costituzione. Conseguenze che non sembra possibile trasporre in rapporto al legame società e Stato membro di destinazione. Ossia non è possibile affermare che così come il diritto comunitario non disciplina in maniera diretta il mantenimento della capacità giuridica di una società sul rapporto "in uscita", allora lo stesso possa dirsi con riferimento al rapporto "in entrata"⁶². Al legislatore britannico era stato concesso il diritto di disciplinare il momento

⁶² Sul punto appare necessaria una precisazione. Il governo tedesco, italiano e la stessa società convenuta sostenevano la non opponibilità delle norme del Trattato rispetto ad una valutazione puramente nazionale sul mantenimento della capacità giuridica. Interpretazione sostenuta dalla formulazione dell'art. 293 T.C.E. che lasciava intendere, appunto, che la conservazione della personalità giuridica non fosse automatica a seguito del

della costituzione e del trasferimento in accordo con le regole del proprio diritto privato internazionale poiché le società sono enti di creazione del diritto interno, ma nella stessa sentenza non veniva fornita alcuna soluzione al problema del riconoscimento giuridico a valle. Pertanto la pronuncia contenuta nella causa C-81/87 *“non ha inteso riconoscere agli Stati membri la facoltà di subordinare al rispetto del loro diritto nazionale delle società l’esercizio effettivo [...] della libertà di stabilimento da parte di società, validamente costituite in altri Stati membri, relativamente alle quali ritengono che esse abbiano trasferito la loro sede nel detto territorio”*⁶³. In concreto, il giudice comunitario riconosceva allo Stato membro di costituzione il diritto di disciplinare sia la costituzione e sia il trasferimento in conformità alle proprie regole nazionali, ma non risolveva la questione se ad una società spettava il diritto di essere riconosciuta da un altro Stato membro. Il tutto in presenza di un soggetto dotato di personalità giuridica a norma di un altro ordinamento, che peraltro non ne aveva mai messo in discussione l’esistenza. *“Un conto è ritenere che gli ordinamenti interni possano determinare [...] la perdita di “nazionalità” del soggetto che si trasferisce, altro è ammettere che lo Stato di destinazione possa disconoscere la “capacità” riconosciuta da un altro ordinamento comunitario ed obbligare la società ad un “re-establishment”*⁶⁴.

La seconda questione invece appariva più conforme ai fini dell’equiparazione dei casi. La sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd*, verteva sulla compatibilità tra l’art. 52 del Trattato CE e il diniego di registrazione da parte dell’autorità danese di una succursale di una società con sede nel Regno Unito. Il riconoscimento ad una società di diritto inglese della possibilità di costituire in territorio estero uno stabilimento secondario, mediante il quale svolgere un’attività economica, rappresenta certamente un tema che rientra nella competenza dell’articolo sopra citato, nonostante il volontario mancato svolgimento da parte della sede primaria di una attività economica⁶⁵. L’oggetto, il diritto allo stabilimento secondario, veniva negato dall’autorità dello Stato membro di destinazione a causa della lettura di un

trasferimento della sede, ma piuttosto subordinata alla sottoscrizione di convenzioni. Perciò la stessa normativa comunitaria ammetteva la perdita della personalità giuridica. In mancanza di una armonizzazione e con la combinata presenza degli articoli 43 e 48 T.C.E., che avevano cognizione della differenziazione delle normative, si ammetteva l’applicazione della teoria della sede reale piuttosto che di quella dell’incorporazione, con le dirette conseguenze che ne derivavano.

⁶³ Corte giust. com. eur., 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*, punto 72.

⁶⁴ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 21.

⁶⁵ Si tratta di una formulazione a cui la Corte era già pervenuta con la sentenza 10 luglio 1986, causa C-79/85, *Segers*, dove affermava che *“il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l’esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento che consenta [...] di negare a tale società di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento”*.

comportamento volto ad eludere norme nazionali in tema di diritto societario danese. Norme considerate più stringenti rispetto a quelle previste nel Paese di origine in tema di conferimenti e soglia minima di capitale sociale a garanzia dello Stato e dei terzi creditori. Sul punto il governo danese muoveva le proprie considerazioni sulla base del contenuto di una precedente sentenza, il caso *Van Binsbergen*, secondo cui “*uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali e che [...] non possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario*”.

Nelle proprie conclusioni, la Corte si era pronunciata enunciando il divieto ad opporre il proprio diritto nazionale delle società nei confronti di un ente regolarmente costituito in altro Stato membro, ammettendo il diritto dello stesso di veder costituito e riconosciuto, mediante registrazione, una filiale, una succursale o uno stabilimento secondario, per il tramite del quale sviluppare la propria attività economica. Formulazione questa derivante dall'equiparazione, contenuta nell'art. 49 T.F.U.E., degli enti giuridici alle persone fisiche per le quali vige il diritto alla libera circolazione. Inoltre, le norme comunitarie che sanciscono il diritto alla libertà di stabilimento sono norme relative alla costituzione di società e non norme relative all'esercizio di determinate attività professionali, indipendentemente dalle ragioni che soggiacciono ad una scelta di delocalizzazione, anche se volta a sfruttare favorevolmente le asimmetrie degli ordinamenti nazionali. La scelta del luogo in cui incardinare giuridicamente la propria società sulla base delle norme di diritto societario che appaiono meno severe, creando poi succursali in altri Stati, non può configurare abuso della libertà di stabilimento⁶⁶, bensì rimane una condotta inerente all'esercizio di tale diritto.

Per tale ragione, il diniego all'iscrizione e al riconoscimento di uno stabilimento di una società costituita ai sensi dell'ordinamento di altro Stato membro deve considerarsi contrario alle disposizioni comunitarie. Viene lasciata libera però la facoltà per lo Stato di adottare eventuali misure idonee a prevenire o sanzionare comportamenti fraudolenti, ma solamente su base interna.

In accordo con le precedenti argomentazioni nasce quindi una forma di concorrenza nazionale e sovranazionale del diritto, tra ordinamenti statali e armonizzazione, dove da un lato viene prevista l'immediata efficacia delle norme sul libero stabilimento da applicarsi ai movimenti societari, con conseguente relativizzazione della riserva di cui all'art. 293 T.C.E., mentre dall'altro gli Stati continuano a mantenere una certa libertà nella definizione delle norme di

⁶⁶ MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, pag. 561.

conflitto⁶⁷. Concorrenza che muove dalla presenza contrapposta della teoria della sede amministrativa e della teoria dell'incorporazione. Difatti, ritornando alla causa *Überseering*, è possibile rifarsi alla decisione della causa *Centros Ltd*, adottando però una prospettiva differente: ci troviamo nel contesto normativo tedesco ancorato alla teoria della sede reale, a cui consegue l'inesistenza della società estera che sposta la propria sede amministrativa all'interno dei confini nazionali, o al massimo una riqualificazione a società di persone di fatto. Per essere più chiari, quando la Corte nel dibattito di concorrenza tra legislazioni ammette il difetto di competenza della Comunità europea rispetto al diritto internazionale privato, svolge un'operazione che assicura una certa immunità comunitaria alle norme nazionali, soprattutto in ambito fiscale e societario⁶⁸. Questo implica che in uno Stato come la Germania, che al contrario della Danimarca pone rilievo al luogo in cui viene insediata la sede amministrativa della società, non potrebbe mai essere avanzata alcuna critica in merito ad una mancata iscrizione di una società estera all'interno del proprio registro delle imprese. Il mancato riconoscimento di capacità giuridica rimarrebbe una questione limitata ai confini nazionali. Solamente gli enti che vengono riconosciuti sulla base del proprio ordinamento internazionale privato potrebbero accedere alla fruizione del diritto alla libertà di stabilimento. In realtà, nel corso degli anni il criterio della sede amministrativa ha iniziato ad essere discusso e criticato come incompatibile con la libertà di stabilimento, sulla base di due questioni. Primo perché introduce una forma di discriminazione tra le società che si costituiscono all'interno dei confini territoriali rispetto a quelle che si costituiscono altrove, spostando solo in un momento successivo la sede amministrativa principale. Secondo perché, non permettendo lo spostamento della sede amministrativa in altro Stato, o meglio permettendolo pena l'estinzione dell'ente giuridico, introduce una forma di restrizione all'art. 54 T.F.U.E., non motivata da alcuna necessità di dover proteggere interessi preminentissimi⁶⁹.

La sentenza *Centros Ltd* ha introdotto una limitazione della teoria della sede effettiva nel senso che la sua operatività dovrebbe essere utilizzata per rispondere ad una funzione interna: per i Paesi che la adottano, la società può acquisire correttamente e validamente la personalità giuridica solo se colloca la sede dell'amministrazione nello Stato e se segue le regole proprie del procedimento di costituzione. Si nega invece un'operatività comunitaria nei confronti

⁶⁷ Si veda BALLARINO, T., *Op. cit.*, pag. 681.

⁶⁸ Conclusioni che muovono anche dalla pronuncia della sentenza *Daily Mail and General Trust*, dove si ammetteva la prevalenza delle norme statali su quelle comunitarie.

⁶⁹ MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, pag. 566-567.

degli altri Paesi membri⁷⁰. Esiste perciò una soggezione del diritto internazionale privato al diritto comunitario.

Nel caso concreto, quindi, la riqualificazione dell'operazione a trasferimento di sede effettiva, originata dalla cessione di quote sociali a cittadini residenti in territorio tedesco, non consente l'esercizio della libertà di stabilimento che, al contrario, diviene un obbligo di stabilimento al fine di preservare la capacità giuridica e processuale⁷¹. Volontà, quella di trasferire la residenza, per di più, mai resa nota dalla stessa *Überseering*, che non ha mai attivato alcuna procedura capace di mettere in discussione la sua esistenza nello stesso Paese di costituzione. La stessa vendita delle quote sociali non ha determinato alcuna perdita di capacità giuridica nei Paesi Bassi. Riconoscere o meno la capacità giuridica non può dipendere da normativa, prassi, dottrina o giurisprudenza interna, in quanto esercitare la libertà di stabilimento significa da un lato poter dislocare la propria attività economica, ma, allo stesso tempo, mantenere in essere lo stabilimento originario. Il divieto di negare l'iscrizione di uno stabilimento di una società avente sede nella Comunità dev'essere interpretato come obbligo generale di riconoscimento, in connessione con la valida costituzione dell'ente giuridico in un Paese della Comunità.

Dalla presente sentenza è nato un dibattito: la Corte ha voluto mettere da parte la teoria della sede reale in favore di quella contrapposta? La risposta corretta non va ricercata nella contrarietà di uno o dell'altro principio, dal momento che entrambi non prevalgono sul diritto comunitario. Si può dire piuttosto che da tale sentenza nasce un nuovo concetto conosciuto come la «teoria della costituzione comunitaria» secondo cui *“quando una società si costituisce secondo l'ordinamento di uno Stato membro, tutti gli altri Stati membri devono ammetterla nel loro territorio, anche se la società non è più qualificabile come società domestica per l'ordinamento di originaria costituzione”*⁷². È un approccio nuovo che non attribuisce potere ad alcuna norma di conflitto nazionale, bensì ascrive importanza al contenuto dell'art. 48 (ora 54 T.F.U.E.) del Trattato verso l'adozione di un approccio capeggiato dal diritto comunitario. Limitarsi al riconoscimento della mobilità di una società solamente previo operazioni di scioglimento non è più permesso in ragione dell'onerosità a cui l'ente e i suoi soci sono costretti a sottoporsi in vista della liquidazione del patrimonio.

⁷⁰ MUCCIARELLI, F., M., *Op. cit.*, pag. 569

⁷¹ *Ibidem*, punto 47.

⁷² WYMEERSCH, E., *Op. cit.*, pag. 748.

3.3 Il caso *De Lasteyrie du Saillant* (causa C-9/02)

La questione di legittimità è stata sollevata da una persona fisica non esercente attività d'impresa, che nel corso del 1998 aveva lasciato la Francia per trasferire la propria residenza in Belgio, Paese ove intendeva svolgere la propria attività professionale. Al momento del trasferimento il contribuente possedeva dei titoli di capitale di una società, il cui valore monetario corrente risultava superiore al prezzo d'acquisto, dando origine così ad una plusvalenza latente. Su tale plusvalore, derivante dal solo possesso di titoli mobiliari, la disposizione interna francese prevedeva l'immediata tassazione, anche se tali titoli non risultavano ancora realizzati o smobilizzati, per la sola ragione legata al trasferimento del domicilio al di fuori dello Stato francese⁷³.

Il contribuente proponeva ricorso per ottenere l'annullamento della norma a causa dell'eccesso di potere esercitato da parte dell'amministrazione, in presenza anche di un trattamento discriminatorio: infatti, il soggetto che, nella medesima situazione, anziché trasferire la residenza al di fuori del territorio lo avesse fatto all'interno dei confini nazionali non incorreva in alcuna tassazione, se non al momento dell'effettiva realizzazione dei titoli. Su di esso gravava un onere fiscale più elevato rispetto ai soggetti che mantenevano la residenza nello Stato membro. Inoltre, il contribuente osservava che la possibilità di ottenere un rinvio del pagamento per posticipare l'adempimento dell'obbligazione tributaria non fosse automatica, bensì subordinata ad un triplice onere: rispettare alcuni vincoli dichiarativi e procedurali⁷⁴, nominare un rappresentante stabilito in Francia responsabile delle comunicazioni e dell'esazione dell'imposta e prestare un'adeguata garanzia al debito tributario sospeso. Il contribuente si ritrovava perciò nella situazione di dover scegliere tra due alternative altrettanto gravose: procedere immediatamente con il pagamento dell'imposta basata su di un valore latente ed incerto, senza peraltro disporre in concreto di tale reddito⁷⁵ o, in alternativa, sospendere la riscossione fino al momento dell'effettivo realizzo del titolo mobiliare, procedendo però all'immediato congelamento di una parte del patrimonio che

⁷³ In tal senso l'art. 167 bis, I-1, del codice generale delle imposte: "*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'articolo 160*".

⁷⁴ Nello specifico, ai sensi dell'art. 167 bis, II-1, del codice generale delle imposte, il contribuente che intendesse trasferire il domicilio fiscale al di fuori del territorio nazionale doveva depositare preventivamente una dichiarazione delle plusvalenze latenti, seguita da una specifica domanda di rinvio del pagamento dell'onere tributario.

⁷⁵ Pensando alla figura di un contribuente esercente attività d'impresa, la norma arrivava a chiedere l'adempimento dell'obbligazione tributaria attingendo alle risorse del patrimonio personale.

diventava così indisponibile, a garanzia del debito tributario. Questa seconda alternativa rappresentava l'unica modalità che permetteva di avvicinarsi all'ottenimento di una parità di trattamento con i soggetti che procedevano con movimentazioni in territorio nazionale.

Per contro, il governo francese affermava l'inesistenza di indizi che potessero sostenere che una tale imposizione limitasse la facoltà dei cittadini di stabilirsi in altro Stato membro, in quanto considerava equilibrata l'alternativa di rinvio del pagamento dietro costituzione di garanzia patrimoniale. Ancora, l'imposizione veniva interrotta nel limite in cui, dopo cinque anni, non fosse intervenuta l'alienazione degli effetti in oggetto: in questo modo la disposizione finiva per incidere solamente su coloro che ponevano in essere operazioni abusive⁷⁶. Sul presente punto però l'avvocato generale nelle proprie conclusioni ha osservato che una tale previsione di sgravio *"non è sufficiente ad annullare l'effetto restrittivo delle disposizioni di cui trattasi, in quanto per tutto il periodo il contribuente sarà stato privato del godimento della parte del suo patrimonio data in garanzia"*.

Inoltre, il governo giustificava la correttezza della misura affermando che essa non aveva come effetto quello di sottoporre a restrizioni o condizioni di alcun genere l'effettivo esercizio della libertà di circolazione dei soggetti⁷⁷, bensì rappresentava una norma idonea a combattere i fenomeni evasivi⁷⁸. Questo significa che l'amministrazione francese ravvisava nella finalità antielusiva ricercata dalla norma una ragione imperativa di interesse generale idonea a giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento⁷⁹. Si voleva fornire una risposta a quelle manovre artificiose realizzate da alcuni contribuenti allo scopo di beneficiare di un mero vantaggio fiscale. In tal senso, sottoporre a vincoli di monitoraggio i contribuenti trasferitisi per un arco temporale di cinque anni significava garantire a quest'ultimi un doppio beneficio: godere del rinvio del pagamento ed ottenere l'estinzione automatica della presunzione di elusione allo spirare del quinto anno successivo alla perdita della residenza fiscale. Al

⁷⁶ In tal senso l'art. 167 bis, III, del codice generale delle imposte: *"Allo spirare del termine di cinque anni successivi alla data della partenza, ovvero alla data in cui il contribuente trasferisce nuovamente il suo domicilio in Francia, nel caso in cui tale evento sia anteriore, l'imposta determinata ai sensi del punto I è sottoposta d'ufficio a sgravio qualora afferisca a plusvalenze relative a diritti societari che, a tale data, siano ricompresi nel patrimonio del contribuente"*.

⁷⁷ Corte giust. com. eur., 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punto 14 e punto 21.

⁷⁸ Si pensi al caso di un soggetto che trasferisce temporaneamente il proprio domicilio fiscale in un Paese a fiscalità privilegiata con il solo fine di procedere con la realizzazione dei titoli di cui è in possesso ed evitare di essere soggetto ad un'imposizione significativa, se non addirittura beneficiare di una aliquota quasi nulla. Come osservato da Assonime nella circolare del 20 febbraio 2014, n. 5 si tratta più in generale dei cosiddetti "trasferimenti di comodo" che avvengono alla vigilia della cessione di importanti pacchetti azionari verso Paesi che concedono regimi di piena (o quasi totale) esenzione, evitando di pagare le imposte sui capital gains.

⁷⁹ Dello stesso parere era anche il governo danese il quale richiamò una precedente sentenza della Corte, la causa C-118/96, nella quale l'erosione fiscale fu considerata quale ragione imperativa che giustificava un ostacolo alla libera prestazione di servizi.

contempo l'amministrazione si garantiva la capacità di tassare le sole operazioni abusive, senza alcuno sforzo in termini di costo per quanto riguardava l'indagine della situazione e il monitoraggio a posteriori.

La Corte di Giustizia, dopo essersi soffermata sull'analisi della normativa interna, riconobbe che nonostante dal dato letterale non emergesse un esplicito divieto allo spostamento di un soggetto verso altro Stato membro, la norma era dotata di un evidente effetto dissuasivo nei confronti delle iniziative di investimento in Paesi esteri, in ragione dell'onerosità di cui il contribuente doveva farsi carico⁸⁰. Onerosità non solo economica, ma anche in termini di adempimenti come precedentemente sottolineato, i quali non possono essere qualificati come sufficientemente aleatori o trascurabili al punto tale da non essere considerati ostacolo alla libertà di stabilimento⁸¹.

Allo stesso tempo il giudice comunitario osservava anche che la possibile esimente, riscontrabile nelle ragioni imperative di interesse generale, deve perseguire uno scopo legittimo e deve garantire il conseguimento dello stesso senza eccedere quanto necessario per raggiungerlo. Tale giustificazione perciò non può riguardare, *“in maniera generale, ogni situazione in cui un contribuente detentore di partecipazioni [...] trasferisca per qualunque ragione il proprio domicilio fiscale al di fuori della Francia”*⁸², ma dovrebbe essere idonea a motivare una norma in grado di colpire solamente le operazioni artificiali. La portata generale finisce per determinare il fallimento dello scopo, ossia prevenire e sanzionare le operazioni che mirano alla frode dell'Erario⁸³. Una presunzione assoluta di elusione non

⁸⁰ L'analisi della Corte muove dalla considerazione secondo cui *“le libertà fondamentali esprimono palesemente un divieto di discriminazione fiscale, che trova fondamento nell'esigenza di assicurare eguali condizioni di impiego ai vari fattori produttivi, qualunque sia la loro origine territoriale”*, così BIZIOLI, G., *Aporie e contraddizioni della giurisprudenza europea in materia di exit taxation*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 2014, n. 3, pag. 383. Viene seguita cioè un'analisi di comparazione tra due fattispecie – il trasferimento all'estero e il trasferimento all'interno dei confini territoriali – aventi ad oggetto due criteri impositivi differenti: da un lato la maturazione e dall'altro la realizzazione. In tal modo, il problema che emerge non si focalizza sul fatto che la tassazione colpisca materia solo maturata e non anche realizzata inidonea a rappresentare un reale indice di capacità contributiva (investendo cioè il problema della violazione dell'art. 53 della Costituzione), ma sulla discriminazione attuata dalla normativa nazionale. Ma le libertà enunciate nel Trattato non possono essere riassunte in un semplice principio di eguaglianza, dovendo occuparsi di ogni forma di restrizione, indipendentemente da una situazione di similarità. Prosegue Bizioli, il principio di eguaglianza *“richiede che a ciascun soggetto vengano garantite dall'ordinamento giuridico le medesime condizioni sul piano della competizione economica”*, mentre la valutazione delle restrizioni *“impone che gli Stati membri eliminino le interferenze frapposte al godimento delle libertà riconosciute dall'ordinamento europeo”*, BIZIOLI, G., *Op. cit.*, pag. 385; BACCAGLINI, F., *National Grid Indus: aspetti sistematici delle exit taxes*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2012, pag. 297.

⁸¹ Conclusioni dell'avvocato generale J. Mischo, 13 marzo 2003, causa *De Lasteyrie du Saillant*.

⁸² Corte giust. com. eur., 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punto 50.

⁸³ In tal senso GABELLI, M., *La Corte di Giustizia boccia (con riserva) l'exit tax francese ed immesca l'azione della Commissione Europea*, in *Fiscalità internazionale*, 2004, n. 3, pag. 250.

appare proporzionale al contrasto delle operazioni artificiose. Evitare che i contribuenti traggano profitto dalle differenze dei regimi fiscali, così come il mancato guadagno in termini di entrate erariali subito da uno Stato membro a causa del trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente in un altro Stato e, infine, la rottura del collegamento tra ricchezza e territorio nazionale, non possono essere considerate ragioni imperative di interesse generale e non possono, di per sé, giustificare una restrizione del diritto di stabilimento. Il solo trasferimento del domicilio non può essere interpretato come intenzione o presunzione di evasione. Per una tale affermazione si rendono necessarie delle verifiche caso per caso, anche se l'alienazione dovesse avvenire durante il periodo di monitoraggio stabilito nei cinque anni. E la mancanza di un meccanismo che fosse in grado di discriminare le situazioni di abuso rispetto a quelle motivate da fondati interessi economici o personali contribuiva ad accentuare questa caratteristica.

Venne suggerito, peraltro, che lo stesso scopo che l'autorità francese si era prefissata, ossia ostacolare che un soggetto trasferisse il domicilio per eludere il pagamento dell'imposta, poteva essere raggiunto mediante l'implementazione di misure meno vincolanti o meno restrittive, facendo riferimento ai meccanismi di scambio di informazioni e di assistenza fiscale tra gli Stati membri interessati. La Repubblica francese era firmataria di numerose convenzioni contro le doppie imposizioni, all'interno delle quali era una clausola di assistenza alla riscossione per il tramite della quale gli Stati si impegnavano ad accordare un aiuto reciproco per la riscossione delle imposte oggetto di convenzione⁸⁴. Un ulteriore esempio venne riportato nelle conclusioni dell'avvocato generale, al punto 64, nel quale è stato affermato che *"basterebbe che le autorità nazionali prevedano la tassazione delle plusvalenze realizzate dal contribuente che, dopo un soggiorno relativamente breve in altro Stato, ritorni in Francia dopo aver ceduto i suoi titoli. Tale ritorno a breve dimostrerebbe il carattere temporaneo del soggiorno e consentirebbe di vanificare il comportamento denunciato dalle autorità francesi, senza compromettere [...] i contribuenti il cui unico obiettivo sia quello di esercitare in piena buona fede la libertà di stabilimento"*.

Nelle proprie conclusioni la Corte riconobbe perciò la fondatezza così come la legittimità della pretesa impositiva concernente la tassazione dei plusvalori scaturenti dalla valorizzazione dei titoli mobiliari, ma solamente con riferimento al momento del compimento di un'operazione realizzativa dell'investimento vera e propria, affermando inoltre che l'art. 52 (ora 49 T.F.U.E.) del Trattato osta a che uno Stato membro introduca, ai fini di prevenzione di

⁸⁴ Fatto sottolineato anche all'interno delle conclusioni dell'avvocato generale J. Mischo, 13 marzo 2003, causa *De Lasteyrie du Saillant*.

un generico rischio di evasione fiscale, un meccanismo d'imposizione delle plusvalenze latenti come quello previsto dalla normativa francese⁸⁵.

Nello stesso verso è intervenuta la Commissione europea che, alla luce di quanto dichiarato nella presente sentenza, ha provveduto alla censura dell'*exit tax* tedesca ed ha avviato un processo di monitoraggio di disposizioni simili considerate “*incompatible with EC Treaty rules on people's right to reside, work and establish themselves in another Member State*”⁸⁶.

3.4 Il caso N (causa C-470/04)

Un'altra questione in tema di *exit tax* affrontata dalla Corte ha interessato ancora una volta un contribuente persona fisica, detentore di partecipazioni totalitarie di tre società di diritto olandese, residente nei Paesi Bassi fino al 1997, anno in cui egli ha spostato la propria residenza nel Regno Unito. In occasione di tale trasferimento e in ragione della normativa interna che equiparava la perdita dello *status* di contribuente nazionale alla cessione d'azioni, egli è stato assoggettato a tassazione sulle plusvalenze latenti relative alle partecipazioni di cui era in possesso. Sempre a norma della legislazione nazionale, al contribuente era stata concessa una sospensione dal pagamento immediato dell'onere tributario, previa richiesta di un'autorizzazione ed in contropartita del rilascio di una garanzia patrimoniale. Anche in questo caso, la questione pregiudiziale principale su cui verteva la causa consisteva nella verifica della compatibilità tra la libertà di stabilimento e la normativa interna olandese, ma muoveva alla luce delle conclusioni formulate nella sentenza *De Lasteyrie du Saillant*.

Il contribuente, nelle proprie motivazioni presentate a fondamento del ricorso, sosteneva che nel rilasciare la garanzia prevista espressamente per legge, con il fine di ottenere la sospensione del pagamento dell'imposta sui plusvalori latenti, esso fosse stato sottoposto ad un vincolo tale da impedirgli l'esercizio dei diritti riconosciuti dalle norme comunitarie. Anche in questo frangente l'amministrazione olandese ha giustificato la propria posizione richiamando il concetto secondo cui la costruzione del disposto normativo rispondeva ad un interesse generale collettivo, che non affonda più le proprie radici solamente sulla necessità di

⁸⁵ È stata completamente esclusa la causa di giustificazione riferibile al principio di coerenza fiscale, avanzata da parte del governo olandese, in quanto, come affermato dallo stesso governo francese, la disciplina nazionale non intendeva colpire le plusvalenze maturate sul territorio fino al momento del trasferimento all'estero, bensì voleva “*prevenire i trasferimenti temporanei di domicilio al di fuori della Francia motivati esclusivamente da ragioni fiscali*”, così Corte giust. com. eur., causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punti 64-65. La conferma di una tale impostazione derivava dalla stessa costruzione della norma che considerava nella determinazione della plusvalenze anche le eventuali minusvalenze che si fossero realizzate in un momento successivo alla perdita di residenza.

⁸⁶ Commissione europea, 19 aprile 2004, Taxation: Commission requests Germany to end exit tax rules. [Disponibile al sito: eurOp.a.eu/rapid/press-release_IP-04-493_en.pdf](http://eurOp.a.eu/rapid/press-release_IP-04-493_en.pdf).

contrastare operazioni elusive, bensì voleva anche “*garantire una ripartizione del potere impositivo relativo alle plusvalenze sulle partecipazioni sociali tra gli Stati membri sulla base del principio di territorialità. Secondo il governo olandese, tale disciplina avrebbe [avuto] altresì lo scopo di impedire la doppia imposizione*”⁸⁷. L’amministrazione perciò faceva leva su di un principio di coerenza in stretto contatto con quello di territorialità, in ragione del fatto che una volta avvenuto il trasferimento del soggetto al di fuori dei confini territoriali lo Stato non avrebbe più avuto il diritto di avanzare alcuna pretesa tributaria sui beni in possesso del contribuente e rischiava, di conseguenza, di non poter riscuotere le imposte relative ad una base imponibile formatasi nel corso del periodo in cui la persona fisica risultava residente. Mantenere un’equa ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri era già stato considerato un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento in occasione della sentenza *Marks & Spencer*, punto 45⁸⁸, con valenza non solo interna, bensì internazionale.

La Corte di Giustizia, nelle proprie osservazioni, ha dapprima evidenziato che, nonostante la materia tributaria rientri nella piena competenza degli Stati membri, quest’ultimi nell’implementazione e nello sviluppo della stessa devono necessariamente considerare e rispettare i principi e i diritti contenuti all’interno dei Trattati istitutivi dell’Unione Europea. È vero che la norma così com’è stata delineata, di per sé, non impedisce al cittadino di trasferire la propria residenza o il proprio domicilio, tuttavia è da rilevarsi che rende l’esercizio di tale diritto difficoltoso, in quanto l’imposizione immediata determina un effetto dissuasivo. Sul punto, data la somiglianza tra la normativa olandese e quella francese, venne richiamata la precedente posizione espressa in occasione della causa C-9/02, punto 46, in cui si affermava che un “*contribuente, per il solo fatto di un trasferimento al di fuori dei confini nazionali, diventava debitore di un imposta su un reddito non ancora realizzato e di cui egli quindi non disponeva*”. La sola previsione di una tassazione rappresentava una restrizione della libertà di stabilimento, anche a prescindere da tutti quegli elementi accessori che contribuivano alla formulazione della normativa⁸⁹.

Anche in questa occasione venne presa in considerazione la legittimità ad adottare provvedimenti atti ad ostacolare le libertà fondamentali della Comunità europea per il

⁸⁷ Corte giust. com. eur., 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*, punto 41.

⁸⁸ Nella sentenza venne enfatizzato il ruolo del principio di territorialità, parametro di riferimento nella ripartizione delle competenze fiscali tra Stati membri, discriminando i regimi fiscali applicabili ai soggetti residenti o non residenti.

⁸⁹ DE PIETRO, C., *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass. Trib.*, 2006, n. 4, pag. 1382.

perseguimento di obiettivi di interesse generale. Appurato che effettivamente la ripartizione del potere impositivo rappresentava certamente un obiettivo di interesse generale⁹⁰, si rendeva necessario verificare se la normativa, così come delineata, non eccedesse quanto necessario per raggiungere un tale scopo. In primo luogo, la costituzione di una garanzia rappresentava un beneficio per l'amministrazione in quanto consentiva di accedere ad una riscossione agevolata in caso di inadempimento, ma dal lato del contribuente rappresentava una privazione del proprio patrimonio⁹¹. Sul punto anche l'avvocato generale nelle proprie conclusioni sottolineava l'esistenza di mezzi meno restrittivi atti a garantire il raggiungimento del medesimo risultato, quali la Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1997, n. 77/779/CE e successive modifiche in merito alla richiesta di informazioni alle autorità competenti di altro Stato membro per la corretta determinazione dell'imposta sul reddito e la Direttiva del Consiglio 15 marzo 1976, n. 76/308/CE e successive modifiche in tema di reciproca assistenza tra le autorità per il recupero dei crediti relativi ad imposte su reddito e capitale. Sollevare la presenza di lacune nella cooperazione tra le relative amministrazioni fiscali non poteva giustificare la restrizione di una libertà fondamentale. Allo stesso modo la liberazione della garanzia a posteriori, rispondente all'obiettivo di adeguarsi alla precedente pronuncia delle Corte di Giustizia, non ha permesso di eliminare l'ostacolo con effetto retroattivo in quanto la sua costituzione ha comportato l'insorgere di costi già sostenuti da parte del contribuente e non più recuperabili. Lo svincolo non permette la cancellazione delle conseguenze pregiudizievoli che la costituzione della stessa ha determinato.

Con riferimento all'obbligo di presentazione di una dichiarazione dei redditi al momento del trasferimento, la Corte ha osservato che nonostante essa rappresentasse una formalità di cui il contribuente si doveva far carico e, che per tale motivo, avrebbe potuto rendere meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento⁹², dall'altro lato permetteva una gestione più semplice degli obblighi dichiarativi al momento dell'operazione realizzativa delle plusvalenze: in assenza, infatti, il contribuente sarebbe tenuto a presentare una dichiarazione dei redditi non solo all'amministrazione britannica, bensì anche a quella olandese per

⁹⁰ Affermazione che deriva da una precedente pronuncia della Corte, nella quale per la prima volta la tutela della ripartizione del potere impositivo viene riconosciuta come legittima causa di giustificazione alla restrizione di norme e principi comunitari, Corte Giust, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

⁹¹ Far costituire una garanzia significava, in aggiunta, far sopportare al contribuente una serie di costi accessori che partono dalla ricerca di beni idonei, passano per la sua costituzione della stessa e terminano con la privazione di una parte del patrimonio e con la maggiore difficoltà di interfacciarsi con il settore del credito bancario.

⁹² Corte giust. com. eur., 28 aprile 1998, causa C-118/96, *Safir*, nella quale si sottolineava l'aggravio derivante dalla richiesta di presentazione di una dichiarazione in occasione del trasferimento, nonostante essa rappresentasse un obbligo a cui il contribuente è di regola soggetto. Era proprio il momento in cui veniva richiesta a caratterizzarla come formalità aggiuntiva con natura discriminatoria.

consentire a quest'ultima di determinare il valore commerciale dei titoli smobilizzati, giustificando al contempo tutti gli elementi di costo intervenuti durante il lasso temporale trascorso. Si trattava perciò di una misura proporzionata pensando ai possibili obblighi futuri del soggetto trasferitosi.

Altro punto fondamentale che ha introdotto un nuovo tema di discussione concerneva la possibilità, non rara, che, una volta trasferita la residenza e sospeso il pagamento dell'imposta, potessero intercorrere riduzioni o incrementi di valore del bene plusvalente. Particolare attenzione doveva essere prestata al caso delle diminuzioni di valore in quanto la perdita di valore determina un'erosione della base imponibile su cui calcolare l'imposta, determinando l'obbligo per il contribuente di sborsare una somma di denaro non proporzionata alla quota concretamente realizzata al momento della cessione. Secondo la Corte, il sistema normativo dovrebbe necessariamente prendere in considerazione le variazioni di valore che possono intervenire successivamente al trasferimento, qualora quest'ultime non siano già state prese in esame al momento del cambio di residenza⁹³. Anche in questo caso perciò *“una disposizione che non consenta di tenere interamente conto dell'eventuale diminuzione di valore”* non appare proporzionata all'obiettivo che il legislatore si prefigge⁹⁴.

In conclusione *“una fattispecie impositiva che trova il proprio fondamento in via esclusiva nel trasferimento di sede del contribuente non può che considerarsi in contrasto con i principi del Trattato”*⁹⁵, a prescindere anche dalla presenza di elementi valutati come sproporzionati. Il solo accertamento dell'imposta sul reddito latente in via preventiva rispetto al trasferimento, senza ulteriori condizionamenti, appare compatibile con la normativa comunitaria in quanto non ostacola l'esercizio del diritto alla libertà di stabilimento in maniera significativa. Ma il fatto che esso, così come la tassazione immediata, vengano applicati per rispondere ad un principio di coerenza fiscale contrastano con le previsioni di sgravio sull'imposta accertata in occasione della tassazione nel Paese di destinazione o con la previsione di un arco temporale

⁹³ La Corte formula le proprie considerazioni sulla base di quel filone giurisprudenziale che richiede la considerazione delle riduzioni di valore “almeno una volta” dallo Stato di origine o da quello di destinazione, cioè *“always-somewhere”* così come indicato nella sentenza 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot*. In tal senso BIZIOLI, G., *Op. cit.*, pag. 389. Allo stesso tempo, la considerazione delle variazioni di valore intervenute in un tempo successivo assicurerebbe il pari trattamento rispetto alle fattispecie di trasferimento interne, determinando l'apprezzamento degli effetti globalmente prodotti.

⁹⁴ Sul punto in dottrina è stata mossa un'importante critica. *“Affermare che la base imponibile debba considerare le variazioni in diminuzione verificatesi dopo il trasferimento della residenza fiscale significa negare la rilevanza al riparto della potestà tributaria come causa di giustificazione”*, così BIZIOLI, G., *Op. cit.*, pag. 390. Questo è diretta conseguenza del fatto che la valutazione si muove lungo il filo della discriminazione vista alla luce di un principio di eguaglianza, che porta a parificare e confrontare fattispecie differenti. Solo nella sentenza *National Grid Indus* si rileva un'inversione di marcia, ma limitatamente agli enti giuridici.

⁹⁵ DE PIETRO, C., *Op. cit.*, pag. 1385.

più o meno lungo decorso il quale si rinuncia alla riscossione dell'imposta. Non si può più parlare di coerenza perché residua solo la finalità antielusiva. E in tal caso il ragionamento in merito alla proporzionalità della misura restrittiva dev'essere spostato sulla generalità della previsione, in ossequio a quanto affermato per le conclusioni del precedente paragrafo.

3.5 Il caso Cartesio (C-210/06)

A distanza di circa vent'anni dalla prima pronuncia riguardante la fattispecie del trasferimento di enti giuridici, il caso *Daily Mail and General Trust*, la Corte di Giustizia fu chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla base di una questione pregiudiziale presentatagli dal giudice di merito ungherese. La sentenza in oggetto ha per la prima volta trattato il tema degli ostacoli posti da parte dello Stato in base alle cui disposizioni la società è stata costituita.

La causa riguardava una società ungherese, la cui forma giuridica corrispondeva nel nostro ordinamento alla figura della società in accomandita semplice, operante nel settore delle risorse umane, della segreteria, della traduzione, dell'insegnamento e della formazione. L'11 novembre 2005 la stessa presentava presso il Tribunale della regione una domanda per formalizzare il trasferimento della propria sede in Italia. Nello specifico veniva richiesto di modificare l'indirizzo della propria sede operativa, che si sarebbe spostata al di fuori dei confini nazionali, mantenendo invece la sede legale in territorio ungherese. Tale domanda fu rigettata in quanto, sulla base delle motivazioni riportate, la legge ungherese in vigore non permetteva ad una società costituitasi secondo la normativa nazionale la possibilità di veder riconosciuto, in concomitanza con il trasferimento della sede operativa, il mantenimento dell'applicazione delle disposizioni ungheresi in ambito societario. Con il trasferimento la società avrebbe dovuto procedere con il suo scioglimento e la sua successiva ricostituzione nel Paese di destinazione, conformemente alle norme nazionali in ambito di diritto societario. L'ente giuridico perciò avrebbe prima dovuto spogliarsi della veste societaria assegnatagli in forza della legge ungherese, per poi ricostituirsi secondo una delle vesti giuridiche previste e regolamentate nel Paese di destinazione. La questione nasceva dal fatto che l'ordinamento nazionale fondava le proprie radici sulla teoria della sede effettiva, la quale risulta inscindibilmente intrecciata con la nazionalità della società, ossia con il luogo in cui quest'ultima risultava insediata. Una tale operazione poteva essere autorizzata solo mediante la costituzione di una consociata o l'avvio di una nuova iniziativa di attività economica in Paese straniero.

In seguito al rifiuto, il giudice comunitario è stato chiamato ad esprimersi nel merito della compatibilità tra gli articoli 43 e 48 (ora 49 e 54 T.F.U.E.) del Trattato rispetto alla normativa interna ungherese.

Il primo motivo di contrasto riguardava l'evidente disparità di trattamento che operava, in base alla quale veniva assicurato il libero trasferimento della sede operativa all'interno dei confini nazionali e, al contrario, venivano disciplinate in maniera sfavorevole le operazioni transfrontaliere, prevedendo lo scioglimento dell'ente.

In secondo luogo veniva poi mantenuta la stessa impostazione della sentenza *Daily Mail*, ma tramite l'adozione di una linea interpretativa completamente evoluta. Difatti, partendo dalla considerazione che in ambito comunitario non esiste una normativa che si occupi della definizione di società autorizzata a beneficiare della libertà di stabilimento e che l'art. 48 (ora 54 T.F.U.E.) del Trattato pone sul medesimo piano i tre criteri di collegamento – sede sociale, amministrazione centrale e luogo di svolgimento dell'attività principale –, appare opportuno ricorrere al diritto nazionale applicabile. Venne ribadito perciò il ruolo centrale ricoperto dal diritto societario nella regolamentazione delle vicende che intercorrono durante la vita dell'istituto giuridico, in particolare con riferimento al collegamento al territorio nazionale che viene richiesto affinché ad una società siano applicabili le disposizioni interne e affinché ad essa sia riconosciuto lo *status* di società di diritto nazionale. Allo stesso tempo, anche la modifica di tali criteri spetta in maniera esclusiva alla potestà dello Stato e perciò rimane facoltà dello stesso stabilire se l'operazione transfrontaliera mantenga in vita il collegamento con il territorio nazionale o se, al contrario, esso si spezzi. In ragione di ciò, si affidava la soluzione del problema alle iniziative legislative o pattizie⁹⁶, verificando caso per caso se effettivamente la società sia idonea a beneficiare della libertà di stabilimento e lasciando il legislatore nella condizione di poter decidere se uniformarsi alla teoria della sede effettiva o alla teoria della costituzione⁹⁷. Nonostante venisse rievocato il principio del *vincolo*

⁹⁶ Alla medesima conclusione era pervenuta la Corte nella sentenza del 5 novembre 2002, causa C-208/00 dove affermava che “*la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita*”. Perciò uno Stato membro ha la facoltà di imporre delle restrizioni al trasferimento di una società se essa intende mantenere il proprio status di società di diritto nazionale.

⁹⁷ Sul tema però l'Avvocato generale M. Poiares Maduro, nelle conclusioni alla sentenza presentate il 22 maggio 2008, sottolineava al punto 30 che “*è impossibile [...] sostenere, allo stato attuale del diritto comunitario, che gli Stati membri godono di un'assoluta libertà di determinare la «vita e la morte» di società costituite a norma del loro diritto nazionale, indipendentemente dalle conseguenze per la libertà di stabilimento*”. Anche in dottrina è stato evidenziato come “*le norme del diritto societario nazionale non sfuggono al vaglio della compatibilità con la libertà di stabilimento sancita dal Trattato. [...] È impossibile sostenere che gli Stati membri possano decidere della estinzione di una società costituita secondo il proprio diritto interno senza che ciò abbia*

necessario tra società e ordinamento di costituzione, fu enfatizzato il ruolo della *pari rilevanza* ai fini del godimento della libertà di stabilimento⁹⁸, secondo cui la definizione del criterio di collegamento rimane ancora prerogativa degli Stati, ma tale competenza non è più da considerarsi esclusa dal raggio di applicazione della libertà di stabilimento⁹⁹. In altre parole, dire che l'art. 48 (ora 54 del T.F.U.E.) del Trattato vuole consentire l'apposizione di ostacoli al trasferimento da parte degli Stati membri anziché voler sancire la libera circolazione degli enti giuridici, significa apprezzare una lettura distorta della norma che mette in primo piano la facoltà degli Stati di definire il criterio di collegamento per l'attribuzione della nazionalità delle società, così come quello utile al mantenimento dello status¹⁰⁰. Nella realtà nulla di tutto ciò traspare dal dato letterale, lasciando perciò ampio spazio all'introduzione di deroghe alla libertà.

Nel testo della sentenza il giudice fornisce un'importante precisazione dal valore vincolante, scindendo due casistiche: la società che intende trasferire la propria sede mantenendo la propria personalità giuridica, da quella che invece acquisisce un nuovo *status* giuridico, cambiando il diritto nazionale applicabile. Quando la società sceglie di convertirsi in una delle forme societarie contemplate dall'ordinamento di destinazione non appare possibile imporre alcun tipo di restrizione che comporti la negazione della trasformazione in una società di diritto nazionale dell'altro Stato¹⁰¹ e che si concretizzi in una procedura di scioglimento e liquidazione. Per meglio dire, la continuità giuridica dev'essere garantita ad un soggetto che, in occasione del trasferimento, sceglie di sottoporsi alle regole del diritto del Paese di destinazione, nei limiti in cui esso lo consenta¹⁰².

conseguenze sull'esercizio della libertà di stabilimento”, così BACCAGLINI, F., *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.*, 2012, pag. 515.

⁹⁸ MANZINI, P., MUCCIARELLI, F., M., *Rivoluzione cartesiana? La fine del “vincolo necessario” tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, II, p. 621.

⁹⁹ RHODE ALAN, M., *Cartesio: diritto comunitario e “tassazione in uscita”*, in *Fiscalità internazionale*, 2009, n. 3, pag. 222. In altre parole “*se è vero che allo Stato attuale del diritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra [...] nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario*”, così LAROMA JEZZI, P., *I crescenti vincoli, interni e sovranazionali, alla potestà legislativa in materia tributaria*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 7, pag. 530.

¹⁰⁰ Corte giust. com. eur., 16 dicembre 2008, causa C-210/06, punto 110. In dottrina viene detto che “*la Corte di Giustizia interpreta il citato articolo nel senso che [...] agli Stati è riservata la possibilità di applicare le proprie norme di diritto privato internazionale per regolare i conflitti di attribuzione della lex societatis alle società costituite nel loro territorio. [...] Ciò poiché l'art. 48 non fornisce un criterio univoco per dirimere il conflitto di lex societatis*”, così BACCAGLINI, F., *Op. cit.*, pag. 517.

¹⁰¹ Corte giust. com. eur., 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, punto 112.

¹⁰² La precisazione riferita al consenso rilasciato da parte del Paese di destinazione ha sollevato non poche critiche. Condizionare il diritto di trasformazione alla decisione di un altro Paese significa far dipendere il

Secondo il parere della Corte, da un lato si ammette l'introduzione di restrizioni in quanto "allo stato attuale del diritto comunitario, gli artt. 43 e 48 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato di trasferire la propria sede [...] conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita". Mentre dall'altro si sancisce l'obbligo di non imporre lo scioglimento dell'ente. È una conclusione del tutto contraria a quanto suggerito dall'avvocato generale M. Poiares Maduro il quale, all'interno delle proprie conclusioni, proponeva di ritenere la normativa nazionale ungherese contraria *tout court* rispetto alle norme comunitarie. Questo in base al fatto che veniva negata completamente la possibilità di trasferire la sede operativa, obbligando l'ente allo scioglimento anziché introdurre alcune condizioni al compimento dell'operazione¹⁰³. Difatti, il divieto all'esportazione era assoluto ed costituiva l'unica soluzione prevista.

Nella stessa direzione si era espressa anche la Commissione, la quale osservava che l'imposizione del previo scioglimento e della successiva ricostituzione richiedeva un dispendio di tempo burocratico a scapito di quello operativo, nonché elevati costi non solo sociali, ma anche personali con riferimento alla distribuzione delle somme ai soci in occasione della liquidazione del patrimonio sociale¹⁰⁴. Si ricorda infatti che nella maggior parte dei casi la realizzazione di operazioni transfrontaliere rappresenta una scelta strategica per l'entrata in nuovi mercati o l'apertura a nuove attività economiche, dove le tempistiche assumono un ruolo rilevante, se non centrale. L'avvocato generale peraltro, portava a conoscenza della Corte l'evoluzione giurisprudenziale che si era formata nel corso degli anni, che non avallava l'esclusione delle norme di diritto societario nazionale dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento¹⁰⁵.

In terzo luogo, con riguardo all'evidente lacuna esistente in ambito comunitario circa la regolamentazione della materia in esame, la Corte, al punto 115 della sentenza in esame, ha richiamato la disciplina della Società Europea e della Società Cooperativa Europea. Si tratta

godimento della libertà di stabilimento di un soggetto ad un ordinamento societario nazionale, ossia ad un livello inferiore. In dottrina è stato rilevato piuttosto che un tale riferimento si sarebbe dovuto interpretare come verifica della corrispondenza tra la forma societaria assunta e quelle previste dal diritto societario del Paese di arrivo, cioè in un'ottica di conformità ai fini della successiva regolamentazione dell'ente. In tal senso BIZIOLI, G., *Op. cit.*, pag. 396; BACCAGLINI, F., *Op. cit.*, pag. 521.

¹⁰³ Conclusioni dell'avvocato generale M. Poiares Maduro, 22 maggio 2008, causa *Cartesio*, par. 34.

¹⁰⁴ In tal senso anche MIELE, L., «Exit tax» sul trasferimento della residenza fiscale all'estero, in *Corr. Trib.*, 2010, n. 6, pag. 439.

¹⁰⁵ Conclusioni dell'avvocato generale M. Poiares Maduro, 22 maggio 2008, causa *Cartesio*, par. 27.

di due istituti giuridici dotati di personalità giuridica comunitaria per i quali l'operazione transfrontaliera (quale fusione, scissione ma anche trasferimento) non determina l'insorgere dell'obbligo di scioglimento, ma la continuità giuridica anche da un punto di vista civilistico¹⁰⁶. Ci si chiedeva se fosse possibile procedere con un'equiparazione dei casi e quindi delle discipline, ma, ad un'analisi più approfondita, ciò non risultava possibile in quanto per le società comunitarie si evidenzia un cambio di legislazione a cui l'ente giuridico viene sottoposto, mentre *Cartesio* intendeva mantenere lo *status* di società di diritto ungherese.

In definitiva la Corte ha compiuto un passo significativo, introducendo alcuni aspetti rivoluzionari che hanno portato al superamento della sentenza *Daily Mail*. La giurisprudenza ha progredito verso la riduzione degli ostacoli alla libera circolazione posti dal Paese di origine, rispondendo alla finalità del Trattato di costruire norme e principi sovranazionali, che rappresentano enunciazioni di diretta applicazione negli ordinamenti interni degli Stati. Ostacoli che non derivano solo dall'imposizione di restrizioni da parte del Paese di destinazione, ponendo fine a quel doppio binario su cui correva la giurisprudenza del passato che delineava le restrizioni in entrata come misure di maggior rigidità rispetto a quelle costruite dal Paese di origine e le sanzionava in maniera più aggressiva, adottando al contrario un comportamento più indulgente per quelle in uscita.

Due sono le principali considerazioni: primo la libertà di stabilimento è stata rafforzata assicurando il funzionamento della continuità giuridica e il risparmio dei costi connessi. Secondo, il vincolo necessario tra diritto ed esistenza è stato ridimensionato.

Le implicazioni della presente sentenza non sono state di poco conto, considerando che ci si trovava in un periodo storico nel quale gli ordinamenti che ammettevano le trasformazioni transfrontaliere senza alcun tipo di costrizione erano pochi. Si può dire che *Cartesio* non è stata una vera e propria pronuncia di illegittimità della tassazione in uscita, ma ha rappresentato il primo reale e concreto passo nel riconoscimento di un effetto censorio. Infatti se da un è stata confermata la sentenza *Daily Mail* nella parte in cui essa consente, legittimamente, agli Stati di stabilire in maniera autonoma i criteri di collegamento ed eventuali divieti al trasferimento di sede verso l'estero, dall'altro lato è stata superata la stessa

¹⁰⁶ Il riconoscimento di queste due forme societarie avvenuto ad opera del Consiglio ha segnato un'importante apertura del sistema nei confronti della libertà di stabilimento, assicurando la non interruzione della realtà societaria. Da un punto di vista fiscale invece non può dirsi lo stesso in quanto la continuità non implica anche l'estinzione dell'imposizione. Anzi, come sostenuto da Wymeersch nel proprio articolo intitolato "*Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*", nella prassi gli ordinamenti prevedono la "*severa condizione di saldare tutti i conti alla frontiera*". Da questo punto di vista, la libera circolazione potrebbe nuovamente risultare compromessa.

sentenza nella parte in cui viene assicurata la piena libertà di stabilimento ai soggetti che intendono emigrare con il cambiamento del proprio statuto personale. Sono due misure che si limitano a vicenda perché viene ammessa la costruzione di norme di conflitto, ma solamente nella proporzione in cui le stesse non configurino un ostacolo al cambiamento dell'ordinamento giuridico applicabile.

Nessuna osservazione è stata mossa invece in merito alla possibilità di condizionare l'operazione di trasferimento transfrontaliero ad alcune condizioni da valutare circa il loro effetto discriminatorio, la loro capacità di raggiungere gli obiettivi e la loro proporzionalità.

3.6 Il caso National Grid Indus B.V. (causa C-371/10)

Come visto nei paragrafi precedenti, i più importanti interventi della Corte in tema di *exit taxation* sono stati rivolti a persone fisiche titolari di partecipazioni rilevanti e, nonostante la genericità in termini soggettivi con cui è stato trattato l'argomento¹⁰⁷, sono sorte da subito delle riserve circa l'estendibilità dei principi a cui la Corte era pervenuta anche ai fenomeni di trasferimento societario. Nonostante ciò, la sentenza in oggetto interviene in un periodo temporale ben definito. In primo luogo, in un tempo successivo ad un importante intervento della Commissione nel quale si è affermato che *“l'interpretazione della libertà di stabilimento fornita dalla Corte [...] nella causa De Lasteyrie per quanto concerne le norme di 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”*¹⁰⁸. In secondo luogo, nelle more della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, con cui veniva censurata la normativa atta a disciplinare l'*exit tax* interna, considerata non conforme rispetto al diritto alla libertà di stabilimento.

La sentenza in esame ha permesso di delineare un nuovo quadro comunitario definitivo di riferimento per il settore societario, in particolar modo per gli enti giuridici che intendono spostare la propria attività in Paesi esteri¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Si ricorda infatti che nelle sentenze è sempre stato utilizzato il generico termine di “contribuente” in luogo di “persona fisica”.

¹⁰⁸ Commissione delle comunità europee, 19 dicembre 2006, 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*, pag. 6.

¹⁰⁹ Si ricorda che in passato gli unici casi tramite i quali la Corte ha avuto modo di esprimersi in merito ad una analoga questione furono le sentenze *Daily Mail e Cartesio*, nelle quali però o non c'è stata l'applicazione delle norme in tema di libertà di stabilimento, visto che non era stato considerato possibile valutare il merito delle disposizioni nazionali, o è stato statuito che le società potessero godere di un diritto di uscita in concomitanza alla sola trasformazione giuridica.

Il caso in questione aveva ad oggetto una società a responsabilità limitata costituitasi secondo le norme del diritto olandese, la quale nell'attivo dello stato patrimoniale deteneva un credito emesso a titolo di prestito nei confronti di una società del proprio gruppo (National Grid Indus plc) con sede nel Regno Unito. In seguito all'aumento del cambio della sterlina rispetto al fiorino olandese si era generata una plusvalenza latente per un valore pari a 22.128.126 NGL. L'imposizione su tale valore si è verificata nel momento in cui la società National Grid Indus B.V. ha spostato la propria sede amministrativa effettiva nel Regno Unito, senza lasciare in territorio olandese alcuna stabile organizzazione. In tale momento, in base ai valori contenuti nel bilancio finale, l'amministrazione ha applicato l'imposta, con la pretesa di esigerla in un tempo immediato e senza tener conto di alcuna possibile futura oscillazione dei valori dai quali traeva origine la plusvalenza. Le ragioni per cui l'amministrazione olandese ha deciso di esercitare la propria potestà impositiva all'atto dell'uscita dai confini territoriali risiedevano nell'esistenza di una convenzione stipulata tra Regno dei Paesi Bassi e Regno Unito di Gran Bretagna¹¹⁰, sulla base della quale l'ente giuridico doveva considerarsi residente unicamente nel luogo di insediamento della sede amministrativa effettiva e in tal luogo esso sarebbe dovuto essere tassato. A causa della prevalenza delle norme convenzionali rispetto a quelle nazionali, a nulla rilevava la normativa olandese che non prevedeva la perdita della personalità giuridica della società nel proprio Paese nonostante la rottura del collegamento territoriale, in ragione della sua adesione alla teoria dell'incorporazione¹¹¹. Come conseguenza, l'amministrazione olandese, non potendo esercitare in futuro alcun potere impositivo, ha deciso di imporre un'imposta di liquidazione finale sul valore della riserva di utili su cambi formatasi¹¹².

A seguito del ricorso della National Grid Indus il giudice del rinvio, dopo aver analizzato la normativa, ha sollevato due dubbi: il primo consistente nella possibile esistenza di un concreto ostacolo alla libertà di libertà di stabilimento e il secondo attinente la possibile sproporzione della norma che prevedeva la determinazione della liquidazione finale

¹¹⁰ Trattasi di una convenzione volta ad evitare fenomeni di doppia imposizione ed a prevenire l'evasione fiscale, la quale ricalca l'impostazione fornita dal Modello OCSE prevedendo all'art. 4 punto 3 che *"qualora [...] un 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"*.

¹¹¹ Ai sensi dell'art. 2, numero 4 sull'imposta delle società (in seguito Wet IB) qualora *"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"*.

¹¹² L'imposta di liquidazione rappresentava il risultato della combinata esistenza dell'art. 16 della legge 1969, Wet IB, secondo il quale *"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 utile imponibile"* e dell'art. 8 della medesima legge che estendeva l'applicazione del precedente art. anche all'imposta sulle società.

dell'onere tributario senza prendere in considerazione le variazioni di valore che sarebbero potute intervenire successivamente, seguita dall'immediata riscossione. Il giudice ha perciò sospeso il giudizio presentando le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1- se una società, in ragione dell'esistenza di una normativa come quella olandese che impone la tassazione dei plusvalori latenti all'atto del trasferimento della sede, possa invocare l'art. 49 T.F.U.E.;
- 2- se un'imposta di liquidazione finale calcolata su una base imponibile che non prende in considerazione le variazioni di valore del bene da cui scaturisce la plusvalenza e per cui non viene concesso alcun differimento, debba considerarsi contraria all'art. 49 T.F.U.E.;
- 3- se la soluzione della questione precedente dipenda dalla circostanza che, una volta avvenuto il trasferimento, l'utile sul cambio non potrà trovare evidenziazione in ragione delle regole tributarie dello Stato ospitante e che verrà meno il rischio di cambio.

In via preliminare, quindi con riferimento alla prima questione, vennero richiamati due precedenti orientamenti espressi nelle cause C-81/87 del 27 settembre 1988, denominata *Daily Mail and General Trust*, e C-210/06 del 16 dicembre 2008, denominata *Cartesio*. In entrambi i casi era stato sostenuto che le società rappresentano enti costituiti in forza di ordinamenti giuridici nazionali che si occupano di disciplinare la costituzione, il funzionamento e l'estinzione degli stessi. La dipendenza esclusiva dagli ordinamenti nazionali ha determinato l'insorgere un sistema di diritto societario del tutto eterogeneo, caratterizzato da una forte differenziazione delle normative e così anche delle casistiche, garantendo ai singoli Stati membri un'esclusiva competenza sull'attribuzione, così come sulla sottrazione, della personalità giuridica, scegliendo le condizioni sulla base delle quale un ente giuridico ha la facoltà di nascere ed esistere sul territorio dello Stato. Competenza che, a sua volta, si riflette anche sulla scelta dei criteri di collegamento idonei ad instaurare un legame territorio-ordinamento. Il tutto alla luce di un sistema carente nell'aspetto dell'armonizzazione.

Una tale caratterizzazione ha portato a concludere che la libertà di stabilimento non conferisse, in maniera generica, la libertà di trasferire la propria sede con la contestuale conservazione della propria personalità giuridica. Ed anzi, che la stessa non fosse attivabile da parte di quei soggetti che si vedevano obbligati a sciogliere l'ente in accordo con le norme nazionali che facevano seguire al trasferimento una rottura del collegamento¹¹³. Sarebbero gli ordinamenti nazionali a determinare le modalità con cui realizzare il trasferimento, con o

¹¹³ Sono state anche definite norme "sottratte all'influenza del diritto europeo", così CRAZZOLARA, A., *National Grid Indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, in Riv. Dir. Trib., 2001, n. 12, pag. 350.

senza una modifica statutaria, ed a poter decidere sulla facoltà di consentire operazioni di riorganizzazione. In tal senso, i regimi civilistici che, avendo previsto lo scioglimento in occasione del trasferimento della sede all'estero, hanno proceduto con l'applicazione dell'*exit tax*, si sarebbero dovuti considerare compatibili rispetto ai principi e alle libertà comunitarie.

Secondo la Corte invece, nonostante non esista sul piano comunitario un'uniforme definizione di società legittimata a beneficiare della libertà di stabilimento sulla base di un certo criterio di collegamento in grado di legare l'ente ad un ordinamento nazionale, l'art. 48 del Trattato CE (ad oggi divenuto l'art. 54 T.F.U.E.), che attribuisce alle società il diritto primario di stabilimento alla pari di quello previsto nei confronti delle persone fisiche, nel definire i soggetti che godono di tale libertà ha tenuto conto delle differenti legislazioni nazionali, attraverso l'uso di tre criteri di collegamento che vengono posti sullo stesso piano. Il Trattato perciò risponde alla finalità di costruire norme e principi sovranazionali che rappresentino enunciazioni di diretta applicazione negli ordinamenti interni degli Stati e che, in tale contesto, ostano a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione¹¹⁴. Ma, come precedentemente osservato, in ragione del fatto che il criterio di collegamento determinato per la costituzione della società, così come per gli eventi successivi, viene definito a livello interno e che il Trattato si limita ad accorpare le differenti legislazioni, la soluzione al problema del trasferimento può trovare soluzione solamente tramite il ricorso ad iniziative legislative o pattizie¹¹⁵, verificando caso per caso se effettivamente la società possa beneficiare della libertà di stabilimento e, solo successivamente, andrebbero analizzate eventuali restrizioni.

Va osservato però che nell'arco temporale intercorso tra le varie cause vis sono stati alcuni rinvii pregiudiziali che hanno dato luogo ad uno sviluppo non coerente delle interpretazioni, bensì addirittura opposto. Ci si riferisce alle sentenze *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art* all'interno delle quali è stata affermata l'inerenza delle norme nazionali in ambito societario rispetto a quelle comunitarie ed è stato riconosciuto il diritto delle società, validamente costituite ai sensi del diritto dello Stato di origine, di invocare la libertà di stabilimento all'atto

¹¹⁴ Corte giust. com. eur., 27 novembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, punto 16.

¹¹⁵ Alla medesima conclusione era pervenuta la Corte nella sentenza del 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, dove affermava che “*la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita*”. Perciò uno Stato membro ha la facoltà di imporre delle restrizioni al trasferimento di una società se essa intende mantenere il proprio *status* di società di diritto nazionale.

dell'operazione di trasferimento della sede al di fuori dei confini nazionali, con contestuale riconoscimento della società in territorio estero¹¹⁶. Senza voler estendere, forse in maniera un po' forzata, la conclusione a cui la Corte è pervenuta in tema di diritto "in entrata", nella sentenza *Cartesio* sono state riconosciute forme di uscita alternative rispetto a quella che comporta il mantenimento dello *status* di società di diritto nazionale, come la trasformazione transfrontaliera, portando quindi ad affermare che l'operazione di trasferimento non è fattispecie, di per sé, estranea alla libertà di stabilimento¹¹⁷.

In tal modo si è pervenuti al principio per cui è certa l'applicazione dei principi che sanciscono la libertà di stabilimento qualora non venga imposta da parte dello Stato di origine la cessazione della società, o meglio in un tono più generico non sia richiesta una modifica dello *status* della società¹¹⁸. Solamente una volta accertata l'applicabilità del diritto alla libertà di stabilimento sarà quindi possibile procedere con l'analisi critica della possibile restrizione. Nel caso di specie, il trasferimento della National Grid Indus non ha determinato la perdita dello *status* di società di diritto olandese e perciò, nella sua forma di società validamente costituita ai sensi della legislazione di uno Stato membro, essa ha potuto avvalersi del diritto previsto dall'art. 49 T.F.U.E. per dubitare sulla legittimità dell'imposta di liquidazione finale. In merito alla seconda e alla terza questione, ovvero al possibile contrasto esistente tra l'art. 49 del T.F.U.E. e la normativa interna a causa della previsione di una tassazione immediata e

¹¹⁶ Secondo la Corte, "l'esercizio della libertà di stabilimento presuppone necessariamente il riconoscimento di dette società da parte di ogni Stato membro nel quale esse intendono stabilirsi" e ancora, "esse hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro" e "la localizzazione della loro sede sociale, della loro sede amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro", così Corte giust. com. eur., 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, punto 59.

¹¹⁷ In dottrina si afferma che "lo Stato di origine è in linea di principio obbligato a consentire l'emigrazione [...]. Il potere di scelta riguarda unicamente il mantenimento della qualità di società di diritto dello Stato di origine, mentre l'uscita con mantenimento della mera continuità giuridica ricade nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e quindi non può essere vietata", così CRAZZOLARA, A., *Op. cit.*, pag. 350; "è pacifico che il trasferimento di sede transfrontaliero, come tale, non è un'operazione che di per sé ricade al di fuori dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Lo Stato dispone della sola discrezionalità di scegliere se ammettere anche la conservazione della qualità di società di diritto nazionale", così Conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott, 8 settembre 2011, *National Grid Indus*, par. 35. L'opinione degli Stati intervenuti alla discussione era invece diametralmente opposta: "se uno Stato membro è competente ad esigere lo scioglimento e la liquidazione di una società che si trasferisce, tale Stato membro deve altresì essere considerato competente ad imporre requisiti fiscali, se applica il sistema più vantaggioso[...] del trasferimento di sede con mantenimento della personalità giuridica", ossia gli Stati membri che applicano la teoria dell'incorporazione dovrebbero poter applicare una *exit tax*, cioè una misura meno radicale dello scioglimento, in tal senso Corte giust. com. eur., 29 novembre 2001, causa C-371/10, sentenza *National Grid Indus*, punto 29.

¹¹⁸ A conferma DE PIETRO, C., *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione rimessa agli Stati membri*, in *Rass. Trib.*, 2012, n. 5, pag. 1358; VOLPICELLA, E., *Op. cit.*, pag. 857.

del fatto che essa non prende in considerazione eventuali riduzioni di valore che si verificano a posteriori¹¹⁹, la Corte ha affermato quanto segue.

Innanzitutto è stato rilevato che il sopra menzionato art. 49 T.F.U.E. ha il duplice scopo, da un lato, di eliminare ogni restrizione alla libertà di stabilimento nei confronti di cittadini o delle società costituite secondo la legislazione interna e, dall'altro, di assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante. Nell'ottemperare tali obiettivi viene ricordato anche che per restrizione deve intendersi “*qualunque misura idonea a vietare, ostacolare o scoraggiare*” l'esercizio del diritto oggetto di studio.

Applicare una tassazione sul plusvalore generatosi, e non realizzatosi, per sola causa di un trasferimento transfrontaliero significa far subire al contribuente uno svantaggio finanziario non giustificato, visto che un medesimo soggetto, per il solo fatto di trasferire la sede all'interno dei confini nazionali, non viene assoggettato ad alcuna imposta di liquidazione finale, se non al momento del realizzo. Si tratta di situazioni simili, comparabili, nelle quali la disparità di trattamento, che rappresenta una situazione di disfavore e di ostacolo, “*non trova giustificazione in un'oggettiva differenza di situazioni*”¹²⁰ e, perciò, può essere ammessa solo in ragione dell'esistenza di una oggettiva giustificazione di fondo. Giustificazione da ricercare tra i motivi imperativi di interesse generale idonei al raggiungimento dello scopo perseguito e proporzionati al suo conseguimento, ossia in ossequio alla *rule of reason*. Il giudice del rinvio ha sottolineato che, nel caso specifico, la restrizione appare giustificabile dall'obiettivo di assicurare una equilibrata ripartizione del potere impositivo, conformemente ad un principio di territorialità affiancato ad un componente temporale riscontrabile nel periodo di residenza sul territorio nazionale. Come da affermata giurisprudenza¹²¹, garantire ad ogni Stato membro la competenza fiscale sugli imponibili che si generano nel territorio nazionale rappresenta un obiettivo legittimo, soprattutto in un contesto in cui non esistono sul tema norme di armonizzazione o unificazione. Per quanto si tratti di un valore per il quale non è ancora stato rilevato concretamente alcun beneficio, è indispensabile riconoscere il diritto dello Stato membro di partenza di tassare un valore generatosi nel territorio su cui esercita la propria competenza fiscale¹²².

¹¹⁹ L'art. 13 quarto comma della Convenzione tra Paesi Bassi e Regno Unito stabiliva infatti che oggetto di tassazione fossero le sole plusvalenze realizzate dal soggetto trasferitosi nel periodo di residenza fiscale.

¹²⁰ VOLPICELLA, E., *Op. cit.*, pag. 858.

¹²¹ Corte giust. com. eur., 13 dicembre 2005, causa C-449/03, *Marks & Spencer*, punto 45; Corte giust. com. eur., 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*, punto 42.

¹²² Un tale meccanismo sarebbe anche avallato dalle indicazioni fornite dal Consiglio europeo con la propria risoluzione dell'8 dicembre 2008 nella quale viene suggerita la combinazione di una tassazione affiancata ad un meccanismo di *step up*. In tal modo, l'acquisizione dei beni al valore normale da un lato e l'uscita degli stessi

Ma esistono criticità con riferimento al profilo della proporzionalità della misura? Per rispondere occorre seguire l'impostazione della Corte di Giustizia che affronta il tema scindendolo tra il momento della determinazione dell'imposta e quello della riscossione.

L'esigenza di determinare l'importo della tassazione nel momento in cui avviene il trasferimento della sede sulla base di un bilancio di liquidazione finale ed in vista dell'imminente perdita di potere impositivo, appare una misura proporzionata, nonostante l'assenza di una previsione che tenga conto di possibili minusvalenze realizzatesi in un momento successivo al trasferimento. Con un tale approccio si assiste all'immediata separazione di competenza impositiva, senza determinare l'insorgenza di alcun obbligo in capo al contribuente¹²³. Si nota una completa inversione di marcia rispetto a quanto affermato nella causa C-470/04, denominata *N*, nelle cui conclusioni la Corte affermava che un regime che non tiene interamente conto delle riduzioni di valore che possono intervenire successivamente allo spostamento della residenza rappresenta un ostacolo all'implementazione dell'art. 49 del Trattato. Il superamento di una tale interpretazione non è giustificato tanto dall'eliminazione del rischio di cambio sul credito, ma piuttosto dal fatto che nel momento in cui un attivo di bilancio entra a far parte di un nuovo regime di tassazione, è quest'ultimo a dover regolare le fluttuazioni di valore, considerando non solo gli incrementi di valore, ma anche tutti i componenti negativi che, secondo un principio di simmetria fiscale tra diritto a tassare e diritto a dedurre le perdite, vengono computati ai fini della determinazione della base imponibile¹²⁴. Gli attivi continuano infatti a rimanere all'interno del circuito imprenditoriale e a concorrere alla formazione del risultato economico di fine esercizio che ricade nella giurisdizione fiscale dello Stato di destinazione, ed è quest'ultimo ad avere il diritto di considerare fluttuazioni nei valori secondo il proprio sistema fiscale. Non si ritiene

con una limitazione temporale dall'altro, permetterebbero di risolvere i problemi di doppia imposizione. La previsione rimane però una semplice deduzione, visto che la Corte non si è pronunciata nel merito dell'obbligo da parte dello Stato di arrivo di adeguarsi ad un tale funzionamento.

¹²³ Proprio su questo aspetto si apprezza la non similarità del trasferimento transnazionale rispetto a quello interno. Adottando la prospettiva dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo appare immediatamente evidente che con la seconda fattispecie non vi è alcuna modifica della propria sovranità fiscale. In questo senso *«uno Stato ha il diritto di tassare il valore economico generato da una plusvalenza latente sul proprio territorio anche qualora essa non sia stata ancora effettivamente realizzata»*, così MIELE, L., MIELE, M., *Legittima la «exit tax» solo se a riscossione differita*, in *Corr. Trib.*, 2012, I, pag. 114.

¹²⁴ Previsione conforme rispetto al contenuto dell'art. 13, quinto comma, del Modello OCSE secondo il quale è solo lo Stato di destinazione ad essere competente ai fini della considerazione dei valori realizzatesi dopo l'operazione di trasferimento in qualità di Paese di residenza dell'ente giuridico. In dottrina è stato anche sottolineato il fatto che *«è lo Stato di destinazione [ad essere] obbligato a tenere conto di tale diminuzione di valore poiché in sostanza tale diminuzione di valore si riverbera sull'utile prodotto e tassato dalla società una volta trasferita la sede nello Stato di destinazione»*, così BACCAGLINI, F., *Op. cit.*, pag. 294. Si vedano anche ALAGNA, C., VALENTE, P., *La sentenza National Grid Indus BV: l'exit tax nel caso di trasferimento all'estero*, in *Fisco*, 2012, n. 20, pag. 3116.

nemmeno necessario l'intervento dell'amministrazione fiscale dello Stato di provenienza nel caso in cui quello di arrivo non consideri eventuali minusvalenze o plusvalenze per la ragione appena descritta: il primo ha cessato in maniera definitiva di esercitare la propria competenza fiscale nel momento stesso del trasferimento e, pertanto, non gode di alcun "obbligo di rivalutare [...] un debito d'imposta che è stato determinato in via definitiva nel momento stesso in cui la società interessata [...] ha cessato di essere soggetta all'imposta [nazionale]"¹²⁵.

È proprio il differente ambito soggettivo a motivare la contrarietà delle due pronunce¹²⁶.

Per quanto concerne invece la proporzionalità vista sotto l'aspetto del prelievo, viene richiamato l'orientamento espresso nelle precedenti sentenze *De Lasteyrie du Saillant* e *N*, nelle quali il pagamento differito costituiva presupposto essenziale a garanzia della proporzionalità.

La società e la Commissione europea hanno evidenziato che la riscossione al momento dell'effettivo realizzo della plusvalenza costituirebbe una misura più coerente e meno coercitiva nei confronti degli operatori economici, soprattutto in termini finanziari. Inoltre, l'eventuale onere dichiarativo a cui essi dovrebbero sottostare¹²⁷ non risulta affatto eccessivo, essendo sufficiente presentare con cadenza annuale una dichiarazione che mostri la situazione patrimoniale con riferimento ai beni plusvalenti. In tal modo, lo Stato avrebbe la possibilità di monitorare e riscuotere nei tempi opportuni l'imposta anche mediante il ricorso agli strumenti di cooperazione forniti dalle Direttive n. 77/799 e n. 76/308. La stessa Commissione si dimostrava in contrasto rispetto alle proprie affermazioni contenute nel proprio documento che si vedrà *infra* in tema di tassazione in uscita all'interno del quale, con il proposito di non gravare le imprese di oneri amministrativi eccessivi, la stessa suggeriva l'utilizzo di un regime opzionale che lasciasse libera scelta all'ente giuridico circa il pagamento immediato piuttosto che differito. Di opinione contraria i governi degli Stati intervenuti nella discussione della sentenza, secondo i quali la misura dell'immediata riscossione appariva proporzionata, in ragione del fatto che il monitoraggio circa la reale destinazione dei beni patrimoniali potrebbe implicare notevoli oneri amministrativi, se non essere addirittura impossibile in presenza di

¹²⁵ Così VOLPICELLA, E., *Op. cit.*, pag. 859.

¹²⁶ In questo senso anche RIZZARDI, R., *L'«exit tax» nel vicolo cieco della mancanza di regole*, in *Corr. Trib.*, 2013, n. 21, pag. 1666, secondo cui riguardo alle minusvalenze successivamente realizzate "per i privati bisogna tenerne conto prima di esigere l'imposta sospesa, per le imprese la successiva perdita di valore è irrilevante nel primo Stato, in quanto rientra nelle normali logiche della determinazione del reddito di questi soggetti".

¹²⁷ Trattasi dell'onere dichiarativo emerso in sede di discussione delle sentenze 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant* e 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*.

fattispecie contabili particolarmente articolate. Nella pratica è difficile riscontrare una situazione come quella oggetto della causa, dove una società presenta un unico plusvalore maturato su di un credito iscritto nel proprio patrimonio. Piuttosto, ci si imbatte in contesti economici caratterizzati da una forte internazionalizzazione delle imprese, ove conoscere a priori la destinazione di ogni bene patrimoniale fino al momento del realizzo effettivo è spesso un percorso tortuoso. In tal senso, più la situazione patrimoniale appare complessa, più la previsione di una sospensione rappresenterebbe una misura sproporzionata.

In secondo luogo non appare meno rilevante lo scenario nel quale il valore dei beni con molta probabilità potrebbe modificarsi a causa del continuo utilizzo degli stessi nel processo produttivo, riflettendosi su di una modifica del valore della plusvalenza. La previsione di rinvio non potrebbe perciò configurare, secondo l'opinione degli Stati membri intervenuti, ipotesi equivalente rispetto al prelievo immediato.

Una seconda ragione imperativa di interesse generale rilevabile si configurerebbe nella necessità di assicurare la coerenza del sistema fiscale. Si deve in tal senso intendere il nesso esistente tra l'imposta liquidatoria e le detrazioni fiscali di cui l'impresa ha beneficiato fino al momento della sua uscita. In altre parole si tratta del rapporto di simmetria tra vantaggi fiscali e prelievi fiscali sugli utili. Nella stessa disciplina olandese *“il legislatore intendeva tener conto della prassi commerciale secondo cui [...] nel calcolo annuo degli utili si deve tener conto anche dei relativi effetti sugli anni a venire. Determinati utili verrebbero pertanto riportati al futuro. Sul piano fiscale quest'operazione verrebbe accettata nell'attesa di poterli tassare in un momento successivo”*. Applicando la definizione e la riscossione immediata un tale processo verrebbe anticipato. Al contrario, la sola definitività della determinazione dell'imposta di liquidazione garantirebbe il rispetto del principio di simmetria fiscale ad entrambi gli Stati coinvolti, assicurando la piena coincidenza tra l'obiettivo di equilibrata ripartizione del potere impositivo e di coerenza del sistema¹²⁸.

¹²⁸ Si rende noto che come evidenziato dall'Avvocato generale J. Kokott al paragrafo 99 delle Conclusioni alla sentenza *National Grid Indus*, esiste una perfetta coincidenza tra l'obiettivo di equilibrata ripartizione del potere impositivo e di coerenza del sistema fiscale, in quanto il primo deriverebbe dal combinato funzionamento del principio di coerenza affiancato a quello di territorialità. Nel corso degli anni c'è stata quindi un'evoluzione, una ricostruzione della nozione di coerenza fiscale. Se inizialmente la stessa si occupava di gestire il rapporto tra deducibilità di componenti negative rispetto alla tassazione di somme in funzione del funzionamento del meccanismo di simmetria fiscale, ad oggi la coerenza fiscale valorizza i criteri di riparto della potestà impositiva, ossia *“non è più affermata e garantita a livello di uno stesso soggetto, sulla base di una correlazione rigorosa tra detraibilità dei contributi e imponibilità delle pensioni, ma si sposta su un altro livello, [...] quello della reciprocità delle norme applicabili agli Stati contraenti. Le regole convenzionali di equità tra gli Stati nel riparto della tassazione prevalgono dunque sulle regole di coerenza del diritto interno”*, così MONDINI, A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 2007, pag. 58. La coerenza non è più una questione che si sintetizza nella volontà di evitare un salto

Ultima ragione presentata riguarda invece il rischio di elusione fiscale. Come già ampiamente discusso nelle considerazioni della sentenza *Daily Mail and General Trust*, non è possibile ammettere un rischio generalizzato di evasione quale giustificazione a misure restrittive. Nel solo caso in cui la norma sia costruita in maniera tale da colpire le operazioni di puro artificio, prive di effettività economica, si deve riconoscere la sua conformità. L'implementazione di strategie imprenditoriali volte allo sfruttamento della differenziazione dei regimi tributari per l'ottimizzazione del carico fiscale costituisce un forma legittima di agire economico¹²⁹. Allo stesso modo, come rovescio della medaglia, la riduzione delle entrate fiscali che deriva dall'uscita di una attività imprenditoriale dalla propria giurisdizione fiscale non può giustificare alcun vincolo allo spostamento.

Alla luce delle considerazioni fino a qui esposte, la Corte ha fornito una soluzione dal carattere fortemente innovativo rispetto ai precedenti esistenti, non qualificando la normativa olandese come illegittima, ma censurando la parte in cui veniva imposta la riscossione immediata delle imposte, in ragione della sproporzione che essa introduceva.

La Corte suggerì di disegnare una disciplina tale da garantire al contribuente la scelta del regime da adottare: se optare per una riscossione immediata dell'obbligazione tributaria, comportante uno svantaggio finanziario, o, al contrario, se decidere per il pagamento differito, che si affianca ad una serie di obblighi amministrativi e finanziari¹³⁰ sulla base di valutazioni proprie, economiche o meno. Solo questa tipologia di sistema permetterebbe di assicurare un'equilibrata ripartizione del potere impositivo e risulterebbe meno contraria alla libertà di stabilimento. Il tutto alla luce del fatto che il rischio di mancata riscossione aumenta di pari passo con l'aumento dell'arco temporale che intercorre tra il momento di definizione del carico tributario e quello di riscossione. Per tale ragione appare conforme, a parere della Corte, la richiesta della costituzione di una garanzia bancaria come avvallo dell'obbligazione

d'imposta a livello internazionale, ma si spinge oltre verso il corretto funzionamento di una mercato in cui sono presenti numerose giurisdizioni fiscali concorrenti.

¹²⁹ Conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott, 12 settembre 2006, *National Grid Indus*, par. 103; Corte giust. com. eur., 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punto 60.

¹³⁰ La sorveglianza rappresenta un onere amministrativo di cui solo la società può decidere di farsi effettivamente carico in seguito ad una attenta analisi della propria struttura patrimoniale e in tal caso l'Amministrazione, non dovendosi materialmente rendere protagonista di alcun atto se non quello di procedere ad un controllo ed ad un monitoraggio delle dichiarazioni presentate, non può opporsi. L'Amministrazione non può invocare l'eccessiva onerosità dell'obbligo di sorveglianza, primo perché la sorveglianza afferisce alla sola riscossione del debito tributario e secondo in ragione dell'esistenza della Direttiva del Consiglio n. 2008/55/CE la quale si occupa di reciproca assistenza in materia di recupero dei crediti risultanti da imposte. In ultima analisi poi, il monitoraggio di cui l'Amministrazione si dovrebbe far carico riguarderebbe la sola verifica dell'appartenenza dei beni al circuito imprenditoriale, senza alcuna valutazione in merito agli incrementi o alle riduzioni di valore intervenuti sui beni in un tempo successivo al trasferimento della residenza.

tributaria¹³¹ e il pagamento di interessi passivi in rapporto alla dilazione concessa. In termini di oneri accessori, le società scontano perciò un'imposizione più restrittiva rispetto alle persone fisiche non imprenditori.

Le implicazioni sono state notevoli. In primo luogo è stato definito il quadro comunitario di riferimento, andando a tracciare una netta linea di distinzione tra i principi applicabili alle persone fisiche rispetto a quelli previsti nei confronti degli enti giuridici. È stata sancita la non sovrapposibilità delle fattispecie, adottando come criterio discriminante l'esercizio di attività d'impresa.

In secondo luogo sono state numerose le critiche avanzate alla decisione. La Corte ha ricostruito un regime fiscale coerente, che dal un lato tutela la potestà impositiva dello Stato di origine e dall'altro protegge il contribuente che intende localizzarsi in altro Stato. Nonostante ciò continua a permanere l'incoerenza tra la libertà di stabilimento e le disposizioni civilistiche nazionali poiché la Corte continua a riconoscere le originarie affermazioni risalenti ancora al 1987. Nel corso degli anni non è mai stato superato quel paradosso ai sensi del quale un trasferimento dissolutivo debba considerarsi come fattispecie non sanzionabile, ossia non lesiva della libertà di stabilimento, nonostante ciò rappresenti un chiaro ostacolo alla mobilità societaria. Per la precisione continua a disconoscersi il diritto alla libertà di stabilimento qualora lo Stato di origine imponga lo scioglimento dell'ente giuridico, ossia, più in generale, venga previsto il cambiamento dello *status* giuridico del soggetto. Gli effetti fiscali relativi alla liquidazione che si concretizzano assomigliano ad una *exit tax* senza che però possa trovare applicazione il regime di proporzionalità espresso con la sentenza *National Grid Indus*¹³².

Allo stato attuale del diritto, è ammissibile che sia lasciato libero arbitrio al criterio di collegamento nazionale circa l'applicazione della tutela del trasferimento societario¹³³? In tal modo si finirebbe per discriminare tra società sulla base del fatto che lo Stato in cui esse si trovano localizzate ammetta o meno il trasferimento in termini di liquidazione. Uno spunto

¹³¹ Secondo l'opinione della dottrina, il rilascio delle garanzie dovrebbe avvenire qualora "vi siano fondati sospetti di un mancato versamento delle imposte dovute al momento del realizzo. [In caso contrario] la prestazione di una garanzia dovrebbe essere sproporzionata [poiché] vanificherebbe il vantaggio di liquidità, [...] scopo della sospensione del pagamento [...] [trasformandosi in una misura che] equivarrebbe ad una tassazione immediata", così CRAZZOLARA, A., *Op. cit.*, pag. 356.

¹³² "Per la Corte di Giustizia Ue la necessità di evitare che in occasione del trasferimento di sede si realizzi una disparità di trattamento o una restrizione alla libertà di stabilimento risulta limitata ai casi in cui la mobilità societaria ha luogo in regime di continuità giuridica" e ancora "se si è in presenza di un trasferimento dissolutivo [...] non si potrà lamentare la violazione della libertà di stabilimento", così SALLUSTIO, C., *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all'estero e dall'estero in Italia. Profili sistematici*, in Riv. Dir. Trib., 2014, fasc. 3, pag. 356 e 362.

¹³³ In tal senso DE PIETRO, C., *Op. cit.*, pag. 1361.

riflessivo sul tema era già stato introdotto dall'Avvocato generale Poiares M. che, nelle conclusioni alla sentenza *Cartesio*, non accettava la distinzione delineatasi nel corso del tempo tra diritto di stabilimento primario e secondario, assicurando nel primo caso allo Stato di origine la scelta circa il mutamento di *status* del soggetto giuridico e nel secondo caso obbligando lo Stato di destinazione a non apporre vincoli all'entrata e al riconoscimento di società estere in territorio nazionale. Secondo l'avvocato *“deve condividersi l'opinione espressa [...] secondo cui la particolare valenza riconosciuta alle norme sullo stabilimento [...] costituisce assunto base che non può non esplicitare effetti anche sul rapporto tradizionale in cui si pongono le tematiche attinenti alle due diverse nozioni di riconoscimento delle società, l'una [...] avente ad oggetto la soluzione del problema internazional-privatistico volto ad individuare la legge regolatrice dell'esistenza e della struttura della società-soggetto collettivo al fine del riconoscimento nell'ordinamento dal punto di vista dal quale ci si ponga, e l'altra, relativa al trattamento riservato alle società, già riconosciuta esistente [...] in uno Stato diverso da quello il cui diritto ne regola l'esistenza e le vicende”*¹³⁴.

Si finisce con il ritrovarsi all'interno di una Comunità che, nonostante gli obiettivi di creazione di un mercato unico, continua a sostenere la scissione di due fattispecie sulla base di circostanze di fatto, che continua a lasciare gli Stati liberi di scegliere il criterio di collegamento più appropriato per la sola ragione legata alla mancanza di un'armonizzazione, quando invece la libertà di stabilimento dovrebbe essere assoluta, nonostante essa riguardi l'applicazione della stessa nel settore delle imposte dirette.

3.7 Il caso *Vale Építési* (causa C-378/10)

La sentenza in oggetto si occupa del particolare caso di trasferimento della residenza all'estero che si verifica mediante la costruzione di un'operazione di trasformazione transfrontaliera che, determinando la perdita dei collegamenti con il territorio nazionale, porta a considerare il soggetto giuridico non più residente ai fini dell'imposte sui redditi. Il caso muove dalla domanda di rinvio alla Corte di Giustizia presentata da parte del giudice di rinvio ungherese che si trovava a dover decidere in merito alla trasformazione transfrontaliera posta in essere dalla società Vale Costruzioni s.r.l.. Quest'ultima, con l'intenzione di spostare l'esercizio della propria attività d'impresa all'interno dei confini del territorio ungherese, ha proceduto con la sua cancellazione dal registro delle imprese italiano e la successiva

¹³⁴ Così DE PIETRO, C., *Op. cit.*, pag. 1361.

costituzione di una società a responsabilità limitata di diritto ungherese, la VALE Èpítèsi kft. Al momento della presentazione alla Corte di Budapest della domanda di registrazione della società, l'autorità ungherese rigettò l'istanza. Le ragioni fondamentali risiedevano nella costruzione della disciplina atta a regolare le ipotesi di trasformazione, la quale contemplava la sola casistica di trasformazione interna, ovvero tra società che avevano la propria sede all'interno dei confini nazionali. In tal modo, essendo il *dante causa* indicato un soggetto italiano la richiesta veniva rifiutata.

Si deve necessariamente osservare come una tale costruzione introduceva una chiara disparità di trattamento che discriminava le operazioni transfrontaliere rispetto a quelle interne. In relazione a quanto già detto sopra, un tale effetto rappresentava una misura restrittiva della libertà di stabilimento, dal momento che le società risiedenti in altri Paesi membri venivano dissuase dallo spostare l'insediamento effettivo e, in maniera indiretta, dallo svolgere un'attività economica in altro Paese membro così come previsto dagli artt. 49 e 54 del T.F.U.E.. Come già precedentemente sottolineato nella causa *Cartesio*, dev'essere rispettata la distinzione tra un trasferimento internazionale, che avviene senza il conseguente cambiamento del diritto nazionale applicabile, rispetto ad una trasformazione transnazionale. La ricostituzione transfrontaliera, determinando il cambiamento della legge applicabile e la cancellazione dell'ente giuridico dal Paese di origine, non può essere sottoposta ad alcun tipo di restrizione¹³⁵.

Ancora una volta, eventuali misure restrittive potevano però esistere legittimamente, alla condizione che le stesse rispondessero necessariamente alla tutela di ragioni imperative di interesse generale. Sul punto venne richiamata la sentenza *SEVIC*, causa C-411/03¹³⁶, nel cui procedimento si ritrova un'altra tipologia di operazione transfrontaliera, la fusione, la quale si

¹³⁵ Come osservato nelle Conclusioni dell'Avvocato generale, 15 dicembre 2011, par. 72 e 73, “*il principio di non discriminazione [impone] allo Stato membro ospitante di consentire in linea di massima la ricostituzione transfrontaliera di una società*” e ancora “*lo Stato ospitante [...] non può applicare norme interne che potrebbero impedire la ricostituzione transfrontaliera per il solo motivo che il diritto nazionale delle società non ha previsto una siffatta operazione transfrontaliera*”. In aggiunta, doveva essere assegnata rilevanza a due distinti principi: quello di equivalenza secondo cui “*se la normativa di uno Stato membro prevede, nell'ambito di una trasformazione interna, una stretta continuità giuridica ed economica tra la società dante casa [...] e la società avente causa trasformata, tale requisito può essere imposto anche nell'ambito di una trasformazione transfrontaliera*” e quello di effettività, per il quale si deve mantenere “*il collegamento indispensabile tra il procedimento di registrazione nello Stato membro d'origine e quello nello Stato membro ospitante*”; così Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 19.

¹³⁶ La società SEVIC System AG, mediante un contratto di fusione, acquisiva nel corso del 2002 la società SVC con trasmissione universale del patrimonio e senza procedere preventivamente con la liquidazione societaria. Una volta compiuta l'operazione, la domanda di iscrizione nel registro delle imprese tedesco fu respinta a causa della diversa nazionalità delle imprese che avevano preso parte all'operazione di fusione, appunto transfrontaliera.

trascinava le medesime problematiche interpretative. Entrambi i casi potevano essere considerati come tecniche di trasformazione societaria che consentivano di esercitare una data attività in forme nuove e senza soluzione di continuità¹³⁷, presupponendo l'applicazione consecutiva di due differenti ordinamenti nazionali i quali, come già evidenziato soprattutto con riferimento all'ambito delle imposte dirette, presentano considerevoli elementi di eterogeneità. Questo determinava l'insorgere di un'esigenza di coordinamento che meglio avrebbe trovato risposta in un intervento di armonizzazione, non ancora presente nel contesto comunitario. Inoltre, vennero portati all'attenzione della Corte anche gli interessi di tutela nei confronti di soggetti terzi alla società, quali creditori e lavoratori, nonché la tutela dei controlli fiscali e la lealtà nei rapporti commerciali¹³⁸.

La questione è stata risolta da un lato assumendo che la mancanza di norme comunitarie volte all'armonizzazione delle disposizioni nazionali non possa essere considerata quale ragione a fondamento della non attuazione o del non rispetto del diritto alla libertà di stabilimento e, dall'altro lato, che le giustificazioni presentate alle restrizioni delle libertà fondamentali non integrano la fattispecie della ragione imperativa di interesse generale, dal momento che eccedono quanto necessario per raggiungere l'obiettivo prefissato.

Difatti, la normativa ungherese, così come formulata, non consentiva la registrazione dell'operazione nemmeno nella situazione in cui gli interessi di terzi, siano essi creditori o amministrazione finanziaria, non venissero lesi o anche solo minacciati.

In conclusione, lo Stato ospite ha l'obbligo di consentire l'operazione di ricostituzione transfrontaliera in accordo con il principio secondo cui sono vietate le restrizioni in uscita quanto quelle in entrata: *“rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato”*¹³⁹ garantendo le medesime condizioni degli operatori domestici.

4. L'intervento della Commissione e del Consiglio europeo

Si interseca rispetto al ruolo che ha assunto la Corte di Giustizia attraverso le pronunce appena descritte l'intervento della Commissione europea, nel suo ruolo di promotrice della

¹³⁷ Corte giust. com. eur., 13 dicembre 2005, C-411/03, *Sevic*, punto 21.

¹³⁸ *Ibidem*, punto 24.

¹³⁹ *Ibidem*, punto 18.

legislazione da adottare. Essa iniziò ad attivarsi in merito a tale argomento interpellando dapprima il Consiglio, il Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale europeo e, in seguito, rivolgendosi ai singoli Stati membri dotati di regimi di *exit tax* ritenuti lesivi della libertà di stabilimento mediante l'avvio di procedure di infrazione.

Il primo documento è la Comunicazione del 19 dicembre 2006, COM(2006) 825 intitolata “*Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*”, nella quale sono stati analizzati i requisiti giuridici contenuti nel Trattato rispetto ai regimi di tassazione in uscita, alla luce delle pronunce relative alle cause *de Lasteyrie du Saillant e N*, traendo importanti conclusioni non solo in merito alla casistica delle persone fisiche, bensì anche verso gli enti giuridici. Viene presentata una valutazione generale della tassazione in uscita dove i principi a cui la Corte è addivenuta sono da considerarsi di portata generale, nonostante essi scaturiscano da specifici casi di specie riguardanti contribuenti persone fisiche. Si constata un'estensione degli stessi all'intera platea di contribuenti, includendovi tra questi anche le società. È l'avvio di un processo di uniformazione rispetto a quelle che sono le regole vigenti dall'8 ottobre 2001 in ambito comunitario per l'istituto della Società Europea, introdotta con il Regolamento n. 2157/2001. A tale figura viene concesso il diritto di trasferire la propria sede in uno Stato membro senza che tale operazione determini la liquidazione dell'istituto o l'insorgere di una tassazione basata sui plusvalori maturati nel corso dell'esercizio dell'attività. Lo stesso dicasi per le operazioni di fusione che, così come il trasferimento di residenza, rientrano nel campo della riorganizzazione societaria e i cui effetti, sostanzialmente equivalenti a quelli di un trasferimento, sono stati ampliati alla Società europea e alla Società cooperativa europea con la Direttiva del 17 febbraio 2005, n. 19/CE/2005.

Essenzialmente vengono esposti quattro concetti chiave.

In primo luogo le disposizioni che prevedono una tassazione immediata restringono la libertà di stabilimento, in quanto introducono un effetto dissuasivo per coloro i quali intendano stabilirsi in un altro Stato membro, in ragione anche della discriminazione di trattamento che generano sul piano fiscale tra i soggetti che si muovono all'interno dei confini nazionali rispetto a coloro i quali li oltrepassano. Il riconoscimento di un differimento fiscale su attivi che si spostano da una sede ad un'altra nello stesso ambito territoriale non dovrebbe essere sottoposto ad un trattamento di maggior o minor favore. In linea generica, l'esigenza manifestata dagli Stati membri nel garantirsi entrate fiscali su plusvalori che hanno avuto maturazione sul territorio nazionale non appare di per sé illegittima, ma lo diventa, e non intitola gli Stati ad assoggettare ad imposizione immediata o ad imporre condizioni per

ottenere il differimento, qualora le misure non siano proporzionali rispetto all'obiettivo di una corretta allocazione dei poteri impositivi¹⁴⁰.

Secondo, le amministrazioni possono legittimamente calcolare l'ammontare del reddito su cui applicare la tassazione al momento del trasferimento sulla base di un criterio *pro rata temporis*, in quanto questa misura rappresenta uno strumento idoneo a preservare il riconoscimento della potestà impositiva in accordo con il principio di territorialità fiscale affiancato ad un elemento temporale di permanenza nel territorio in cui la base imponibile si è formata.

Terzo, le disposizioni che prevedono la costituzione di una garanzia per ottenere il rinvio del pagamento comportano anch'esse l'introduzione di un effetto restrittivo alla libertà di stabilimento visto che privano il contribuente della disponibilità di una parte del proprio patrimonio, con l'accortezza però che la garanzia del credito fiscale può considerarsi adeguata nella misura in cui essa risulti proporzionata alla finalità per cui essa viene costituita, senza perciò che si configuri alcun abuso. Al contrario deve considerarsi proporzionale un eventuale obbligo informativo che venga imposto dal legislatore con cadenza periodica, utile al monitoraggio circa la conservazione o l'alienazione degli attivi trasferiti¹⁴¹.

Per ultimo, appare necessario che qualunque variazione di valore, in aumento ma soprattutto in diminuzione, che intervenga nel periodo intercorrente dal trasferimento al momento della realizzazione degli *assets*, sia preso in considerazione ai fini della determinazione dell'imposta definitiva da liquidare in quanto "*il diritto alla libera circolazione non può tradursi nell'imposizione delle plusvalenze per un importo superiore a quello che sarebbe stato tassabile se il contribuente non avesse trasferito al propria residenza*"¹⁴².

Nella stessa occasione, la Commissione anticipa di circa quattro anni l'indirizzo a cui la Corte di Giustizia è pervenuta con la sentenza *National Grid Indus*, o meglio ne fornisce gli spunti di analisi nel punto in cui afferma che "*se uno Stato membro intende minimizzare gli oneri amministrativi, potrebbe concedere ai suoi contribuenti la possibilità di rinunciare al recupero differito dell'imposta e di optare per il suo pagamento immediato al trasferimento*".

¹⁴⁰ In tal senso RHODE ALAN, M., *Op. cit.*, pag. 224.

¹⁴¹ Precisa la Commissione europea che misure proporzionali possono configurarsi in "*dichiarazioni di conferma della mancata cessione di attivi, o [...] in una dichiarazione annuale indicante che la sua stabile organizzazione situata nell'altro Stato membro continua a detenere gli attivi trasferiti, seguita da una dichiarazione al momento della cessione effettiva, o dell'ulteriore trasferimento verso un Paese terzo*". Anche il semplice scambio di informazioni o l'assistenza nella riscossione tra Stati membri sono misure che vengono incoraggiate e rilevate sotto un'ottica positiva.

¹⁴² 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, pag. .

È forse uno dei punti principali su cui viene focalizzata l'attenzione in quanto per la prima volta viene valutata, in maniera ufficiale, la possibilità di costruire una normativa fondata sulla possibilità di scelta del contribuente, in relazione a valutazioni soggettive proprie, economiche o meno.

La Commissione in tale occasione si è espressa anche in merito alla problematica relativa al fenomeno della doppia imposizione o doppia assenza di imposizione. Quando la potestà impositiva sul medesimo soggetto, e di conseguenza sulla medesima materia imponibile, si trasferisce da uno Stato all'altro, non è raro il prefigurarsi di due tipologie di scenari: da un lato la situazione in cui entrambi ritengono di avere la facoltà, o meglio il diritto, ad eseguire il prelievo fiscale e dall'altro il caso in cui nessuno dei due Stati interviene in termini tributari, lasciando libero il contribuente da qualsiasi onere. Le due fattispecie sono strettamente connesse al tipo di valorizzazione che viene seguita per la valutazione degli attivi oggetto del trasferimento e alla rinuncia o meno, da parte delle amministrazioni fiscali, al proprio diritto impositivo.

Se all'*asset* trasferito nel Paese di destinazione viene riconosciuto un valore fiscalmente rilevante pari al valore contabile patrimoniale iscritto originariamente in bilancio, nel caso in cui entrambi gli Stati decidano di esercitare il proprio diritto di imposizione si verificherà una doppia imposizione della plusvalenza generatasi dal confronto dato tra il valore contabile e il valore di mercato o il prezzo di vendita, a seconda del tipo di operazione realizzativa che viene posta in essere. Lo stesso dicasi se il valore d'entrata del bene riconosciuto dovesse risultare inferiore rispetto al valore contabile.

Al contrario, si avrà un salto d'imposta nel caso in cui il valore di entrata nello Stato di arrivo risulti superiore rispetto al valore contabile. La differenza che si genera in occasione del trasferimento rappresenta un valore che non sarà soggetto ad imposizione in nessuno dei due Stati, valore che inoltre determinerà un effetto a catena nel futuro: ad ogni successiva cessione dell'attivo il valore della plusvalenza risulterà inferiore essendo stata erosa la base imponibile in origine¹⁴³.

¹⁴³ Diverse valutazioni di uno stesso *asset*, oltre che a determinare in maniera diretta una differente quantificazione dell'effettiva plusvalenza che si registrerà alla cessione per il tramite della semplice differenza tra valore normale e valore contabile possono determinare effetti ancora più importanti. Basti pensare ai beni soggetti al processo di ammortamento per i quali una valorizzazione superiore porterà al calcolo e all'iscrizione di maggiori quote di ammortamento, con conseguente tassazione di un importo inferiore, non solo da un punto di vista della mera plusvalenza, bensì anche per il reddito di periodo. Lo stesso ragionamento si presenta, al contrario, in occasione del riconoscimento di un valore inferiore. Si tratta di considerazioni di non poco conto essendo essi aspetti dei fenomeni di pianificazione fiscale.

Si tratta di disparità di trattamento che determinano un'interruzione del corretto funzionamento del mercato poiché incidono sulle scelte d'investimento dei soggetti e per tale ragione gli Stati membri interessati dovrebbero adottare misure idonee ad evitare un duplice onere del contribuente o, al contrario, un salto d'imposta¹⁴⁴. In merito a questo aspetto la Commissione suggerisce una molteplicità di misure alle quali è possibile far ricorso, in ragione del fatto che lo Stato di partenza rinunci o meno all'esercizio della propria potestà impositiva.

Nel primo caso, sarebbe funzionale che lo Stato in cui l'attivo viene trasferito riconosca al bene una valorizzazione pari al valore contabile così come determinato nel Paese di origine, in maniera tale da eliminare ogni possibile salto d'imposta.

Nel secondo caso potrebbe essere efficace il riconoscimento di un credito d'imposta che trovi capienza fino a concorrenza del carico fiscale sopportato nel Paese di destinazione, in maniera tale da vanificare l'onere tributario sopportato con l'imposizione da parte dello Stato di origine.

Sarebbe auspicabile anche un coordinamento tra gli Stati affinché si registri una perfetta coincidenza tra i valori di entrata e di uscita, ossia vengano accettati e riconosciuti i valori contabili o di mercato. È pur vero però che l'ultima soluzione, basata sul concetto del reciproco riconoscimento presenta alcune problematiche, da un lato perché tuttora i sistemi fiscali sono autonomi e non armonizzati¹⁴⁵ e dall'altro perché potrebbero verificarsi fenomeni di arbitraggio fiscale: i contribuenti infatti cercherebbero di sfruttare le differenze esistenti nelle valutazioni tra Stati membri per massimizzare le plusvalenze tassate nello Stato membro con l'aliquota più bassa. Ecco allora che, in alternativa, gli Stati membri potrebbero *“continuare a determinare il valore degli attivi secondo le proprie regole, istituendo però una procedura per la risoluzione delle differenze nella valutazione”*¹⁴⁶, con un meccanismo di funzionamento simile alla Convenzione d'arbitrato. Più in generale, si suggerisce la conclusione di accordi tra i Paesi interessati dall'operazione ai fini della suddivisione dei

¹⁴⁴ *“La Commissione ha auspicato che i due Stati eventualmente coinvolti in un trasferimento di sede evitino che la persona (fisica o giuridica) sia penalizzata da disposizioni di carattere fiscale, dato che altrimenti vi sarebbe una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento”*, così IANNACCONE, A., *La relazione tra valore normale ed exit tax nel caso di trasferimento dell'impresa in Italia: profili di criticità e questioni irrisolte*, in Dir. Prat. Trib., 2009, V, pag. 37.

¹⁴⁵ Si vuol dire che se anche gli Stati dovessero adeguarsi seguendo una stessa impostazione teorica, i risultati in termini di calcolo del valore contabile e del valore normale potrebbero differire da Paese a Paese in ragione dei metodi di valorizzazione applicati. A conferma MIELE, L., *Necessità di coordinamento degli Stati membri sulla tassazione in uscita*, in Fisco, 2010, n. 7, pag. 545.

¹⁴⁶ Commissione delle Comunità Europee, 19 dicembre 2012, *“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”*, pag. 8.

diritti di imposizione in relazione al periodo di residenza. In ogni caso la cooperazione amministrativa assume un ruolo centrale e decisivo per la concreta e positiva attuazione delle misure.

Si nota come, secondo l'opinione della Commissione, non esista uno specifico strumento deputato ad essere qualificato come migliore e quindi ad essere utilizzato in via esclusiva per il raggiungimento degli obiettivi ricercati, ma nonostante ciò essa si rende disponibile nell'offrire il proprio supporto all'elaborazione di soluzioni coordinate, in particolare in tema di raccomandazioni. Proposta di collaborazione che non ha mai trovato riscontro concreto nella realtà nel corso degli ultimi nove anni.

A distanza di due anni, sulla scia delle indicazioni di coordinamento formulate dalla Commissione, interviene anche il Consiglio Ecofin con la risoluzione del 2 dicembre 2008, n. 2008/C 323/01. Con tale documento sono stati approvati alcune *guidelines* rivolte ai trasferimenti d'impresa transfrontalieri, con il duplice obiettivo di garantire ad ogni Stato la facoltà di strutturare il proprio sistema impositivo in ragione delle necessità di politica interna e di evitare fenomeni di doppia imposizione in presenza della realizzazione di un'operazione che vede l'applicazione consecutiva di differenti giurisdizioni fiscali.

La previsione si rivolge ai contribuenti soggetti ad imposta sulle società e alle persone fisiche che esercitano un'attività d'impresa¹⁴⁷ e coinvolge coloro i quali cessano di essere residenti in uno Stato diventando, al tempo stesso, residenti di altro Stato, ovvero coloro i quali trasferiscono una combinazione di attività e passività da una sede o da una stabile organizzazione verso altro Stato.

Con l'intervento in oggetto il Consiglio ha riconosciuto allo Stato di partenza il diritto di esercitare la propria potestà impositiva con la conseguenza che, per evitare successivi fenomeni di doppia imposizione in occasione dell'effettiva realizzazione dei cespiti, lo Stato di destinazione, ai fini del successivo calcolo della plusvalenza, sarà tenuto a considerare quale valore di entrata il valore venale alla data del trasferimento. Non si esprime però un obbligo posto in capo al Paese di accoglienza poiché nel documento si prevede anche che, nel caso in cui non sia possibile raggiungere un accordo circa la determinazione di un tale valore, gli Stati vengono lasciati liberi nella scelta dello strumento più appropriato ai fini della risoluzione della controversia. Il valore che viene attribuito all'*asset* non configura una

¹⁴⁷ A differenza di quanto avveniva nel precedente documento della Commissione che traeva le proprie considerazioni dalle pronunce della Corte di Giustizia in tema di contribuenti persone fisiche non esercenti attività d'impresa. In tal senso la risoluzione mostra come per le imprese, una previsione di exit taxation sia irrinunciabile.

prerogativa dello Stato di partenza potendo essere lo stesso il prodotto di un accordo tra amministrazioni¹⁴⁸.

Come si può notare, la centralità dell'intervento viene focalizzata sulla necessità di costruire un sistema all'interno del quale i Paesi agiscano in maniera coordinata con lo scopo di evitare operazioni che pregiudicano il corretto funzionamento del mercato e per far ciò si prevede che, in favore dello Stato di accoglienza, sia i contribuenti e sia lo Stato di uscita si facciano carico di alcuni oneri. Nello specifico i primi saranno tenuti a presentare la prova dell'avvenuto, o dell'imminente, esercizio della potestà impositiva da parte dello Stato di uscita, ovvero informazioni circa la costruzione del valore di mercato applicato ai beni trasferiti. I secondi, invece, dovranno attenersi alle previsioni in tema di reciproca assistenza tra amministrazioni, sia livello informativo che a livello di riscossione dei crediti da imposte.

La previsione rappresenta un importante segno di accoglimento dell'orientamento della Commissione, ma non risulta affatto completa in quanto considera il solo profilo della doppia imposizione, tralasciando i fenomeni di incompatibilità e di doppia assenza di imposizione.

Allo stesso tempo non può essere tralasciata un'importante critica mossa dalla dottrina. La Risoluzione Ecofin non costituisce in alcuna maniera un impegno vincolante dal punto di vista giuridico, ed è lo stesso documento a chiarirlo. Nei considerando introduttivi, il Consiglio chiarisce che *“i principi guida rappresentano un impegno politico [...] e lasciano impregiudicati i diritti e gli obblighi degli Stati membri, come pure le rispettive competenze”*¹⁴⁹. Non è chiaro il motivo per cui gli Stati vengono lasciati liberi nell'implementazione o meno delle indicazioni fornite, soprattutto alla luce del fatto che una loro adozione coordinata potrebbe evitare possibili contenziosi o aperture di procedure di infrazione.

Proprio su quest'ultimo aspetto si è riflettuto l'operato degli organi comunitari, i quali hanno dato avvio ad una serie di procedure d'infrazione avanzate da parte della Commissione nei confronti di alcuni Stati membri che non avevano aderito all'adeguamento delle norme nazionali in conformità alle indicazioni fornite in ambito comunitario, le quali si occupavano di equiparare la figura della persona fisica e degli enti giuridici. Anche l'Italia fu interessata da questi procedimenti. Il nostro Paese presentava una normativa che simulava il realizzo al valore normale dei componenti d'azienda o del complesso aziendale in occasione del

¹⁴⁸ In tal senso SORRENTINO, P., *La risoluzione dell'Ecofin sull'exit taxation. Alcune note sui contenuti e le prospettive delle prime linee guida in materia di coordinamento fiscale tra Stati membri della Ue*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2009, III, pag. 259.

¹⁴⁹ Consiglio dell'Unione Europea, Risoluzione del 2 dicembre 2008, n. 2008/C 323/01, Sul coordinamento in materia di tassazione in uscita.

trasferimento della residenza di soggetti esercenti attività commerciale, la quale prevedeva come unica causa di sospensione la costituzione di una stabile organizzazione nello Stato di uscita in cui far confluire i beni. Come si esaminerà nel capitolo dedicato allo studio dell'evoluzione della normativa interna, rappresentava una misura eccessiva e sproporzionata, dotata degli estremi per l'identificazione di una restrizione all'uscita. Per tale ragione l'Italia, nel corso del 2010, fu uno dei Paesi¹⁵⁰ interessati da una procedura d'infrazione, in particolare la n. 4141/2010 nella quale si riteneva che il riconoscimento del diritto alla libertà di stabilimento, previsto dall'art. 49 del T.F.U.E., ed esteso ad opera dell'art. 31 dell'Accordo SEE a tutti i Paesi facenti parte dello stesso Spazio Economico Europeo¹⁵¹, “*verrebbe inficiato dalla disciplina fiscale italiana applicabile quando un'impresa commerciale trasferisce la propria sede legale o la sede effettiva dall'Italia ad un diverso Stato UE o SEE, ovvero quando la stessa impresa dispone la cessazione dell'attività di una sua organizzazione stabile posta in Italia*”. La tassazione di plusvalenze latenti, combinata al trattamento discriminatorio tra mobilità nazionale e *cross-border* ha portato la Commissione a ritenere che “*la exit tax disincentivi l'espansione delle imprese italiane nel mercato estero in quanto quest'ultima risulta fiscalmente più onerosa rispetto alle ipotesi del trasferimento esclusivamente nell'ambito del territorio italiano*”.

Il Governo italiano, il 3 maggio del 2010, presentò alla Commissione le proprie osservazioni nelle quali veniva evidenziata la ragione della costruzione di una tale norma: veniva posto l'accento sul fatto che la disposizione costituisse uno strumento di chiusura del sistema in grado di tassare i maggiori valori generatisi in un momento e in un luogo ai quali l'ordinamento nazionale attribuiva rilevanza fiscale. Il trasferimento finisce per costituire il momento ultimo al verificarsi del quale è possibile esercitare la propria potestà impositiva, in conformità con quanto indicato anche all'interno della Direttiva n. 90/434/CEE relativa al regime fiscale da applicare alle fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni in cui si afferma il diritto dello Stato di origine di tassare le plusvalenze dei beni non attribuiti

¹⁵⁰ Oltre a Portogallo, Spagna, Danimarca, Regno Unito, Svezia, Finlandia, Paesi Bassi.

¹⁵¹ All'interno dello Spazio Economico Europeo non trova applicazione il diritto derivato e quindi non trovano applicazione le Direttive che sostengono e promuovono lo scambio d'informazioni così come l'assistenza nella riscossione dei crediti. Si dovrebbe quindi concludere che in mancanza di tali strumenti un eventuale restrizione alla libertà di stabilimento, nonostante essa venga pienamente riconosciuta, potrebbe essere giustificata? In altre parole, l'apposizione di condizioni che considererebbero sproporzionate all'interno della Comunità possono considerarsi proporzionate all'interno dello Spazio Economico Europeo? Sembra che si debba dare risposta negativa alla luce della sentenza del 25 ottobre 2007, causa C-464/05, nella quale la Corte ha riconosciuto la “*possibilità di supplire all'inapplicabilità della Direttiva sull'assistenza reciproca ammettendo un potere probatorio in capo al contribuente [...] al fine di dimostrare la non elusività del suo comportamento*”, così MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 547.

alla stabile organizzazione presente nel medesimo Stato. Veniva evidenziata la natura sistemica della disposizione piuttosto che quella antielusiva¹⁵².

Tali ragioni giustificatrici non furono considerate soddisfacenti e per tale ragione nel 2010 la Commissione emanò la lettera di costituzione in mora nei confronti dell'Italia, la quale dovette procedere ad una revisione della propria disciplina interna.

¹⁵² Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5. *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari.*

CAPITOLO III

ANALISI DELLA NORMATIVA INTERNA IN TEMA DI “EXIT TAX” E SUA EVOLUZIONE: L’ARTICOLO 166 DEL T.U.I.R.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dalle tesi della dottrina all’introduzione della prima regolamentazione normativa: analisi delle problematiche interpretative – 3. La stabile organizzazione: l’eccezione alla regola generale di tassazione – 4. Le modifiche normative che hanno condotto all’attuale formulazione dell’articolo 166 del t.u.i.r. – 4.1 Analisi dei profili soggettivi – 4.2. Il presupposto oggettivo e gli aspetti temporali dell’operazione: due questioni utili all’individuazione del momento impositivo – 4.3. Gli interrogativi concernenti gli elementi che concorrono alla determinazione della plusvalenza unitaria oggetto di exit tax: l’avviamento, i beni isolati d’impresa, le minusvalenze, i beni merce, i fondi in sospensione d’imposta e la stabile organizzazione estera – 5. I decreti ministeriali attuativi della disciplina del trasferimento di residenza all’estero – 5.1. Analisi del D.M. del 2 agosto 2013 – 5.2. Il nuovo D.M. del 2 luglio 2014 accompagnato dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 10 luglio 2014

1. Premessa

Il trasferimento della residenza fiscale, diretta conseguenza dello spostamento dei criteri di collegamento personali riferibili rispettivamente alle persone fisiche e alle persone giuridiche, è stato un tema di particolare interesse e attenzione per i legislatori nazionali che nel corso del tempo hanno introdotto all’interno dei propri ordinamenti delle misure, le cosiddette *exit taxes*, volte a prevenire una definitiva sottrazione ad imposizione di materia imponibile generatasi in un tempo e in un luogo di competenza piena ed esclusiva dello Stato di residenza.

Nel contesto italiano, il legislatore tributario per lungo tempo ha trascurato l’importanza dell’operazione, a tal punto da non cogliere la rilevanza giuridica della stessa, nonostante i suggerimenti forniti da parte della dottrina. In verso contrario si muoveva la disciplina di altri Stati membri, i quali presentavano all’interno dei propri ordinamenti misure atte alla disciplina non solo degli aspetti procedurali, bensì anche sostanziali. Gli unici spunti riflessivi che si trovavano in ambito nazionale traevano origine dall’indagine di alcuni articoli sparsi della normativa fiscale. Ci si riferisce alle norme in tema di liquidazione, o di operazioni di riorganizzazione d’impresa, così come alla destinazione dei beni a finalità estranee all’esercizio d’impresa.

La prima regolamentazione del tema risale all’introduzione dell’art. 20-bis del t.u.i.r. avvenuta ad opera del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, rubricato “Trasferimento di sede all’estero”. Con

tale intervento il legislatore ha normato il trasferimento al di fuori dei confini territoriali nazionali dei soggetti commerciali esercenti attività d'impresa, stabilendo che lo spostamento della residenza o della sede sociale costituisca realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale. È stato associato l'effetto realizzativo alla perdita del collegamento con l'ordinamento italiano, senza porre l'accento alla mancata interruzione dell'attività imprenditoriale o alla mancata cessione da un punto di vista soggettivo della stessa. L'articolo è stato successivamente sostituito per mezzo della riforma Ires ed integrato da molteplici interventi da parte del legislatore nazionale, volti all'adeguamento della normativa interna agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza europea. In merito a questo aspetto, come si ha avuto modo di vedere nel dettaglio all'interno dello studio del piano d'analisi comunitario, la disciplina interna dell'*exit tax* di ogni singolo Paese non può prescindere dalle norme contenute nell'ordinamento dell'Unione Europea, così come dai principi espressi nelle sentenze della Corte di Giustizia. La ragione risiede nel fatto che la tassazione ha origine al verificarsi di operazioni transfrontaliere, in occasione delle quali componenti o complessi aziendali vengono spostati e fatti confluire all'interno del territorio di un altro Stato. Ci si trova nella situazione in cui le potestà impositive dei Paesi interessati all'operazione si accavallano, con il rischio che si creino delle situazioni di ostacolo alla mobilità di *assets* e capitali e che si verifichino fenomeni di doppia imposizione.

La funzione della normativa ricerca la tutela degli interessi erariali, la quale viene attuata attraverso la tassazione di redditi che risultano maturati ma non percepiti, in maniera tale da prevenire una perdita di gettito derivante, a sua volta, dalla perdita della potestà impositiva che si verifica con il venir meno del collegamento tra soggetto e territorio¹⁵³.

La questione delle *exit taxes* investe le persone fisiche quanto gli enti giuridici. Nonostante ciò si deve necessariamente notare che esiste una regolamentazione interna che guarda solamente a coloro i quali svolgono attività commerciali, lasciando un vuoto normativo per le operazioni di trasferimento intraprese da parte di persone fisiche¹⁵⁴.

¹⁵³ Il tema presenta una forte interconnessione con quello dell'esterovestizione societaria, ossia il tentativo di sottrarre da imposizione nazionale attività d'impresa capaci di produrre reddito, per il tramite della sola localizzazione fittizia della residenza fiscale in uno Stato estero ai fini del conseguimento di vantaggi tributari, la cui disciplina si trova contenuta nell'art. 73, commi 5-bis e 5-ter del t.u.i.r.. Per la precisione vengono colpite le holdings esterovestite localizzate in Stati con regimi di *participation exemption*, all'interno delle quali vengono collocate le partecipazioni in società italiane oggetto di cessione, fruendo della combinata esistenza dell'esenzione d'imposta e del diritto esclusivo a tassare l'imponibile in ragione delle convenzioni internazionali. I punti di contatto sono vari e, tra i più rilevanti, si evidenziano il concetto di residenza, che richiede l'implementazione di verifiche fattuali e l'utilizzo dello strumento della presunzione legale da parte del legislatore, che permette di invertire l'onere della prova ponendolo a carico del contribuente.

¹⁵⁴ Con tale termine si vuole fare riferimento alle persone fisiche che non esercitano un'attività d'impresa ai sensi dell'art. 55 del t.u.i.r., essendo le stesse escluse dall'ambito soggettivo richiamato dall'art. 166 del t.u.i.r., che si rivolge ai "*soggetti che esercitano imprese commerciali*". Si tratta generalmente di soggetti che detengono beni

Si ripercorrono nel seguito i passaggi fondamentali che hanno portato all'attuale costruzione dell'art. 166 del t.u.i.r., analizzando i numerosi profili problematici sollevati da parte della dottrina. Ci si riferisce ai problemi riscontrati nell'ampio concetto di residenza fiscale, che crea problemi di coordinamento tra l'acquisizione di residenza nel Paese di destinazione rispetto alla perdita della stessa nel Paese di origine, soprattutto per quegli ordinamenti che inseriscono tra i criteri di collegamento l'oggetto dell'attività principale, spesso difficile da delocalizzare. Ai profili probatori, che prevedono l'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente o che richiedono apprezzamenti di carattere antielusivo, che introducono presunzioni assolute di mantenimento della residenza fiscale qualora l'operazione intervenga con Stati a fiscalità privilegiata. Al momento in cui l'operazione di trasferimento della residenza debba considerarsi realizzata, compiuta, in maniera tale da definire con certezza il momento a partire dal quale cambiano le norme di diritto internazionale privato e tributario a cui ci si deve conformare, ma non solo. Infatti, l'individuazione del momento impositivo risulta di particolare interesse ai fini della corretta valutazione circa la consistenza dei beni patrimoniali. Ancora, al problema della concorrenza di potestà tra Stati membri per redditi prodotti nel medesimo periodo d'imposta, soprattutto nella situazione in cui non si riconosca alcun effetto temporale interruttivo dell'operazione, creando un rischio di doppia imposizione. Infine, si guarderà al problema relativo allo sfasamento temporale che si registra tra la maturazione dei componenti reddituali e la loro imputazione a periodo.

plusvalenti con finalità d'investimento, non inseriti in un contesto aziendale e che, nella stessa maniera degli enti giuridici o degli imprenditori, possono essere oggetto di operazioni di disinvestimento sfruttando il trasferimento temporaneo della residenza al fine di localizzare e far coincidere il luogo di tassazione dei plusvalori con Stati che presentano un regime particolarmente favorevole o regimi di esenzione, combinato con un diritto esclusivo da parte di quest'ultimo Stato alla tassazione. Sono pochi i Paesi che hanno elaborato una normativa *ad hoc* costruita sulla figura delle persone fisiche e precisamente sono Francia, Austria, Germania e Paesi Bassi. Nonostante la mancanza di una tale copertura normativa, anche l'Italia ha avuto modo di interfacciarsi con questioni di questo genere, precisamente attraverso l'intervento dell'Agenzia delle Entrate per il tramite dello strumento della risoluzione. Tra le più importanti si ricorda la risoluzione del 2 novembre 2001, n. 175/E, che si è occupata di uno scambio di azioni da società italiana a società lussemburghese posto in essere da un soggetto persona fisica non imprenditore. In tale occasione, è stato affermato che lo spostamento della residenza di tale soggetto, effettuato in un tempo anteriore rispetto alla cessione delle partecipazioni, potrebbe configurare un concreto rischio di perdita dell'effettivo esercizio del potere impositivo da parte dello Stato. È come se il contribuente compisse una serie di atti preordinati al fine di evitare l'imposizione su plusvalori che si trovano ancora incorporati nel valore delle partecipazioni in suo possesso. Guardando anche al piano di analisi comunitario, volendo colmare la lacuna nazionale sul tema, non mancano i principi e i criteri guida forniti da parte della Corte di Giustizia, la quale nel corso degli anni si è occupata di analizzare alcune normative di Stati comunitari che prevedevano la tassazione di plusvalori in occasione di operazioni di trasferimento della residenza da parte di persone fisiche non esercenti attività d'impresa, in particolare attraverso le sentenze *De Lasteyrie du Saillant* e *N*. In tal modo, si scorge la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di riuscire ad operare senza la necessità di sollevare ulteriori questioni di incompatibilità rispetto alla normativa comunitaria, in particolar modo con il diritto alla libertà di stabilimento.

2. Dalle tesi della dottrina all'introduzione della prima regolamentazione normativa: analisi delle problematiche interpretative

Il tema del trasferimento di residenza fiscale ha sempre alimentato nel corso del tempo un acceso dibattito della dottrina, in particolare a causa dell'inesistenza di una norma di riferimento diretta a regolare la fattispecie. In un tale contesto, la dottrina si è per lungo tempo interpellata sulla rilevanza giuridica del compimento di una tale operazione, focalizzando l'attenzione sull'ambito fiscale. Non era chiaro se il silenzio dell'ordinamento tributario dovesse essere interpretato dal contribuente come una non assegnazione di valenza fiscale al trasferimento o come una semplice lacuna normativa¹⁵⁵. Tale mancanza non poteva essere giustificata ricorrendo alle previsioni contenute nel codice civile, che disciplinava il trasferimento di residenza come modifica statutaria e non come causa di scioglimento, in ragione dell'autonomia e del particolarismo che caratterizzano i due diritti. Tra gli stessi non può esserci una compensazione reciproca. Il silenzio del legislatore non poteva nemmeno essere considerato come prova di irrilevanza fiscale dell'operazione in quanto, nel nostro ordinamento giuridico, viene consentita l'interpretazione estensiva con il fine di estendere la portata normativa di alcune disposizioni a fattispecie non normate. Per capire quali effetti fiscali potessero prodursi, è necessario ripercorrere le argomentazioni proposte da parte della dottrina nel corso degli anni, in particolare partendo da un tempo antecedente alla prima regolamentazione avvenuta nel corso del 1995.

Il primo aspetto che veniva evidenziato, e che sosteneva fortemente l'esistenza di ripercussioni fiscali a seguito del compimento del trasferimento di residenza all'estero, faceva riferimento alla modifica del regime di imposizione a cui il contribuente era sottoposto, passando da uno su base mondiale (*world wide principle*) ad un regime di imposizione limitato ai soli redditi prodotti sul territorio nazionale (*principio di tassazione su base territoriale*) a causa della "rottura del nesso di collegamento con il territorio"¹⁵⁶. Un tale cambiamento determinava un evidente svantaggio in termini di entrate erariali nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, la quale vedeva limitata la propria potestà impositiva su di una base imponibile ristretta ai soli redditi prodotti entro i confini nazionali. La modifica della

¹⁵⁵ MARINO, G., *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, in Dir. Prat. Trib., 1993, I, pag. 1035; in tal senso anche MONTECAMOZZO, L., *Trasferimento della residenza all'estero: la manovra Dini risolve i dubbi in merito alla sua rilevanza fiscale*, in Boll. Trib., 1995, pag. 335-336, dove si precisa che l'unico aspetto dell'operazione di trasferimento di sede disciplinato al tempo riguardava l'applicazione dell'imposta di registro, ma limitatamente al trasferimento di società estere nel territorio dello Stato.

¹⁵⁶ ARMELLA, S., UGOLINI, L., «Exit tax»: *sospesa la tassazione delle plusvalenze latenti fino all'effettivo realizzo*, in Corr. Trib., 2012, n. 17, pag. 1283.

residenza incidere perciò “*sulla determinazione della base imponibile, attuando una diversità di trattamento che concorrevano a caratterizzare in senso personalistico l'imposizione sui redditi*”¹⁵⁷. Inoltre, non mancavano interventi sulla questione da parte di Paesi esteri che assegnavano rilevanza fiscale alle plusvalenze latenti presenti nel patrimonio societario in occasione della realizzazione dei trasferimenti di sede all'estero.

Ma, una volta sposata la tesi della rilevanza fiscale dell'operazione e di conseguenza della sua imponibilità, si rendeva necessaria la ricerca di una disposizione dell'ordinamento che, tramite un'interpretazione estensiva, rappresentasse il fondamento normativo alla tassazione.

In primo luogo era possibile fare riferimento all'art. 124 del t.u.i.r., disciplinante la liquidazione ordinaria. Questo portava a sostenere la tesi secondo la quale con il trasferimento dal territorio nazionale avrebbe avuto luogo la liquidazione della società. La perdita della nazionalità determinava l'implicito scioglimento dell'ente giuridico. Assimilazione quella alla fattispecie dello scioglimento e della liquidazione che per contro, però, non trovava riscontro all'interno del comparto civilistico dell'ordinamento, nonostante non esista una vera e propria interazione tra i due. Difatti l'uno rileva per l'altro come mera circostanza di fatto¹⁵⁸. Mancava, come d'altronde manca anche oggi, un'espressa previsione contenuta nel codice civile, o più precisamente nell'art. 2272 cod. civ., che configurasse il trasferimento di residenza all'estero quale espressa causa di scioglimento. Ed è proprio su tale aspetto che si è costruito nel corso del tempo il filone della dottrina contrario rispetto all'interpretazione dissolutiva dell'operazione. Dello stesso parere l'Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano e di Lodi che all'interno di un proprio documento¹⁵⁹ affermava che “*ogni società che attua il trasferimento della propria sede da uno Stato all'altro conserva la propria entità. [...] Se la nostra legge “riconosce” le società straniere con le loro diverse entità e strutture dipendenti dall'ordinamento estero, sembra evidente che questa stessa nostra legge non possa evitare di riconoscere il mutamento “spaziale” come vero e proprio mutamento dell'atto costitutivo*”.

Una seconda disposizione che veniva analizzata era l'art. 53 (ora 86) del t.u.i.r., in maniera specifica rispetto al concetto di destinazione dei beni a finalità estranee rispetto all'esercizio d'impresa. Si sosteneva che l'uscita dei beni aziendali dal territorio nazionale fosse da considerarsi speculare rispetto alla fuoriuscita degli stessi beni dal circuito imprenditoriale e

¹⁵⁷ NUSSI, M., 1996, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale: spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d'impresa*, in *Rass. Trib.*, pag. 1341.

¹⁵⁸ MARINO, G., *Op. cit.*, pag. 1036.

¹⁵⁹ Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano e Lodi, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e dall'estero*, Milano, 1988, pag. 21.

la loro entrata nella sfera personale di imprenditore o soci. I predetti beni, non venendo più utilizzati per lo svolgimento di un'attività d'impresa materialmente collocata in Italia, perdevano di rilevanza e, allo stesso tempo, non rispondevano più al principio di inerenza¹⁶⁰. Non veniva assegnata, invece, alcuna rilevanza al fatto che essi continuassero a formare parte di un complesso imprenditoriale situato all'estero, che proseguiva nello svolgimento della medesima attività.

Infine, veniva richiamata la disciplina delle fusioni transnazionali. Difatti l'operazione che veniva a realizzarsi con l'incorporazione di una società italiana in una società non residente presentava molteplici aspetti comuni al trasferimento all'estero della residenza o della sede, partendo dalla rottura del collegamento territoriale, fino ad arrivare alla continuazione della medesima attività d'impresa. La disciplina, contenuta nella L. 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria per il 1992), che introduceva un criterio di neutralità fiscale per i soli elementi patrimoniali confluiti a seguito dell'operazione in una stabile organizzazione situata all'interno del territorio nazionale, al contrario prevedeva l'imposizione al valore normale dei beni uscenti. Data l'assimilazione delle casistiche, un tale *modus operandi* avrebbe dovuto trovare perciò applicazione anche al caso specifico.

Nel contesto di incertezza così prospettato è intervenuto il D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, («*Manovra Dini*») che ha introdotto l'art. 20-bis del t.u.i.r.. Si tratta del primo intervento del legislatore con cui, dopo lungo tempo, è stata conferita rilevanza giuridica all'operazione di trasferimento di residenza all'estero, stabilendone gli effetti fiscali e contribuendo a portare certezza giuridica al tema. La norma è stata ispirata dal criterio di neutralità fiscale previsto per le fusioni transfrontaliere, anche se con alcuni correttivi. In primo luogo si occupa delle operazioni che avvengono con tutti i Paesi del mondo, senza la presenza di alcuna limitazione al solo ambito europeo. Secondo, viene individuata una differente tipologia di collegamento tra i beni e la stabile organizzazione, parlando di confluenza e non di effettiva connessione¹⁶¹. Nonostante la codificazione, si avrà modo di vedere che i dubbi interpretativi non sono stati completamente chiariti, ma, in aggiunta, si sono presentate varie problematiche concernenti lo stretto condizionamento all'ordinamento comunitario, al timing delle operazioni e, non ultima, per via dell'introduzione di una ipotesi di realizzazione delle plusvalenze non tipizzata.

Chiaro era il duplice obiettivo del legislatore che voleva disincentivare i trasferimenti che

¹⁶⁰ In tal senso MONTECAMOZZO, L., *Op. cit.*, pag. 336.

¹⁶¹ I due termini presentano il medesimo significato in termini di obiettivo, nel senso che intendono evitare la fuoriuscita dal patrimonio senza l'imposizione di alcuna tassazione sui plusvalori latenti, così MARINO, G., *Op. cit.*, pag. 1467-1468.

rispondevano al solo scopo del conseguimento di vantaggi fiscali¹⁶² assicurandosi, dall'altro lato, una certa entrata erariale. L'esigenza a cui si voleva rispondere era quella di evitare che il criterio di collegamento con il territorio venisse spezzato, lasciando libera da imposizione la circolazione di materia imponibile. In generale, *“riconoscere rilevanza fiscale all'operazione di trasferimento ha significato rispondere ad un'esigenza logica interna alla struttura dell'imposizione”*¹⁶³.

Il contenuto letterale mostrava l'esistenza di una regola generale secondo la quale *“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 [...] dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale”*. In altre parole l'operazione veniva classificata come realizzativa, con la sola eccezione della contemporanea costituzione di una stabile organizzazione all'interno dei confini territoriali che, acquisendo gli *assets*, permetteva di congelarne il realizzo, almeno fino al momento di un loro eventuale successivo distacco. La valorizzazione delle plusvalenze latenti doveva verificarsi perciò solo qualora i beni fossero distolti da questo contenitore giuridico. Nonostante la specifica formulazione diretta a regolamentare la materia si presentano di seguito le imprecisioni e le diatribe sorte.

Il primo motivo di dibattito si è focalizzato sulla presenza di due casistiche che venivano assimilate tra loro, ossia il trasferimento della residenza e della sede¹⁶⁴. Dal dato letterale emergeva immediatamente la distinzione che veniva operata tra il contribuente persona fisica e l'ente giuridico. Alle prime sembrava riferirsi un concetto di residenza civilistico, coincidente peraltro con quello fiscale. Per gli enti giuridici, invece, era presente una formulazione poco chiara dal momento che all'interno del concetto di residenza fiscale, contenuto all'interno dell'art. 87 (ora 73, comma 3) del t.u.i.r., si consideravano residenti le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo d'imposta, avevano la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della propria attività nel territorio dello Stato. Di per sé, la specificazione della parola sede appariva non necessaria perché già inclusa come uno degli elementi costitutivi idonei a configurare la residenza fiscale di un ente giuridico. Unica giustificazione possibile, come detto, poteva essere rinvenuta nell'utilizzo del

¹⁶² Come evidenziato, per la prima volta il legislatore ha *“considerato il trasferimento di status come un possibile escamotage da adottare per conseguire un vantaggio fiscale”*, così NUSSI, M., *Op. cit.*, pag. 1341.

¹⁶³ *Idem*, *Ivi*, pag. 1349.

¹⁶⁴ Oltre agli aspetti che si avrà modo di studiare nell'immediato proseguo, un importante profilo problematico sollevato da Benedettelli nel proprio art. intitolato *“Sul trasferimento della sede sociale all'estero”*, contenuto in Riv. Soc., 2010, fasc. 6, pag. 125, scaturiva dal dato letterale che utilizzava proprio il termine sede. Esso assume significati differenti in ragione della funzione che è chiamato a svolgere, così come in ragione delle diverse valutazioni di differenti ordinamenti giuridici che nella fattispecie del trasferimento sono chiamati a coordinarsi da un punto di vista internazional-privatistico.

primo termine per le sole persone fisiche imprenditori con un accento civilistico e del secondo nei confronti dei soggetti diversi dalle persone fisiche, con la necessità che, per questi ultimi, fosse verificato lo spostamento di tutti i criteri di collegamento individuati dalle norme in tema di residenza.

Ancora, un altro problema riguardava l'assegnazione di rilevanza a valori latenti che non avevano avuto come controprestazione alcun introito o corrispettivo, che non avevano dato luogo ad alcuna percezione in termini finanziari. Una tale caratteristica si rifletteva nell'utilizzo di stime, di valori non ancora definitivi perché facilmente influenzabili da possibili oscillazioni future. Una forma di tassazione diretta a colpire quest'ultimi comporta prelievi di ricchezza futura, non disponibile se non attraverso l'utilizzo di risorse già acquisite ed estranee al bene generatore di plusvalori, compromettendo in tal modo l'apparato produttivo. Il presente elemento ha inciso in maniera particolare nell'ambito dell'analisi della normativa sotto il profilo comunitario, precisamente leggendo come restrittiva la misura nazionale che il legislatore utilizzava per assicurarsi l'entrata tributaria nell'ultimo momento utile in cui esercitare la propria potestà impositiva.

Salta poi immediatamente all'attenzione del lettore l'istituzione, da parte del legislatore, di una presunzione legale di realizzo¹⁶⁵ che assimila gli effetti delle casistiche di realizzo alle conseguenze che derivano dal trasferimento della residenza di un complesso imprenditoriale. Equiparazione questa avvalorata anche da parte dell'Agenzia delle Entrate che, nella propria circolare del 4 agosto 2004, n. 36/E, inerente il regime fiscale delle plusvalenze da realizzo delle partecipazioni, ha confermato, al paragrafo 2.2, che *“rientra tra le ipotesi di realizzo [...] anche l'ipotesi disciplinata dall'articolo 166, comma 1, del nuovo TUIR”*.

A tal proposito la dottrina si interrogava sulla portata innovatrice della disposizione o meramente interpretativa, in virtù proprio dell'utilizzo della presunzione. Ci si chiedeva se il medesimo contenuto si fosse potuto desumere da norme già presenti, quali la destinazione a finalità estranee dei beni d'impresa, la liquidazione, le operazioni straordinarie transfrontaliere, la trasformazione o, più in generale, dai principi di portata generale del sistema¹⁶⁶.

Ognuno di questi richiami è stato però oggetto di critiche nel corso del tempo per le ragioni che vengono di seguito presentate.

¹⁶⁵ La regolamentazione interna funziona mediante l'utilizzo di presunzioni legali relative, in maniera tale che gli effetti derivanti dal trasferimento non siano *tout court* sconosciuti, ma al contrario si garantisca all'Amministrazione finanziaria la possibilità di riquilibrare alcune fattispecie caricando il contribuente dell'onere della prova, in particolare nell'ambito dell'esame del concetto di residenza che investe problematici profili di verifiche fattuali. In tal senso MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 472.

¹⁶⁶ *Idem*, *Ivi*, pag. 486.

La disciplina della liquidazione, fortemente sostenuta in passato, venne esclusa in ragione della natura non liquidatoria affidata al trasferimento di residenza sotto il profilo civilistico ad opera dell'art. 25, comma 3, della L. 31 maggio 1995, n. 218 («Riforma del sistema italiano di diritto privato») e della scelta del legislatore di delimitare i soli effetti dell'operazione al settore tributario¹⁶⁷. In concreto, alla società trasferitasi continua ad essere applicabile la disciplina interna “*non essendo ipotizzabile una delibera che elimini ogni rapporto con lo Stato italiano perché si creerebbe un'ulteriore ipotesi di estinzione della società al di fuori dei casi previsti dal Codice*”¹⁶⁸. Tecnicamente si assiste alla sola modifica dell'atto costitutivo o dello statuto tramite delibera assembleare, senza alcuna modifica della compagine societaria, se non per effetto del giusto esercizio del diritto di recesso da parte di uno o più soci. A conferma della natura non liquidatoria si veda anche l'art. 2437 del cod. civ., il quale conferisce al socio dissenziente il diritto di recesso. La tesi contraria non può trovare accoglimento in quanto il trasferimento è un fenomeno che concerne il mutamento delle circostanze di fatto della società o dell'organo decisionale e non influisce sulla posizione del socio¹⁶⁹. Allo stesso risultato si è arrivati tramite il percorso inverso, ossia analizzando, come vedremo nel proseguo, la posizione dei soci.

La stessa sorte vale per la disciplina delle operazioni straordinarie intracomunitarie, contenuta nella Direttiva n. 90/434/CE, recepita attraverso il D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544, e trasposta negli articoli 178-181 del t.u.i.r., che prevedeva l'irrelevanza dei cespiti che non perdevano il collegamento territoriale, grazie alla confluenza degli stessi all'interno di una stabile organizzazione. Nonostante la stretta somiglianza tra la costruzione dell'art. 20-bis e il testo della Direttiva e la concordanza di obiettivi¹⁷⁰, la mancata inclusione del trasferimento all'estero quale fattispecie disciplinata a livello comunitario non deve essere vista come mera dimenticanza¹⁷¹. E non risulta possibile nemmeno procedere con integrazioni analogiche per

¹⁶⁷ Seguendo lo schema degli ordinamenti di altri Paesi comunitari, mediante l'introduzione dell'art. 20-bis il trasferimento della residenza ha assunto una sfumatura indipendente rispetto alle previsioni del diritto internazionale privato.

¹⁶⁸ CALO', E., *Trasferimento all'estero della sede sociale*. Consiglio Nazionale del Notariato, 2 maggio 2001, Studio n. 3310.

¹⁶⁹ SOZZA, G., *L'amministrazione conferma la natura non dissolutiva della società trasferita all'estero*, in *Fisco*, n. 13, 2006, I, pag. 1903.

¹⁷⁰ In particolare sono sottesi i medesimi interessi, da quello fiscale dell'Amministrazione finanziaria a non voler perdere il gettito che deriva da basi imponibili formati nel proprio territorio, a quello di simmetria fiscale tra deduzione ed imposizione.

¹⁷¹ Anzi, in dottrina si ritiene che un tale fatto sia “*probabilmente una conseguenza “politica” e dell'impossibilità di eliminare le divergenze dei vari Stati membri sul piano internazional-privatistico di detta fattispecie*”, così DE SANTIS, D., *Exit tax: tra l'analisi di Assonime e il Decreto estivo*, in *Boll. Trib.*, 2014, n. 19, pag. 1390.

le fattispecie non considerate. Inoltre, sul piano interno, la materia non è stata disciplinata mediante rinvio a tale disciplina comunitaria¹⁷² e perciò deve escludersi l'applicazione di tale normativa, anche se nel corso degli anni è stata utile per fornire alcuni spunti riflessivi sul tema. Vero è che l'assimilazione ben poteva giustificarsi pensando al fatto che la perdita della residenza fiscale non avviene esclusivamente per il tramite del trasferimento della residenza o della sede, bensì anche mediante fattispecie differenti, ricomprendendovi tra queste fusioni e scissioni¹⁷³.

Nemmeno il regime fiscale della trasformazione presentava affinità giuridica dal momento che, nonostante la comunanza rinvenibile nel proseguimento dell'attività senza soluzione di continuità, esso prevedeva la sola modifica dell'ordinamento corporativo della società, inidonea a produrre effetti sul piano fiscale. Unica eccezione sarebbe rappresentata dalla trasformazione eterogenea¹⁷⁴, in base alla quale si assiste ad un fenomeno di decommercializzazione, anche questo non associabile al trasferimento di residenza poiché, in quest'ultimo, i beni continuano a rilasciare la propria utilità nel ciclo imprenditoriale. Non si registra alcuna modifica funzionale degli stessi che continuano a formare parte dell'attività imprenditoriale, anche se in territorio estero.

Con riferimento ai criteri di portata generale dell'ordinamento la questione diventava più complessa, in quanto si doveva ricercare un principio che imponesse *“l'emersione a tassazione di valori maturati su beni, ogni qualvolta essi perdano, con carattere di certezza e definitività, il collegamento con l'ambito normativo”*¹⁷⁵. Il trasferimento è pur sempre un atto dispositivo che determina una sottrazione di beni plusvalenti dal regime impositivo nazionale, ma in considerazione del venir meno del collegamento territoriale. Ecco che non sembra possibile fare riferimento alla destinazione dei beni a finalità estranee all'esercizio d'impresa regolata dall'art. 86 del t.u.i.r., in quanto il bene rimane nel circuito imprenditoriale, circuito che però si sposta da un punto di vista territoriale. Non appare corretto pensare che la finalità

¹⁷² Si nota anche in questo ambito la resistenza che gli Stati membri mostrano nel processo di armonizzazione delle disposizioni concernenti il settore delle imposte dirette, nel quale non viene prevista alcuna estensione automatica del diritto comunitario a fattispecie del diritto interno.

¹⁷³ Il trasferimento della residenza non configura un'operazione straordinaria in senso stretto dal momento che non determina alcun cambiamento dal punto di vista soggettivo ed oggettivo. Nonostante ciò, gli viene affiancato il carattere della straordinarietà in quanto le conseguenze sono da considerarsi rilevanti, comportando una modifica dei termini del contratto sociale (per il tramite di maggioranze qualificate o del riconoscimento del diritto di recesso ai soci dissenzienti) o l'estinzione dell'ente giuridico. Inoltre, gli effetti sostanziali che si determinano da un punto di vista fiscale appaiono simili rispetto a quelli che conseguono al compimento di operazioni straordinarie quali la fusione e la scissione. In tal senso si veda SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 353.

¹⁷⁴ Regolata dall'art. 171 del t.u.i.r. secondo cui *“in caso di trasformazione [...] di una società soggetta all'imposta di cui al Titolo II in ente non commerciale, i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o nel complesso aziendale dell'ente stesso”*.

¹⁷⁵ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 494-495.

imprenditoriale cessi al venir meno di un regime domestico per il fatto che si perde un elemento di continuità con il territorio¹⁷⁶. Viene a mancare poi il cambiamento del soggetto al quale riferire l'organizzazione, sia per l'assenza di un atto traslativo che comporta la modifica della sfera giuridica e sia per il mancato scioglimento dell'ente, notando solamente il mutamento del luogo in cui i beni vengono localizzati per la realizzazione del programma imprenditoriale. Per essere ancora più precisi, l'operazione non riguarda singoli beni ma *“l'intera articolazione e localizzazione dell'impresa nella quale gli stessi vengono impiegati”*¹⁷⁷. Per quanto la destinazione a finalità estranee potesse configurare norma di chiusura del sistema, attraendo in tal modo a tassazione ogni oggettiva sottrazione dei beni d'impresa, la stessa non poteva dirsi riferita alla presente fattispecie¹⁷⁸, dovendosi affiancare piuttosto alle casistiche di consumo e godimento personale slegate dalla condizione dell'art. 55 del t.u.i.r., ossia di produzione del reddito d'impresa.

Il trasferimento della residenza all'estero non determina l'uscita in senso tecnico-giuridico del bene, ma si limita a modificare l'articolazione geografica dell'attività imprenditoriale. In tal modo è stata scissa l'estraneità all'esercizio d'impresa dalla estraneità alla territorialità d'impresa¹⁷⁹. Il tutto giustificato anche dalle previsioni civilistiche sopra esposte: estendere un tale principio avrebbe significato sostenere la natura liquidatoria che determina la conclusione dell'impresa e del vincolo funzionale.

L'utilizzo della presunzione legale ha fatto sì che il contribuente si trovasse dinanzi all'assimilazione ad un'operazione di liquidazione, nonostante da un punto di vista civilistico le norme in materia prevedessero, in linea generale, una prosecuzione dei rapporti giuridici in essere, così come del soggetto titolare di tali rapporti, inteso come impresa. Non si ravvisava, come non si ravvisa tuttora, alcuna interruzione del collegamento funzionale, né tantomeno soggettivo. In ogni caso, sul piano tributario veniva previsto il medesimo trattamento fiscale delle operazioni realizzative, il quale risultava particolarmente gravoso per il soggetto italiano dato che la norma determinava l'emersione e la tassazione dei plusvalori latenti medio

¹⁷⁶ In tal senso FICARI, V., *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al Trattato CE dell'“exit tax” sulle plusvalenze latenti*, in Rass. Trib., n. 6, 2004, pag. 2149.

¹⁷⁷ *Idem*, Ivi, pag. 2152.

¹⁷⁸ Si ricorda infatti che il trasferimento di residenza non implica un trasferimento di componenti o del complesso aziendale a terzi, né tanto meno la dissoluzione dell'apparato imprenditoriale. L'entità e l'attività continuano ad esistere, ma in capo ad un soggetto da definire come residente all'estero.

¹⁷⁹ In tal senso si esprime MELIS che definisce *“la perdita del legame con il territorio non [come] conseguenza di una destinazione di beni a finalità estranee, cioè ad una attività non oggettivamente qualificabile come d'impresa con appropriazione dei beni da parte dei soci”*, così MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 504.

tempore generatesi sui componenti patrimoniali costituenti l'azienda¹⁸⁰ esistenti al momento del trasferimento. L'unico vantaggio rinvenibile si riscontrava nei confronti del Fisco in quanto, come evidenziato da alcuni autori¹⁸¹, tassare valori latenti significava per l'Amministrazione italiana tutelare definitivamente i propri interessi, presenti e futuri, anticipando l'imposizione su beni che sarebbero potuti essere distolti dal processo imprenditoriale in un momento successivo, quando cioè questi sarebbero stati tracciabili con maggior difficoltà, non essendo più l'impresa soggetta all'autorità del Fisco italiano.

La norma mostrava pienamente la sua finalità antielusiva, considerata anche la sua collocazione all'interno della sezione del decreto rubricata "Norme antielusive". La stessa relazione governativa di accompagnamento recitava che *"il mutamento della residenza fiscale non deve consentire il conseguimento di indebiti vantaggi fiscali, come del resto è previsto da altri ordinamenti fiscali e in particolare da quelli comunitari"*. Si ricorda che la normativa si inseriva in un contesto caratterizzato da un costante accrescimento del livello di internazionalizzazione dell'attività delle imprese, che non si limitavano più ad operare su scala nazionale, ma miravano ad ampliare il proprio mercato di riferimento per ottenere vantaggi in termini economici, tra i quali figurava anche la leva fiscale. Si pensi al concetto di delocalizzazione, di economie di scala, alla scelta strategica dei mercati di sbocco. La norma era, ed è tuttora, volta a contrastare l'iniziativa di costruzione e realizzazione di operazioni economiche idonee a sottrarre base imponibile allo Stato al quale spetta l'esercizio dell'autorità impositiva. Il tema in questione si colloca nell'ampio settore della pianificazione fiscale nella quale un operatore economico, attraverso operazioni artificiose, sposta materia imponibile verso Stati esteri che presentano un'aliquota agevolata o addirittura assente. In altri termini, accade non di rado che molte scelte organizzative e strategiche delle imprese siano guidate dalla volontà di ottenere consistenti vantaggi in termini di imposte sul reddito, in maniera tale da migliorare i propri risultati economici.

La ragione principale per cui il legislatore è intervenuto su questo frangente si riscontra nel fatto che nel momento in cui avviene il trasferimento, sia che venga costituita una stabile organizzazione nel territorio dello Stato o meno, si assiste alla modifica del regime di tassazione e si restringe la base imponibile.

¹⁸⁰ VASAPOLLI, G., VASAPOLLI, A., 2015. *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*. XXII edizione, Wolters Kluwer, Ipsa, pag. .

¹⁸¹ BERNONI, G., COLACICCO, M., *Il trasferimento all'estero della sede di una società di capitali: alcuni approfondimenti di ordine fiscale*, in Fisco, 1996, n. 42, pag. 10068.

Suddetta limitazione impositiva ha portato il legislatore a strutturare l'intervento normativo sulla base di tre principi:

- a) l'assimilazione del trasferimento ad un realizzo patrimoniale, con le conseguenze che ne derivano,
- b) la neutralità dell'operazione nel caso in cui, in seguito al trasferimento all'estero, i componenti dell'azienda o del complesso aziendale vengano fatti confluire in una stabile organizzazione presente nello Stato,
- c) la neutralità dei fondi in sospensione d'imposta nel solo caso in cui essi vengano ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione.

3. La stabile organizzazione: l'eccezione alla regola generale di tassazione

Ai sensi dell'art. 166 del t.u.i.r., la regola che prevede l'immediata imposizione delle plusvalenze latenti, trova un proprio limite legale qualora i componenti dell'azienda o del complesso aziendale vengano fatti confluire in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato¹⁸². In tal modo il legislatore ha introdotto una chiara forma di discriminazione tra i soggetti che perdono ogni legame con il Paese rispetto a quelli che mantengono in essere una forma giuridica atta ad accogliere gli *assets* della precedente società nazionale, tanto da assumere la qualifica di "fondo di dotazione". Le ragioni giustificatrici di un tale temperamento sono essenzialmente due: in primo luogo, mancando una completa rottura con il territorio, viene mantenuta una capacità impositiva esclusiva in rapporto ai redditi ivi prodotti. Si tratta di un tentativo del legislatore volto al condizionamento dell'*"l'articolazione logistica dell'impresa commerciale"*¹⁸³ dal momento che, in una certa misura, viene obbligato il contribuente a mantenere un concreto collegamento con il territorio tale da garantirgli l'immediata, anche se non definitiva, neutralità fiscale, e allo stesso tempo tale da garantire all'Amministrazione finanziaria l'assoggettamento dei redditi prodotti ai sensi dell'art. 162 del t.u.i.r.. In secondo luogo perché, in caso di tassazione, si verificherebbe un fenomeno di

¹⁸² Si ricorda che il concetto di migrazione implica l'uscita di singoli beni o di un intero complesso aziendale dalla giurisdizione nazionale, sia che essa sia rivolta alla casa madre piuttosto che ad una società terza. Con tale affermazione si vuole chiarire che l'uscita dell'impresa non darebbe luogo ad alcuna imposizione anche qualora i beni vengano fatti confluire in una stabile organizzazione già preesistente, e anche qualora questi cambino di proprietà. Ai fini dell'analisi rileva constatare che lo Stato mantiene su tali cespiti il proprio diritto impositivo. In tal senso GALASSI, C., MIELE, L., *Disciplinate le modalità di differimento della riscossione della «exit tax»*, in Corr. Trib., 2013, n. 33, pag. 2599; AVOLIO, D., PEZZELLA, D., *Quali trasferimenti di sede all'estero possono beneficiare della «exit tax»*, in Corr. Trib., 2014, n. 8, pag. 618.

¹⁸³ FICARI, V., *Op. cit.*, pag. 2157.

doppia imposizione delle plusvalenze, essendo quest'ultime un componente di reddito prodotto nel territorio dello Stato che verrebbe tassato ai sensi dell'art. 23, primo comma, lett. e) del t.u.i.r.¹⁸⁴. Alla luce di quanto detto, si potrebbe anche affermare, in senso contrario, che mancano le ragioni che sostengano una tassazione immediata di valori che rimangono oggetto della potestà impositiva domestica.

Si assiste ad un cambiamento della veste giuridica, “*da società residente a stabile organizzazione di società estera*”¹⁸⁵, con conseguente mutamento del criterio di collegamento che, in luogo della residenza fiscale, considera la produzione di redditi entro i confini territoriali nazionali. La figura della stabile organizzazione rispecchia l'introduzione di una condizione sospensiva che non rappresenta ipotesi di irrilevanza fiscale, ma di mero differimento dell'imposizione, la quale diviene esigibile nel momento in cui le attività, precedentemente confluite nella stabile organizzazione, ne vengano distolte in un tempo successivo¹⁸⁶. Lo stesso dicasi per i fondi in sospensione d'imposta che non vengono ricostituiti nella situazione patrimoniale della stabile organizzazione.

In caso contrario verrebbe fatta subire al contribuente un'ingiustificata un'anticipazione della tassazione su valori maturati ma non ancora realizzati.

Da un punto di vista tecnico, la formulazione della disposizione fa emergere tre tipologie di problemi: l'identificazione dei componenti aziendali, il significato dei termini “confluiti” e “distolti” e, in ultima analisi, la definizione di stabile organizzazione.

Con riferimento alla prima questione viene richiesta una perfetta coincidenza tra i beni che rappresentavano parte del patrimonio della società italiana rispetto ai beni che finiscono per essere di proprietà del soggetto estero, anche se situati in territorio nazionale¹⁸⁷. Di conseguenza, a parità di consistenza patrimoniale, si assisterà solamente ad un fenomeno di mutamento della veste giuridica, da società nazionale a stabile organizzazione di società estera. Sulla questione riguardante la tipologia dei singoli beni invece, si rimanda alle conclusioni del paragrafo dedicato alla determinazione della base imponibile, riproponendosi

¹⁸⁴ DI CESARE, F., *Il trasferimento della sede della società all'estero*, in Rivista Dottori commercialisti, 2009, II, pag. 292.

¹⁸⁵ SOZZA, G., *Op. cit.*, pag. 68.

¹⁸⁶ In tal senso lo stesso art. 166, primo comma, del t.u.i.r.: “*La stessa disposizione si applica se successivamente i componenti confluiti nella stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato ne vengano distolti*”.

¹⁸⁷ Sul punto Mayr osserva che la formulazione riportata dall'art. 166 secondo cui “*il trasferimento all'estero della residenza [...] costituisce realizzo dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che non siano confluiti in una stabile organizzazione*” “*coglie due diversi momenti di una stessa cosa: il momento in cui i beni appartengono ancora ad una società italiana residente in Italia ed un secondo momento in cui tali beni hanno perduto il mantello giuridico per effetto dell'uscita della società dall'ordinamento giuridico italiano*”, MAYR, S., *Effetti del trasferimento della sede all'estero*, in Corr. Trib., 1995, n. 39, pag. 2711.

le medesime problematiche, in particolare con riferimento alla sorte dei beni intangibili, dei beni isolati così come per l'esistenza di un collegamento funzionale idoneo a costituire un complesso dotato di *“organica capacità di soddisfare le esigenze tecniche di un'attività produttiva”*¹⁸⁸.

In relazione all'utilizzo da parte del legislatore del termine “confluiti” come strumento di collegamento, in dottrina sono stati registrati due differenti orientamenti. Da un lato vi era chi sosteneva la validità del criterio della forza di attrazione della stabile organizzazione, per cui i beni e le attività delle società trasferite finivano per partecipare alla situazione patrimoniale della stabile organizzazione anche in mancanza di una loro connessione con l'attività d'impresa. Si determinava l'attrazione di redditi che non trovavano la propria fonte effettiva nella stabile organizzazione, ma che finivano per partecipare al regime del reddito d'impresa¹⁸⁹. Altri, invece, sostenevano la sufficienza di un collegamento contabile, che si attuava per il tramite della sola iscrizione contabile all'interno della situazione patrimoniale.

La disputa tra mero collegamento contabile e criterio di effettiva connessione economica portava con sé anche differenti implicazioni. Con il primo diventava possibile la selezione dei beni a cui applicare la neutralità fiscale, in particolare con riferimento ai beni intangibili per i quali, mancando una consistenza materiale, risultava difficile l'identificazione di un collegamento funzionale. Inoltre una tale soluzione, proposta anche dalla relazione governativa di accompagnamento al decreto, risultava particolarmente agevole da un punto di vista operativo. D'altro canto, l'esigenza dell'esistenza di un collegamento funzionale enfatizzava la strumentalità dei beni rispetto al carattere produttivo della stabile organizzazione. In tal modo, il Fisco veniva tutelato sotto il punto di vista dell'effettività della consistenza patrimoniale dichiarata.

Lo stesso ragionamento deve essere ripreso per il termine “distolti” che racchiude tutte le operazioni, onerose o meno, che prevedono l'uscita del bene dal patrimonio contabile, anche se le stesse avvengono in contropartita con la casa madre o con una stabile organizzazione estera dello stesso gruppo.

La costruzione, che salvaguarda da tassazione gli elementi che vengono allocati nella stabile organizzazione, trova la propria ispirazione dal testo del D.Lgs. 30 settembre 1992, n. 544, di recepimento della Direttiva Fusioni 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE, che parla di effettiva

¹⁸⁸ *Idem, ibi*, pag. 2711.

¹⁸⁹ In dottrina si osserva che sarebbe necessario valutare se alcuni beni siano riferibili alla casa madre piuttosto che alla stabile organizzazione rimasta in territorio nazionale sulla base di un'analisi *“delle funzioni e dei rischi che vengono riallocati all'interno dell'impresa, per verificare [anche] che ruolo andrà a svolgere la stabile organizzazione italiana nell'ambito della società trasferita. [...] Tale aspetto investe la problematica a monte dell'effettivo trasferimento di una società”*, così AVOLIO, D., PEZZELLA, D., *Op. cit.*, pag. 619.

connessione ad una stabile organizzazione situata nel territorio. La denominazione del rapporto di collegamento che si instaura è differente, ma nella sostanza l'obiettivo è il medesimo: evitare la fuoriuscita di beni su cui sono maturati valori tassabili. Ecco che un tale requisito può trovare implementazione solo attraverso la continuazione dei valori fiscalmente riconosciuti dalla precedente società italiana residente alla stabile organizzazione, senza compromettere in tal modo gli interessi erariali del Fisco¹⁹⁰.

Per ultimo vi è il concetto di stabile organizzazione. Quest'ultima, come indicato dall'art. 162 del t.u.i.r., "*designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato*", ossia viene considerata quale articolazione di un soggetto passivo non residente, dotata di un complesso idoneo allo svolgimento dell'esercizio d'impresa. Si tratta di un concetto valido, come specificato dallo stesso articolo, ai fini delle imposte sul reddito, ma che si intreccia necessariamente con il piano internazionale, dal momento che rappresenta il presupposto atto all'individuazione di un'attività economica svolta da un soggetto in un Paese diverso da quello di residenza, per il tramite della quale esercitare l'imposizione fiscale.

L'individuazione geografica della stabile organizzazione costituisce un'attività delicata, sia perché incide sul riconoscimento dello Stato a cui spetta il diritto di esercitare la potestà impositiva a carico del soggetto che in un certo Paese ha posto in essere operazioni commerciali mediante una struttura dipendente ed ivi localizzata in via permanente, sia perché investe profili valutativi di ordine pratico.

La nozione nazionale poi si intreccia con quella convenzionale, prevista all'interno delle convenzioni contro le doppie imposizione, spesso non trova perfetta coincidenza con quella nazionale. Come evidenziato in dottrina¹⁹¹, la nozione convenzionale potrebbe essere più ampia o più ristretta rispetto a quella interna, determinando differenti conseguenze circa l'applicazione o meno dell'*exit tax*. Per un maggior approfondimento dei riflessi che ne derivano si rimanda alle opere citate in nota.

¹⁹⁰ Nella relazione governativa di accompagnamento al D.Lgs. n. 41/1995 venne chiarito che "*con la continuazione dei valori, in precedenza fiscalmente riconosciuti nell'ambito della società residente, nella contabilità della stabile organizzazione, rimangono salvaguardati gli interessi del fisco italiano in relazione alla tassazione della plusvalenza in futuro e questo sia nel caso della vendita di singoli cespiti della stabile organizzazione, sia nel caso di cessione dell'intera stabile organizzazione stessa*".

¹⁹¹ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 564 e ss.; FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., Commentario breve alle leggi tributarie, Tomo III, Padova, 2010, pag. 812.

4. Le modifiche normative che hanno condotto all'attuale formulazione dell'articolo 166 del t.u.i.r.

4.1 Analisi dei profili soggettivi

L'individuazione della portata soggettiva assume rilievo in quanto in ragione della tipologia di soggetto si determina una differenziazione nella modalità di tassazione della plusvalenza. La norma in esame è stata oggetto di modifica nel corso degli anni, comportando dapprima un allargamento dei soggetti destinatari della disciplina, per poi tornare alla formula iniziale contenuta nell'originaria codificazione.

Nella previsione contenuta nell'art. 20-bis del t.u.i.r. ci si rivolgeva ai soggetti esercenti imprese commerciali¹⁹², determinando l'immediata esclusione delle persone fisiche non

¹⁹² Dovendosi intendere per esercizio di impresa commerciale la definizione contenuta nell'art. 55 del t.u.i.r., ossia *“l'esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività indicate nell'art. 2195 del codice civile e delle attività indicate alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 32 che eccedono i limiti ivi stabiliti”*. Come confermato anche dall'Agenzia delle Entrate nella propria circolare 29 marzo 2013, n. 7/E, *“si è in presenza di un'impresa commerciale [...] nell'ipotesi in cui la società [...] risulti dotata di una struttura operativa idonea alla produzione e/o commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi”*. La necessità dell'esistenza di un assetto produttivo viene in rilievo dallo stesso dato letterale della norma che fa riferimento ai beni appartenenti ad un complesso aziendale. Ai fini della valutazione della commercialità, esisteva, ed esiste tuttora, il principio ormai consolidato secondo cui è la stessa forma giuridica delle società a conferire la caratteristica commerciale all'attività svolta, per cui non risulta necessario avviare alcuna indagine circa la commercialità dell'attività svolta.

Il tema della commercialità, intesa sia come svolgimento di un'attività commerciale effettiva ai sensi dell'art. 55 del t.u.i.r. e sia come presunta commercialità derivante dalla forma giuridica adottata, ha sollevato particolari dubbi con riferimento alle holding di partecipazione. In particolar modo l'attenzione viene posta sulla figura delle holding cosiddette passive o statiche, ossia enti che detengono partecipazioni senza svolgere alcuna attività di gestione e coordinamento delle stesse, così come nessuna attività ausiliaria operativa (si pensi a titolo d'esempio al rilascio di finanziamenti o alla gestione della tesoreria). Esse non svolgono alcuna attività direzionale verso le proprie partecipate e si limitano alla detenzione delle partecipazioni ai fini del mero godimento dei frutti che da queste ne derivano. La Corte di Giustizia si è già espressa con riferimento ad una tale fattispecie nella causa C-222/04, affermando che *“il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché alla percezione di dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene”*. La mancanza dell'esercizio di un'attività economica permette l'accesso alla tutela prevista dall'art. 49 del T.U.F.E. e, di riflesso, l'accesso all'applicazione delle previsioni contenute all'interno dell'art. 166 del t.u.i.r. e del D.M. del 2013? La questione è controversa in considerazione anche della presenza di alcune sentenze della Corte nelle quali è stata affermata l'irrelevanza del preventivo svolgimento di un'attività economica rispetto all'applicazione delle tutele fornite dalla libertà di stabilimento comunitaria.

In ambito dottrinale vi sono in particolare due orientamenti: da un lato si sostiene che alle holding statiche sia preclusa la facoltà di invocare le tutele comunitarie e dall'altro lato che, al contrario, anche tali soggetti possano beneficiarne. La seconda tesi appare quella prevalente in quanto, come osservato da Assonime nella propria circolare del 20 febbraio 2014, n. 5, la libertà di stabilimento deve essere intesa come diritto che permette ai soggetti *“di partecipare in maniera stabile o continuativa alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio, integrandosi nell'economia nazionale, con l'esercizio di un'attività economica effettiva: integrazione che sussiste anche quando la società eserciti una attività non strettamente commerciale, salvo che [...] non sia ravvisabile una costruzione di puro artificio”*. La tutela che scaturisce da tale libertà non può essere ridotta in favore dei soli soggetti che danno avvio ad una attività commerciale, bensì deve includere anche le attività economiche prive della natura commerciale riferendosi, ad esempio, alla detenzione e gestione degli immobili. Quest'ultimo è il tipico caso delle holding passive nelle quali il mero svolgimento dell'esercizio dei diritti sociali non può essere considerato alla stregua dello svolgimento di un'attività commerciale e non presuppone l'esistenza di una reale attività d'impresa. In merito alla questione si

imprenditori e degli imprenditori in possesso di beni non appartenenti all'impresa, per i quali non viene prevista l'applicazione della disposizione in esame.

Nella stessa misura dovevano ritenersi esclusi anche gli enti non commerciali qualora gli stessi non svolgessero attività commerciale, sia da un punto di vista formale, ossia in base a quanto indicato nell'oggetto principale, sia a livello pratico.

Come rilevato da Mayr dalla lettura del dato letterale emergeva la netta distinzione tra la casistica dell'imprenditore individuale e delle società di persone rispetto agli altri enti giuridici. Per i primi era prevista l'espressa applicazione dell'art. 16¹⁹³, comma 1, lett. g) in tema di tassazione separata "*delle plusvalenze, compreso il valore di avviamento, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di cinque anni e redditi conseguiti in dipendenza di liquidazione [...] di imprese commerciali esercitate da più di cinque anni*". Si prevedeva cioè un eguale trattamento rispetto al caso di cessione o liquidazione dell'unica azienda dell'imprenditore individuale. Appare necessario precisare però l'esistenza di una sottile differenza tra il trasferimento della residenza dell'imprenditore individuale rispetto al trasferimento della residenza dell'impresa: nel primo caso non si ha alcuna implicazione tributaria ai fini della nostra analisi poiché l'azienda, non venendo materialmente trasferita, dovrebbe essere riqualficata da impresa individuale a stabile organizzazione, con il mantenimento degli elementi caratterizzanti della stessa. In tal modo, ad essa sarà applicabile la normativa italiana in tema di reddito d'impresa, sia ai fini della determinazione del reddito negli esercizi di svolgimento dell'attività, sia al momento del compimento di operazioni realizzative, garantendo l'assenza di salti d'imposta¹⁹⁴. Qualora invece, al contrario, gli elementi caratterizzanti l'azienda vengano distolti totalmente dal territorio nazionale, o in misura sufficiente da far sì che non si configuri una stabile organizzazione equivalente all'impresa individuale, si dovrà necessariamente ricorrere all'applicazione dell'art. 20-bis.

Così come formulata, la norma sembrava rivolgersi esclusivamente alla vicenda del trasferimento che si esaurisce in capo alla società, senza alcuna implicazione tributaria in capo ai soci.

vedano MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Oggetto, presupposto e momento impositivo della «exit tax»*, in Corr. Trib., 2013, n. 45, pag. 3560-3561; AVOLIO, D., PEZZELLA, D., *Op. cit.*, pag. 819; PIAZZA, M., VALSECCHI, M., *Exit tax: questioni ancora aperte dopo l'emanazione delle norme attuative*, in Fisco, 2014, n. 40, pag. 3944; TOMBESI, G., DRAGONETTI, A., *Tassazione all'uscita (exit tax): i dubbi interpretativi ancora irrisolti*, in Fisco, 2015, n. 15, pag. 1465.

¹⁹³ Attualmente art. 17, lettera g), D.P.R. 917/1986.

¹⁹⁴ MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 2709.

Con l'intervento del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (Riforma dell'imposizione sul reddito delle società), si è proceduto con l'estensione della platea di soggetti a cui la disposizione si rivolgeva, approdando alla prima versione dell'art. 166 del t.u.i.r.. Venivano richiamati i soggetti indicati agli articoli 2 e 72, primo comma, lett. a) e b) del t.u.i.r., includendo perciò le società semplici, le società di fatto, le persone fisiche non imprenditori, residenti e non. Con tale intervento di ampliamento il legislatore ha proceduto con l'inserimento di soggetti non esercenti attività d'impresa con l'obiettivo di fornire una risposta chiara ad una serie di casistiche potenzialmente elusive che nel corso degli anni si erano presentate all'Amministrazione finanziaria. Spesso, infatti, venivano utilizzate delle costruzioni societarie ambigue in occasione di trasferimenti all'estero di materia imponibile¹⁹⁵.

Nonostante la nuova formulazione, sono comunque sorti dei dubbi applicativi.

In primo luogo ci si riferisce agli enti non commerciali i quali, trovando la propria collocazione all'interno dell'art. 73, primo comma, lett. c), venivano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 166 del t.u.i.r., almeno da un punto di vista letterale. Difatti, secondo alcuni autori¹⁹⁶, tale mancanza rispondeva ad un difetto di coordinamento piuttosto che ad una scelta intenzionale del legislatore, essendo il cambiamento della lettera avvenuto in un periodo in cui era in essere l'iter per la modifica dell'imposta sulle società. Per la precisione, gli enti commerciali, inizialmente inseriti all'interno dell'art. 2 del t.u.i.r., hanno trovato la loro definitiva collocazione all'interno dell'art. 73 del testo approvato in via definitiva. Inoltre, con riferimento alla caratteristica di commercialità, il fatto che essi esercitino un'attività commerciale in via non esclusiva, non appare condizione sufficiente per estrometterli dall'applicazione della normativa, considerato che *“l'articolo 30 del D.L. n. 41/1995 parla solo di esercizio di imprese commerciali, senza distinguere tra esercizio in modo principale o meno dell'attività commerciale”*¹⁹⁷.

Ancora, poco chiara appariva la situazione per le società di persone, le quali non rientravano nel già citato art. 2 del t.u.i.r., bensì trovavano la propria collocazione nell'art. 5 del t.u.i.r.. Si tratta di una dimenticanza involontaria da parte dello stesso legislatore, alla luce di quanto indicato nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 166 che affianca, ai fini della

¹⁹⁵ Per l'approfondimento del tema si veda uno dei principali casi contenuto nella risoluzione del 2 novembre 2001, n. 175/E, in tema di scambio intracomunitario di partecipazioni. Propende per la giustificazione antielusiva D'ALFONSO, G., *Il trasferimento all'estero di un'impresa: conseguenze fiscali e civilistiche*, in Fisco, 2005, n. 14, pag. 2066.

¹⁹⁶ SACCARDO, N., *Le proposte di modifica al regime del trasferimento all'estero della residenza*, in Riv. Dir. Trib., 2003, IV, pag. 172; MIELE, L., *Trasferimento di residenza all'estero di un'impresa*, in Corr. Trib., 2005, n. 28, p. 2209; MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 520.

¹⁹⁷ Così MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 2707.

tassazione separata, le società di persone alle imprese individuali. Se non ci fosse stata l'intenzione di ricomprendere tale categoria di soggetti non avrebbe avuto alcuna ragione prevedere per quest'ultimi una forma di tassazione differente rispetto a quella generale.

Non era nemmeno possibile riferirsi al trasferimento dei soci della società e imputare ad essi i riflessi di un trasferimento di residenza della sede sociale, in quanto la società stessa gode di un autonomo *status* di residenza in ragione della propria capacità giuridica, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, lett. d). Anzi, il trasferimento della residenza del socio ai fini della presente analisi è del tutto irrilevante sulla base della previsione contenuta all'interno dell'art. 23, primo comma, lett. g) secondo cui “*ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato [...] i redditi di cui agli articoli 5 [...] imputabili ai soci, associati o partecipanti non residenti*”¹⁹⁸.

Altro problema interpretativo si poneva rispetto alla società semplice. Da un punto di vista meramente giuridico, la stessa non può svolgere attività commerciale, anche se concretamente si riscontrano delle casistiche in cui ciò non viene rispettato, determinando, da un punto di vista tributario, la trasformazione di diritto in società in nome collettivo. Anche in questo caso, godendo quest'ultima di un autonomo *status* giuridico, la tassazione del valore normale dovrebbe considerare il momento in cui la società ha proceduto con lo spostamento della sede al di fuori dei confini territoriali, a nulla rilevando l'eventuale successivo spostamento di residenza da parte del socio. Lo stesso dicasi per quei soci che, dopo aver proceduto ad un conferimento di azioni, abbiano spostato la propria residenza fiscale. Applicare una *exit tax* sul valore delle partecipazioni dei singoli soci significherebbe imporre un'imposta su beni appartenenti al soggetto, che non formano parte di un'azienda.

Solamente con le modifiche apportate dall'art. 11, secondo comma, lettera b), n. 1, del D.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247, si è ritornati alla originaria formulazione dell'art. 20-bis del t.u.i.r. al fine di eliminare una situazione di confusione, ricostituendo l'inciso dei “*soggetti che esercitano imprese commerciali*”¹⁹⁹ in accordo con il testo contenuto nella seconda parte del

¹⁹⁸ Sul punto appare necessaria una precisazione. L'art. 17 del t.u.i.r., così come al primo comma prevede la tassazione separata per alcune categorie di reddito espressamente disciplinate, allo stesso tempo, al secondo comma prevede l'esclusione dalla stessa tassazione separata per quei redditi indicati dalla lettera g) alla lettera n) qualora vengano conseguiti da società in nome collettivo o in accomandita semplice, ossia in un regime di trasparenza. L'art. 166, richiamando la lettera g), si colloca in una posizione di contrasto rispetto alla normativa appena citata. Si dovrebbe assegnare ad esso una forza derogatoria dell'art. 17, secondo comma, del t.u.i.r., ma la dottrina sul tema non ha mai raggiunto un'opinione uniforme. In tal senso MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 2211.

¹⁹⁹ La stessa relazione illustrativa al D.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247, affermava che tale modifica era intervenuta alla luce dell'errore contenuto nella previgente normativa, la quale non richiamava gli enti commerciali tanto quanto le società di persone, nonostante la loro chiara citazione contenuta nella parte della disposizione che si occupava della tassazione separata. Allo stesso tempo, sempre nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 166 del t.u.i.r., il legislatore ha provveduto all'integrazione della lettera l) rispetto alla lettera g) dell'art. 17, primo comma, del t.u.i.r., con efficacia retroattiva “*ai periodi d'imposta che iniziano a decorrere dal*

primo comma, che presupponeva l'esistenza di un'azienda, ossia un complesso organizzato di beni posto in un rapporto di mezzo a fine rispetto all'esercizio dell'attività d'impresa²⁰⁰.

In ultima battuta, si deve passare ad un secondo livello di analisi, il quale si occupa della figura dei soci, indipendentemente dal fatto che si tratti di società di persone piuttosto che di capitali. La loro posizione non è mai stata oggetto di attenzione, se non a seguito dell'introduzione del comma 2-ter all'art. 166 del t.u.i.r. avvenuta ad opera dell'art. 1, primo comma, lett. b), del D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 199, secondo il quale “*il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società di capitali non dà luogo di per sé all'imposizione dei soci della società trasferita*”. In capo a questi soggetti non era mai stato previsto alcun tipo di imposizione, probabilmente compatibilmente con l'assegnazione della natura non liquidatoria all'operazione di trasferimento della sede sociale. La dottrina si chiedeva però se fosse da considerarsi possibile una tassazione basata sulla differenza tra il “*valore normale del patrimonio societario e il costo fiscalmente riconosciuto alla partecipazione ove la società permanga in vita*” o “*sull'utile distribuito da parte della società non più residente*”²⁰¹. Al quesito si è dovuto necessariamente dare risposta negativa²⁰² per due ragioni.

Primo perché manca all'interno dell'ordinamento nazionale una previsione *ad hoc* che si occupa non del livello societario, ossia degli effetti che l'operazione di trasferimento della residenza sociale determina sui singoli soci. In secondo luogo perché è stata riconosciuta la natura non dissolutoria del trasferimento della sede sociale, considerando la fattispecie come causa di recesso contenuta nella previsione dell'art. 2347 del cod. civ..

La previsione di irrilevanza muove anche dall'intreccio con l'introduzione dell'innovativa figura della Società europea e, nello specifico, dall'art. 10-quinques della Direttiva n. 2005/19/CE secondo il quale “*il trasferimento da uno Stato membro all'altro della sede*

1° gennaio 2004”. In pratica, anche i “*redditi compresi nelle somme attribuite o nel valore normale dei beni assegnati ai soci delle società indicate nell'articolo 5 nei casi di recesso, esclusione e riduzione del capitale o agli eredi in caso di morte del socio, e redditi imputati ai soci in dipendenza di liquidazione*” possono scontare la tassazione separata, qualora il periodo tra la costituzione della società e la liquidazione superi un arco temporale di cinque anni. Sul momento temporale a partire dal quale concorre il calcolo del quinquennio però esistono ancora dei dubbi. Non è chiaro se si debba fare riferimento alla data di adozione della delibera di trasferimento, al momento di effettivo trasferimento della sede o alla perdita di residenza effettiva. Secondo la dottrina si dovrebbe propendere al riconoscimento di un momento civilistico, così FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie*, Tomo III, Padova, 2010, pag. 815.

²⁰⁰ MONTUORI, N., PALMA, P., *Il trasferimento di residenza all'estero tra presunte restrizioni alla libertà di stabilimento ed effettive esigenze di chiusura del sistema*, in Fisco, n. 30, 2005, I, pag. 4700.

²⁰¹ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 524-525.

²⁰² Si veda VIAL, E., *Trasferimento all'estero della residenza di una società: conseguenze fiscali in capo ai soci*, in Azienda & Fisco, 2006, n. 18, pag. 56.

sociale di una SE o di una SCE non può dar luogo, di per sé stesso, ad alcuna imposizione sia a titolo di utili che a titolo di capital gain nei confronti dei soci della società trasferita”.

Anche con riferimento ai dividendi distribuiti vale la medesima soluzione sulla base di una lettura combinata degli articoli 165, secondo comma, e 23, primo comma, lett. b), che portano a considerare i redditi di capitale corrisposti da soggetti residenti o da stabili organizzazioni residenti nel territorio dello Stato appartenenti a soggetti non residenti come redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Infatti, se l'ente non residente perde ogni tipo di collegamento con il territorio e di conseguenza anche con la tassazione, i soci di quest'ultimo sono invece soggetti invece a tassazione in ragione della loro residenza fiscale o meno in Italia.

Qualora il socio percettore dei dividendi sia un soggetto residente in Italia, l'ammontare degli stessi sarà oggetto di tassazione in ragione della propria qualifica come soggetto Ires o Irpef. Si intende dire che gli utili percepiti nella qualità di soggetto non imprenditore o imprenditore o società di persone (S.n.c. e S.a.s.) saranno rispettivamente regolati dagli articoli 47 e 59 del t.u.i.r., mentre ai percipienti di utili nella qualità di società di capitali verrà applicato l'art. 89, secondo comma, del t.u.i.r..

Con riferimento ai soci non residenti, l'Amministrazione finanziaria non detiene alcun potere impositivo su di essi e, sulla base di ciò, i contribuenti potrebbero sfruttare la situazione per realizzare operazioni elusive. Si pensi ad una società caratterizzata da una compagine sociale formata da soli soggetti non residenti: il trasferimento della sede all'estero non solo rafforza la rottura del collegamento al piano inferiore, ma causa anche la rottura di quello superiore, che non legittimerà più la tassazione dei dividendi corrisposti.

Per concludere si evidenziano alcune problematiche che necessitano di precisazioni.

Dal dato letterale non viene fornita alcuna distinzione tra il socio residente e non residente, nonostante come visto in precedenza le implicazioni siano differenti.

Inoltre la norma, nel dichiarare l'irrilevanza dell'operazione di trasferimento all'estero nei confronti dei soci fa esplicito riferimento alle sole società di capitali, escludendo in tal modo le società di persone. Questo significa che i soci di queste ultime devono quindi considerarsi soggetti a tassazione in occasione del compimento dell'operazione di trasferimento della residenza fiscale? Dovrebbe essere data risposta negativa in quanto, si presuppone, che operi il medesimo argomento logico presentato, ossia la distinzione tra soggetto residente su cui l'Amministrazione finanziaria continuerà ad esercitare la propria potestà e soggetto non residente, per il quale si perderà ogni diritto a tassare i dividendi percepiti.

Infine, si evidenzia come le implicazioni sui soci non siano del tutto assenti, in particolare pensando al caso in cui sia necessario lo scioglimento dell'ente a causa della non concordanza delle normative ai sensi dell'art. 25 della L. n. 218/1995.

4.2 Il presupposto oggettivo e gli aspetti temporali dell'operazione: due questioni utili all'individuazione del momento impositivo

L'analisi condotta nel presente lavoro deve necessariamente guardare anche alla fattispecie impositiva, ossia al fatto al verificarsi del quale si produce un certo effetto giuridico, che a sua volta si esplica nel prelievo tributario.

La lettera della disposizione porta all'individuazione di due differenti presupposti impositivi: da un lato il trasferimento dei soggetti che esercitano imprese commerciali e dall'altro il trasferimento di una stabile organizzazione. Ma nota ancora più importante è l'individuazione del momento al verificarsi del quale trova applicazione la disciplina contenuta nell'art. 166 del t.u.i.r., che viene rilevato in occasione del “*trasferimento all'estero della residenza [...] che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi*”. I due riferimenti si riflettono in due momenti temporali distinti: quello in cui avviene il trasferimento della sede all'estero e quello in cui avviene la perdita della residenza a seguito dello spostamento dei criteri di collegamento individuati dall'art. 73, terzo comma, del t.u.i.r..

Un tale combinazione comporta una dissociazione tra la rilevazione di un evento puntuale, rispetto ad uno che richiama una posizione soggettiva, basata sulla valutazione di un arco temporale che si sostanzia nella maggior parte del periodo d'imposta²⁰³. Difatti, da un lato si presenta la normativa internazional-privatistica che assegna rilevanza alla cancellazione

²⁰³ In tal senso DE SANTIS, D., *Op. cit.*, pag. 1390. Si consideri anche che il problema non si limita al solo piano di analisi interna, bensì si estende all'ambito internazionale. In quest'ultimo contesto si osserva che molti ordinamenti appartenenti ad altri Stati membri adottano il cosiddetto *split year*, sulla base del quale la residenza viene acquisita o persa con il solo trasferimento all'interno o all'esterno del territorio, senza valutazioni circa la sussistenza di profili temporali. In tal senso, pensando alla combinata operatività tra il nostro sistema e quello di altri Paesi non si verificheranno situazioni di doppia residenza o non residenza in alcuno dei due Stati. Rispettivamente si fa riferimento al caso in cui il trasferimento verso l'estero avvenga nella seconda metà del periodo d'imposta, determinando un'estensione degli effetti della residenza fino al termine del periodo d'imposta in corso, in concomitanza con l'entrata - e quindi l'acquisizione della residenza - nel Paese estero. In senso contrario, nel caso in cui il trasferimento avvenga nella prima parte del periodo d'imposta, che determinerà una retroazione della perdita della residenza dall'inizio del periodo d'imposta con l'acquisto della stessa nel Paese estero nel solo momento dell'effettivo trasferimento. Lo stesso meccanismo si ritrova poi anche nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, che acquisiscono il medesimo criterio di frazionamento del periodo d'imposta. Della stessa opinione Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 43.

dell'ente dal registro delle imprese²⁰⁴ e dall'altro vi è la maturazione di tutti gli elementi che vengono richiesti da un punto di vista fiscale.

La criticità relativa al *timing* con cui avviene l'operazione di trasferimento della residenza è fondamentale al fine di identificare il momento in cui gli elementi patrimoniali si considerano realizzati, valorizzandone la consistenza ai fini della determinazione della plusvalenza, così come dell'imposta²⁰⁵.

Secondo una parte della dottrina il presupposto impositivo si configura alla data del trasferimento della sede sociale. Questo sta a significare che la perdita della residenza da un punto di vista fiscale costituirebbe un elemento esterno al presupposto impositivo e non rappresenterebbe il riferimento temporale alla data del quale valorizzare il complesso aziendale. Inoltre, ad una prima lettura, l'articolo lascia intendere che l'imponibilità sia condizionata al contemporaneo accadimento del trasferimento di residenza e della perdita della stessa da un punto di vista fiscale all'interno del medesimo periodo d'imposta. Una tale previsione stona però con la finalità della norma, così come con la costruzione dell'attuale art. 73 del t.u.i.r.. Difatti secondo il terzo comma dell'articolo appena richiamato *“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”*. Procedendo in tal senso, la realizzazione del trasferimento nella seconda parte del periodo d'imposta assicurerebbe al contribuente la neutralità fiscale qualora lo stesso decidesse di ritrasferirsi entro i termini che determinano la perdita della residenza fiscale. Per evitare arbitraggi è corretto interpretare la norma nel senso che *“il conseguente mutamento di residenza fiscale possa avvenire anche in un periodo d'imposta successivo”*²⁰⁶. La data rilevante perciò sarà quella coincidente con il momento in cui la sede viene trasferita

²⁰⁴ Appare necessario riportare alcune precisazioni. Il trasferimento della sede sociale all'estero, come ormai affermato dalla dottrina e come acquisito dallo stesso legislatore civilistico, determina un mera modifica dell'atto costitutivo. In particolare, come affermato nel Provvedimento del Giudice del registro delle imprese presso il Tribunale di Milano in data 7 gennaio 2013, *“la deliberazione di trasferimento della sede all'estero non comporta di per sé alcuno scioglimento dell'ente per l'ordinamento italiano, ma la sola modificazione dell'atto costitutivo cui può seguire [...] la cancellazione della società dal Registro [...] in dipendenza del mutamento di statuto personale deliberato e divenuto efficace in quanto eseguito in conformità all'ordinamento dell'altro Paese interessato”*. La cancellazione dal registro delle imprese del Paese di origine deve essere seguita dall'iscrizione della società nel registro del Paese di destinazione, pena l'inefficacia della cancellazione stessa. In tal senso MUCCIARELLI, *Op. cit.*, pag. 172.

²⁰⁵ Si ricorda che la perdita o l'acquisto della residenza fiscale nazionale avviene nel momento in cui vengono soddisfatti due requisiti: quelli di ordine “spaziale”, da intendersi come il luogo di insediamento della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'attività e di ordine “temporale”, riferendosi al mantenimento dei precedenti per un arco temporale definito dalla legge. Da un punto di vista tecnico l'operazione appare complessa in quanto viene richiesto al contribuente di valutare per quanta parte del periodo d'imposta sussistano le condizioni necessarie alla realizzazione della fattispecie.

²⁰⁶ CAPOLUPO, *Il trasferimento di sede all'estero*, in Fisco, 1995, n. 23, pag. 5710.

all'estero. La perdita di residenza dovrà essere vista solo come una “*mera condizione esterna al fatto imponibile*”²⁰⁷. La valorizzazione dei beni appartenenti al complesso aziendale dovrebbe avvenire, di conseguenza, nel momento in cui si perfeziona il presupposto rappresentato dal fatto trasferimento di sede all'estero, anche se condizionato al solo dato letterale alla perdita di residenza fiscale²⁰⁸. L'assegnazione di rilevanza alla perdita della residenza fiscale non si adatterebbe con il dato letterale dato che lo stesso pone rilevanza alla causa che determina la perdita della residenza.

Dello stesso avviso però non è altra parte della dottrina che, invece, individua il momento di realizzazione del presupposto impositivo nel trasferimento di residenza che comporti anche la perdita della stessa ai fini fiscali, non considerando in maniera isolata la sola operazione di trasferimento della sede sociale. Il momento impositivo sorge pertanto con la perdita effettiva della residenza ai fini fiscali, ossia nel momento in cui l'estromissione dei beni dal circuito imprenditoriale, da un punto di vista territoriale, determina la cessazione della potestà impositiva. In tale contesto, fondamentale è il ruolo assunto dal requisito temporale contenuto nell'art. 73 del t.u.i.r., il quale fa sì che la perdita di residenza fiscale non sia una situazione istantanea, determinando l'emersione di scenari nei quali il trasferimento provoca la perdita della residenza nello stesso periodo d'imposta e altri nei quali, al contrario, gli effetti si esplicano nel periodo successivo²⁰⁹. In altre parole, il presupposto impositivo deve ritenersi a formazione progressiva, ossia dipende dal verificarsi sia del trasferimento della sede e sia della perdita della residenza fiscale. Solamente una volta concretizzatisi entrambi gli eventi sarà possibile determinare la plusvalenza guardando ai beni che formano parte del complesso patrimoniale alla data del primo giorno del periodo d'imposta a partire dal quale il soggetto non viene più considerato come residente²¹⁰. “*Poiché la plusvalenza da perdita della residenza ha funzione di chiusura del regime dei beni d'impresa territorialmente rilevante, essa concorre alla formazione del reddito dell'ultimo periodo d'imposta di residenza del*

²⁰⁷ “*Il fatto trasferimento di sede all'estero, configurerebbe un presupposto già perfezionato, anche se condizionato alla perdita di residenza fiscale, la quale opererebbe con effetti ex tunc*”, così NUSSI, M., *Op. cit.*, pag. 1345.

²⁰⁸ *Idem, Ivi*, pag. 1346.

²⁰⁹ *Idem, Ivi*, pag. 1343.

²¹⁰ L'imponibilità nell'ultimo periodo di residenza della società trasferita, a prescindere dal fatto che l'operazione avvenga nella prima o nella seconda parte del periodo d'imposta, risponde all'esigenza dell'Amministrazione di poter esercitare il proprio potere impositivo. Difatti, se si seguisse l'indicazione del D.M. del 2 agosto 2013, che considera realizzata la plusvalenza nel periodo in cui avviene il trasferimento, si incorrerebbe nel rischio di mescolare situazioni differenti. Con il termine “trasferimento” il Decreto indica anche la successiva operazione di movimentazione della stabile organizzazione, che presenta un momento impositivo differente rispetto al trasferimento di residenza di società nazionale. Questo causerebbe allora l'impossibilità di tassare in un momento successivo per carenza del presupposto territoriale redditi che si sono prodotti su territorio nazionale. Il criterio assicura la salvaguardia della potestà impositiva nazionale.

*soggetto trasferito, che coincide con il periodo in cui avviene il trasferimento sul piano civilistico solo se il trasferimento di sede si perfeziona nella seconda parte del periodo d'imposta, altrimenti coincide con il periodo d'imposta precedente*²¹¹.

Come anticipato, procedendo in questo modo però si creano degli sfasamenti temporali tra il periodo in cui avviene la perdita della residenza e quello in cui la plusvalenza concorrerà a formare il reddito d'impresa. Ci si spiega meglio.

Qualora l'ente giuridico perda l'ultimo dei criteri di collegamento con il territorio dello Stato prima che siano trascorsi 183 giorni dall'inizio del periodo d'imposta, egli sarà considerato fiscalmente non residente a decorrere dal periodo d'imposta in cui non sono stati soddisfatti i criteri di collegamento previsti dalla definizione di residenza fiscale. Un tale trasferimento, in ragione della dissociazione esistente tra il piano civilistico e fiscale, porta con sé un'importante conseguenza. L'ente giuridico, nell'anno in cui perde la residenza *ab originem*, mantiene una certa continuità soggettiva in quanto, civilisticamente l'impresa continua ad esistere non essendosi ancora perfezionato il presupposto che determina l'uscita – da intendersi quale procedimento di iscrizione di società soggetta al diritto dello Stato di destinazione –, mentre fiscalmente si determina la nascita di una stabile organizzazione nazionale. In questo senso, si rende necessaria una scissione tra la plusvalenza che riguarda i beni estranei rispetto alla stabile organizzazione e quella che invece attiene ai beni che, dopo essere confluiti nella stabile, vengono distolti dalla stessa al momento del materiale trasferimento. La prima dovrebbe trovare determinazione guardando ai valori che assumono i beni da cui essa scaturisce così come rilevati all'inizio del periodo d'imposta a partire dal quale il soggetto non risulta più residente e la stessa dovrebbe concorrere alla determinazione del reddito dell'ultimo periodo d'imposta di residenza del soggetto. La seconda, invece, si deve considerare realizzata a seguito del trasferimento che avviene nella prima parte del periodo d'imposta, per la complessità dei beni in possesso nell'ipotesi in cui venga trasferita l'intera struttura, o per la sola parte di beni trasferiti all'estero nel caso in cui permanga in territorio nazionale una stabile organizzazione.

Al contrario, qualora l'ente giuridico venga considerato soggetto fiscalmente residente per l'intero periodo d'imposta, avendo proceduto con lo spostamento dell'ultimo criterio di collegamento nella seconda metà dello stesso, gli effetti che ne derivano sono inversi. In

²¹¹ Così MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 3562. Nessuna chiara indicazione era rinvenibile dal D.M. 2 agosto 2013 che indicava il solo momento di realizzo della plusvalenza, anche se in maniera generica, senza prestare attenzione al momento della determinazione della stessa (al contrario di quanto suggerito nella bozza di decreto, secondo cui la plusvalenza avrebbe dovuto essere determinata alla data di efficacia del trasferimento della sede).

questo caso, l'ente giuridico sarà dotato di una stabile organizzazione solamente ai fini civilistici, non possedendo più alcun collegamento con l'ordinamento nazionale dal momento in cui trasferisce la sede. La rilevazione della dotazione patrimoniale, così come il calcolo della plusvalenza, dovrebbero avvenire il primo giorno dell'anno a partire dal quale il soggetto non viene più considerato come residente e il concorso della stessa farà riferimento al reddito dell'ultimo periodo di residenza, in conformità con le indicazioni contenute nel D.M. 2 agosto 2013²¹². Potrebbero sorgere però alcuni problemi applicativi.

Qualora il perfezionamento del presupposto avvenga nella seconda metà del periodo d'imposta, la plusvalenza concorrerà alla formazione del reddito nel periodo in cui è avvenuto sia il trasferimento che la perdita della residenza. Al contrario, il componente di reddito positivo concorrerà alla formazione del reddito in un periodo antecedente rispetto al trasferimento. Nell'ultima ipotesi, per ogni atto dispositivo intercorrente tra il primo giorno del periodo d'imposta di non residenza e la data del trasferimento, che comporti un distoglimento di beni dal complesso aziendale, si parlerà di «trasferimento della stabile organizzazione» o «distoglimento di beni dalla stabile organizzazione» a seconda che si verifichi, rispettivamente, uno spostamento del complesso aziendale al di fuori dei confini nazionali o la fuoriuscita di singoli elementi patrimoniali dalla stabile organizzazione. Non si potrà più fare riferimento ad un'operazione di trasferimento di residenza, in quanto non esiste più alcun ente giuridico nazionale²¹³. In tal caso, la data che verrà presa come riferimento per

²¹² Per alcuni esempi pratici si rimanda a CEPPELLI LUGANO, *Nuova disciplina fiscale del reddito delle persone fisiche e delle società*, Milano, 2015, pag. 1511.

²¹³ Nell'articolo citato alla nota precedente viene presentata una chiara panoramica degli scenari che possono configurarsi a seconda che al trasferimento di residenza si accompagni o meno la costituzione di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, in considerazione anche dell'elemento temporale della "maggior parte del periodo d'imposta".

Il primo scenario è quello che si prospetta in assenza della costituzione di una stabile organizzazione. In questo caso, il trasferimento nella prima metà del periodo d'imposta (anno X) porterà a considerare la società come soggetto non residente per l'intero esercizio e la determinazione della plusvalenza, ed in conseguenza dell'imposta, prenderà come riferimento il momento della perdita della residenza fiscale, ossia il primo giorno del periodo d'imposta nel corso del quale è avvenuto il trasferimento. Tale valore concorrerà però alla formazione del reddito della società trasferita nell'ultimo periodo d'imposta di residenza in Italia, così come previsto dal decreto, ossia in quello precedente rispetto al trasferimento (anno X-1). Se quest'ultimo, al contrario, dovesse avvenire durante la seconda parte del periodo d'imposta, la residenza fiscale si prolungherebbe per l'intero periodo. La plusvalenza che deriva dalla perdita della residenza dovrà essere calcolata sulla base del complesso patrimoniale esistente il primo giorno del periodo d'imposta successivo (anno X+1), con il concorso della plusvalenza sempre nel corso dell'ultimo periodo d'imposta di residenza dell'ente giuridico (anno X).

Il secondo scenario vede invece il mantenimento di una stabile organizzazione in cui vengono fatti confluire i componenti aziendali della ex società residente. In linea generale, non si verificherà alcuna realizzazione delle plusvalenze latenti, e di conseguenza non avrà luogo alcun calcolo delle stesse o della relativa imposta dal momento che emerge la deroga legale prevista al primo comma dell'art. 166 del t.u.i.r.. Solamente nel caso in cui, al momento della perdita di residenza, vi siano alcuni beni che non confluiscono nella stabile o, in un tempo successivo, si verifichi l'operazione di trasferimento della stabile organizzazione, si dovrà procedere alla determinazione della plusvalenza.

la valorizzazione dei beni e della plusvalenza coinciderà con il momento in cui avviene il trasferimento della stabile organizzazione o l'uscita dei beni dal circuito imprenditoriale²¹⁴.

A fornire un quadro di maggiore certezza in materia di trasferimenti di residenza *cross-border* che avvengono in corso d'anno è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la propria circolare del 17 gennaio 2006, n. 9/E²¹⁵, con la quale è stata fatta chiarezza sulla data di efficacia dell'operazione. L'Amministrazione propone un'analisi che scinde il caso in cui venga mantenuta la continuità giuridica dell'ente rispetto a quello in cui si rende necessaria un'interruzione, che si sostanzia nello scioglimento e nella successiva ricostituzione *ex novo*, del periodo d'imposta.

Il primo caso si verifica qualora anche nello Stato contraente l'operazione di trasferimento venga riconosciuta e ritenuta ammissibile. Si ricorda infatti che nel nostro ordinamento, all'art. 25 della L. n. 218/1995, così come viene ammesso il trasferimento della sede sociale in altro Stato, allo stesso modo, in via indiretta, il legislatore ha voluto riconoscere la possibilità per le società estere di spostare la propria sede all'interno dei confini. Il tutto sottoposto ad un regime di continuità giuridica alla condizione per cui entrambi i Paesi ne prevedano l'ammissibilità. In tal caso, si dovrà necessariamente prestare attenzione all'arco temporale in cui avviene il trasferimento, ossia se esso si perfeziona nella prima o nella seconda metà del

Nell'ultimo caso, la plusvalenza relativa all'emigrazione della stabile organizzazione concorre alla formazione del reddito del periodo in cui avviene il trasferimento della stessa, senza l'operatività di alcuna retroattività. La rilevanza della plusvalenza, così come dei redditi che si sono prodotti nel periodo intercorrente, avranno rilevanza ai sensi dell'art. 23, primo comma, lett. e).

Vi è poi un secondo livello di analisi che dev'essere studiato, e che riguarda il successivo trasferimento della stabile organizzazione o l'uscita di singoli componenti dalla stessa in un tempo successivo. In questo contesto, si renderà necessario procedere con una distinzione tra "stabile organizzazione iniziale" e "stabile organizzazione finale". Si vede di seguito un esempio chiarificatore. Si pensi al trasferimento di una società che lascia nel territorio una stabile organizzazione nella quale fa confluire la totalità dei beni appartenenti al complesso aziendale. Tale configurazione caratterizzerà la stabile organizzazione iniziale che corrisponderà a quella finale qualora, ad una certa data del periodo d'imposta successivo, si proceda con il totale trasferimento della stabile organizzazione. Ma se così non fosse, ossia se a tale data si procedesse con un'operazione che determina la fuoriuscita di soli alcuni beni, si configurerà una stabile organizzazione finale, la quale residuerà al termine del periodo d'imposta. Anche in questo caso, non derivando la plusvalenza dalla perdita della residenza, la stessa non sarà determinata alla data del primo giorno del periodo d'imposta di non residenza, bensì sarà attribuita al periodo temporale che intercorre tra la costituzione della stabile organizzazione e la fuoriuscita di quest'ultima.

²¹⁴ L'eventuale plusvalenza che verrebbe a determinarsi dovrebbe concorrere alla formazione del reddito nel periodo in cui avviene il trasferimento, ai sensi dell'art. 1, terzo comma, del D.M. 2 agosto 2013 che parifica le due operazioni sotto tutti i profili sostanziali. Il reddito, rilevanti ai sensi del già richiamato art. 23, primo comma, lett. e) accoglierà sia l'ammontare della plusvalenza e sia i componenti positivi e negativi che sono maturati nel periodo di esistenza della stabile organizzazione. In tal senso MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 3562.

²¹⁵ Il caso riguardava un trasferimento di società estera in territorio italiano che chiedeva di conoscere il momento a partire dal quale l'ente giuridico avesse dovuto considerarsi residente, sia ai fini delle imposte sul reddito, che in funzione degli obblighi applicabili ai sostituiti d'imposta contenuti nel D.P.R. n. 600/1973. In maniera più precisa l'interpello chiedeva di conoscere se la società dovesse essere assoggettata ai redditi ovunque prodotti o limitatamente a quelli prodotti nel territorio italiano.

periodo d'imposta, determinando rispettivamente la residenza per l'intero periodo o solamente a partire da quello successivo. Il coinvolgimento di due Paesi richiede necessariamente una corrispondenza tra la data di entrata e di uscita, a partire dalla quale promanano gli effetti fiscali dei rispettivi ordinamenti nazionali e l'Amministrazione identifica tale data in quella assunta dall'ordinamento tributario di partenza, ossia dal giorno in cui si verifica la cancellazione dal registro delle imprese nello Stato di partenza. In questo modo si riesce ad evitare che si verifichino situazioni nelle quali, a causa dello sfasamento tra iscrizione nel nuovo registro delle imprese e cancellazione dal vecchio – che attende e si condiziona all'avvenuta iscrizione in quello del Paese di destinazione –, per un certo lasso temporale la società non risulta residente in alcun Paese²¹⁶. Di conseguenza, l'efficacia del trasferimento retroagirà alla data iniziale del periodo d'imposta se il trasferimento si verifica nella prima metà dello stesso – con il riconoscimento di un credito d'imposta ai sensi dell'art. 165 del t.u.i.r. visto che anche il reddito prodotto nel Paese di origine finirà per rientrare nel computo del reddito complessivo ai fini del *world wide principle* –, altrimenti verrà spostata al primo giorno del periodo d'imposta immediatamente successivo.

Il trasferimento in regime di non continuità giuridica (detto anche trasferimento inefficace), al contrario, farà sì che ai fini dell'individuazione del momento di entrata e di uscita delle

²¹⁶ In dottrina sono state presentate delle critiche al riguardo. La conclusione dell'Agenzia delle Entrate non potrebbe essere presa come regola generale, perché se anche permette di contrastare situazioni in cui un soggetto finisce per non essere considerato residenti in alcuno Stato, l'applicazione della stessa deve considerarsi limitata al solo caso specifico che vedeva la presenza di norme spagnole che subordinavano la definitiva chiusura del procedimento all'iscrizione della società nel registro delle imprese del Paese di destinazione. In generale si dovrebbe propendere ad assegnare rilevanza al giorno in cui avviene l'iscrizione dell'ente nel registro delle imprese del Paese di arrivo, trattandosi di un evento facilmente monitorabile e considerando anche che alcuni soggetti non sono tenuti a nessuna forma di iscrizione nei registri. A sostegno di quanto detto andrebbe ripreso quell'inciso contenuto nell'art. 25, terzo comma, della L. n. 218/1995 che richiede che i trasferimenti siano subordinati al rispetto delle discipline contenute in entrambi gli ordinamenti: in tal senso si deve attendere il deposito presso il Registro delle imprese "nazionale". Si evidenzia come nella risoluzione in oggetto l'Agenzia delle Entrate abbia assegnato rilevanza ad un atto estero, il quale dovrebbe considerarsi irrilevante nei confronti di altri ordinamenti giuridici, a meno che non siano rispettate le indicazioni nazionali che consentono il riconoscimento dello stesso. Difatti, come avviene poi nel caso di specie, l'efficacia di atti formati in accordo con previsioni normative di altri Stati, diventano efficaci solamente in un momento successivo al deposito degli stessi presso un notaio, passaggio che ha sia finalità conservative dei documenti e sia di controllo sulla legalità degli atti. Inoltre, la cancellazione dal registro delle imprese estero diventa definitiva solamente con l'iscrizione dell'ente nel registro delle imprese italiano, ossia nel momento in cui avviene l'acquisto della personalità giuridica, pena il non perfezionamento del procedimento. Lo stesso dicasi per l'operazione inversa, ossia per la cancellazione dal registro delle imprese che segue all'operazione di trasferimento della residenza fiscale all'estero. Sarebbe quindi necessaria un'analisi delle normative interne dei Paesi interessati all'operazione in un'ottica case-by-case. Importante di nota è l'opportunità che ha la società di deliberare in concomitanza con il trasferimento la chiusura anticipata dell'esercizio sociale, rompendo l'esercizio sociale tra momento ante trasferimento e post trasferimento. In tal senso RIGHINI, A., *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale in corso d'anno. L'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate. La risoluzione n. 9/E del 17 gennaio 2006*, in Fisco, 2006, II, pag. 1955; FURIAN, S., *Il trasferimento della sede (e della residenza fiscale) in Italia di società di diritto comunitario. Profili civilistici, contabili e fiscali*, in Fisco, 2006, n. 21, pag. 8001; FRANCO, A., *Profili tributari del trasferimento della residenza fiscale dall'estero verso l'Italia*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2006, pag. 372; LOLLIO, C., Op. cit., pag. 121 e ss.; GALLIO, F., *L'acquisizione della residenza fiscale italiana a seguito del trasferimento della sede*, in Corr. Trib., 2016, n. 34, pag. 2621.

società si presti attenzione al giorno preciso in cui avviene l'operazione. Non si guarda cioè al requisito della maggior parte del periodo d'imposta in relazione al fatto che nel momento in cui si oltrepassano i confini territoriali inizia, o termina, un nuovo periodo d'imposta²¹⁷. Da quel momento sino al termine del periodo d'imposta, inteso come anno solare o come individuato all'interno dell'atto sociale, si aprirà un nuovo periodo d'imposta.

Le formulazioni che sono state fino a qui presentate, portavano la dottrina a chiedersi se la disciplina fiscale dovesse ritenersi applicabile ai soli casi di perdita della residenza dettati dall'operazione di trasferimento, ossia nei termini sopra descritti. Risultava dubbio il ricorso alla medesima disciplina nel caso in cui la perdita della residenza fiscale derivasse dall'applicazione di norme pattizie contenute, a titolo d'esempio, all'interno delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni²¹⁸. Più in generale si tratta del problema delle società che presentano uno *status* di *dual resident* in ragione dell'ampia definizione di residenza fiscale del sistema italiano che accorda una certa elasticità. In tal caso, si ricorre alla previsione contenuta nell'art. 4, paragrafo 3, del Modello di Convenzione OCSE, secondo il quale “*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated*”. L'utilizzo della *tie breaker rule*, che indica il luogo in cui si trova la sede della direzione effettiva come criterio discriminante e decisivo, determina i medesimi effetti di un trasferimento di residenza in senso proprio, anche se le due fattispecie rimangono distinte sul piano sistematico. Nella pratica, ai fini interni così come rispetto ai Paesi terzi, il contribuente continua ad essere considerato come un soggetto che non ha perduto la qualifica di residente, rimanendo intatti i criteri di collegamento che si trovano localizzati all'interno dei confini nazionali. Per tale ragione, alle predette società non dovrebbe essere applicata l'*exit tax* qualora, in ragione dell'applicazione della convenzione, il soggetto si intenda residente all'estero con conseguente modifica del regime di tassazione. A supporto di quanto affermato vi è lo stesso dato letterale dell'art. 166 del t.u.i.r. che richiede

²¹⁷ In tal senso anche RIGHINI, A., *Op. cit.*, pag. 1952. Si evidenzia che la dottrina sostiene l'applicazione dell'art. 166 del t.u.i.r. ai soli casi di trasferimento che avvengono in continuità giuridica, ossia qualora alla perdita di residenza consegua la continuazione dell'attività in altro luogo. In caso contrario, dovrebbe piuttosto trovare applicazione l'art. 182 del t.u.i.r. che tratta la liquidazione degli enti giuridici. Secondo l'opinione della dottrina “*il trasferimento della residenza fiscale modifica il sistema di tassazione della società “emigrata” (che passa da quello mondiale a quello territoriale), la quale però conserva la soggettività tributaria ai fini del Tuir*”, così SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 363.

²¹⁸ MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 2708. Ai soli fini esplicativi si pensi al caso di una società residente sia in Italia che in un Paese estero, firmatario di una convenzione contro la doppia imposizione con il nostro Stato, tale per cui, in base ad una espressa previsione in essa contenuta, la residenza sia da attribuire all'altro Stato. A questo punto, non potendo più l'Italia procedere con la tassazione dei redditi esteri, si vengono a determinare gli stessi effetti fiscali che si avrebbero con la perdita di residenza fiscale.

non solo il trasferimento della residenza, bensì anche la perdita della stessa ai fini delle imposte sui redditi²¹⁹.

4.3 Gli interrogativi concernenti gli elementi che concorrono alla determinazione della plusvalenza unitaria oggetto di exit tax: l'avviamento, i beni isolati d'impresa, le minusvalenze, i beni merce, i fondi in sospensione d'imposta e la stabile organizzazione estera

Nonostante il primo intervento del legislatore avesse portato ad una chiara individuazione delle linee guida, la disposizione presentava alcune problematiche, in particolare con riferimento alle diverse tipologie di beni facenti parte dell'impresa che dovevano essere soggetti a valorizzazione nel caso in cui, all'interno dei confini territoriali, non permanesse una stabile organizzazione. In primo luogo perché ci si trovava di fronte ad un trasferimento fisico di beni in assenza del riconoscimento di un corrispettivo e di una modifica soggettiva²²⁰ e, in secondo luogo, perché i componenti aziendali nel testo normativo venivano richiamati in maniera generica e non idonea, vista l'eterogeneità degli *assets* patrimoniali. Solo per il tramite delle ricostruzioni dottrinali e del D.M. del 2013 è stato possibile delineare l'attuale quadro giuridico ai fini della corretta determinazione della base imponibile.

In prima battuta ci si riferisce agli *intangibles*, ovvero ai beni immateriali che, non di rado, non risultano contabilmente iscritti nel complesso aziendale in ragione del fatto che il loro valore scaturisce nel solo momento in cui avviene una transazione commerciale, ossia nel momento in cui un soggetto terzo riconosce un *quid pluris* rispetto al valore contabile di cui è dotata l'azienda per la presenza di uno o più elementi idonei ad incrementare il valore economico e di mercato della stessa. Tali valori sono difficilmente individuabili poiché traggono origine da una valutazione soggettiva da parte dell'acquirente. Il problema principale riguarda il fatto che all'interno di questa macro categoria si includono *assets* dotati delle caratteristiche di identificabilità e separabilità, così come *assets* privi di tali requisiti.

Per i primi se ne deve ammettere la rilevanza fiscale, in particolar modo per il potenziale elusivo che da essi promana: essi potrebbero essere trasferiti al Paese estero in esenzione

²¹⁹ MONTUORI, N., PALMA, P., *Op. cit.*, pag. 4701; SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 360. Alcune osservazioni nascono anche alla luce del rapporto esistente tra ordinamento interno e norme convenzionali. Esiste un principio di non aggravamento secondo il quale la localizzazione convenzionale non può determinare un aggravio nei confronti del contribuente mediante la creazione di un nuovo presupposto d'imposta qualora lo stesso non venga già previsto dalla normativa interna.

²²⁰ Il trasferimento della sede all'estero non rappresenta l'unica tipologia di operazione caratterizzata dalla mancanza della controprestazione nella forma di corrispettivo e unicità soggettiva. Nonostante l'ambiguità, la considerazione della stessa quale operazione realizzativa a tutti gli effetti appare necessaria per il soddisfacimento di una logica interna della struttura impositiva.

d'imposta con successiva vendita a cui viene applicata un'agevolazione fiscale. Per gli ultimi, invece, non è possibile pensare ad una loro cessione isolata e per tale ragione quando la norma afferma che *“il trasferimento della residenza [...] costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale, salvo che non siano confluiti in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato”*, appare necessario verificare che in tale stabile organizzazione situata in Italia confluiscano tutte le attività aziendali funzionalmente collegate per la produzione del reddito. In altre parole, *“pur permanendo nello Stato una stabile organizzazione inerente tutte le attività patrimoniali, iscritte agli originari valori patrimoniali, potrebbe essere spostata all'estero parte della capacità reddituale cui è patrimonialmente riconducibile il concetto di avviamento, vale a dire parte del valore latente della società che trasferisce la sua sede all'estero”*²²¹. Ecco allora che il dubbio di fondo verte sulla necessità di assegnare rilevanza ai soli valori patrimoniali contabilmente rilevati o, in aggiunta, anche alla capacità reddituale di un'impresa²²². Se possa cioè essere sufficiente rifarsi alla normativa civilistica o se, al contrario, si renda necessaria un'autonoma operazione di qualificazione dei beni. Si tratta di un concetto molto ampio, astratto e di difficile gestione in quanto non esistevano al tempo, e non esistono tuttora, norme che riescano a disciplinare ogni fattispecie esistente in un mercato in continua evoluzione.

In merito a ciò, nemmeno la Relazione governativa di accompagnamento all'introduzione dell'art. 20-bis ha fornito alcun chiarimento, essendosi occupata di spiegare la ragione per cui si è ritenuto necessario l'intervento da parte del legislatore – ossia evitare la perdita definitiva delle imposte sui plusvalori o sui potenziali maggiori ricavi che scaturiscono dalla differenza tra valore normale e costo fiscalmente riconosciuto – e il trattamento che dev'essere riservato ai componenti aziendali – ossia l'applicazione del medesimo trattamento che intercorre in occasione del realizzo dell'azienda. Le difficoltà interpretative derivano anche dalla mancata emanazione di quel decreto ministeriale di attuazione a cui la norma faceva rinvio – di cui per altro si è persa traccia con la prima formulazione dell'art. 166 del t.u.i.r. – e che avrebbe dovuto accogliere i modelli e gli allegati utili all'indicazione dei beni e degli elementi patrimoniali e reddituali in genere, sia della società trasferita che della stabile organizzazione.

²²¹ Così BERNONI, G., COLACICCO, M., *Op. cit.*, pag. 10068.

²²² Il dibattito in dottrina ha rivestito un ruolo fondamentale ai fini della corretta determinazione della base imponibile. Da un lato la “confluenza” veniva interpretata come mera aggregazione contabile, dall'altro si prestava attenzione al carattere produttivo e all'esistenza di un collegamento in termini di strumentalità. Per quanto la prima visione apparisse più semplice ai fini della gestione operativa dell'operazione, la seconda garantiva un maggior grado di effettività ed attendibilità.

Secondo alcuni²²³ il realizzo avrebbe dovuto riguardare solamente i beni che trovano iscrizione nella contabilità in considerazione del tenore letterale della norma, della presenza di un'operazione che non si considera preordinata al realizzo degli *intangibles* e per l'impossibilità di iscrivere tali valori nella situazione patrimoniale della stabile organizzazione, dovendo mantenere un regime di neutralità. Altri²²⁴, invece, ne sostenevano la tassabilità, con l'intenzione di equiparare l'operazione di trasferimento ad una vera e propria cessione, così come confermato dalla stessa relazione governativa che chiedeva l'applicazione del trattamento applicabile in sede di realizzo dell'azienda. La stessa formulazione dell'articolo, distinguendo tra componenti d'azienda e complesso aziendale indirizzava il contribuente verso la possibile esistenza di un *quid pluris* rispetto ai singoli componenti²²⁵. Infine, sposare la tassabilità di tali elementi significava rispettare la *ratio* della norma che intendeva colpire ogni forma di ricchezza che lasciava il territorio e che, in considerazione del luogo di sua formazione, avrebbe dovuto essere soggetta ad imposizione.

Nella prassi, l'avviamento rappresenta la casistica più diffusa, comune a molte realtà imprenditoriali. Si tratta di un componente per il quale più volte la giurisprudenza si è espressa affermandone la compartecipazione del suo valore alla capacità reddituale, essendo esso il risultato tangibile del collegamento funzionale dei beni e dei rapporti considerati nella loro complessità. Conclusione acquisita anche dal legislatore tributario che ha considerato l'avviamento come bene plusvalente ai sensi dell'art. 86, secondo comma, del t.u.i.r..

Una conferma verso tale orientamento è pervenuta anche con la risoluzione del 7 novembre 2004, n. 124/E, nella quale l'Agenzia delle Entrate ha affermato la rilevanza fiscale dei beni immateriali (individuati nel caso specifico nel know-how e nella lista clienti), così come l'esistenza di un legame di connessione tra di essi e il complesso aziendale.

²²³ MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 2708. A conferma di quanto detto si poteva pensare anche alla similitudine tra trasferimento della residenza e liquidazione, nonostante negli anni dottrina e normativa si siano espresse in maniera contraria, che portava a rilevare la completa perdita dell'avviamento. Si rileva che volendo seguire l'irrilevanza fiscale dei predetti componenti ci si potrebbe imbattere nella contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria che riprende a tassazione materia imponibile sulla base delle singole discipline previste per i componenti positivi di reddito. Per tale ragione, appare corretto considerare in via preventiva la rilevanza dei beni intangibili come costituenti la capacità reddituale dell'impresa. Ecco allora che per ogni bene, tangibile o intangibile, iscritto o non iscritto, ci si dovrebbe interrogare sulla possibilità che esso configuri o meno un componente patrimoniale in base alle regole di tassazione contenute nel t.u.i.r. e, in ragione di ciò, si dovrebbe procedere.

²²⁴ BERNONI, G., COLACICCO, M., *Op. cit.*, pag. 10068 ss.; RIGHINI, A., *Alcune problematiche fiscali del trasferimento della sede all'estero*, in Fisco, 2005, VIII, pag. 6735.

²²⁵ "Il fatto che l'art. 166 del T.u.i.r. non richiami esplicitamente l'avviamento, non può essere interpretato come una volontà del legislatore di escluderlo dalla tassazione. Anzi si deve ritenere che il riferimento utilizzato ai componenti dell'azienda, o del complesso aziendale, non rende necessario richiamare esplicitamente l'avviamento, poiché già intrinsecamente compreso nell'espressione" e ancora "se il trasferimento è esplicitamente considerato come un'ipotesi che origina realizzo, ciò comporterà sicuramente anche la tassazione dell'avviamento", così RIGHINI, A., *Op. cit.*, pag. 6735.

Solo il D.M. del 2 agosto 2013 ha posto fine ad ogni dubbio circa la rilevanza dei componenti immateriali che non trovano la propria iscrizione nella situazione patrimoniale della società trasferita quali beni plusvalenti, prevedendo espressamente che tra i componenti d'azienda, per i quali sia possibile optare per la sospensione della tassazione, “*si comprendono il valore dell'avviamento e quello delle funzioni e dei rischi propri dell'impresa, determinati sulla base dell'ammontare che imprese indipendenti avrebbero riconosciuto per il loro trasferimento*”. Appare necessario notare però che nella pratica la rilevazione del valore effettivo dell'azienda risulta di difficile determinazione in quanto, oltre a mancare il mutamento della titolarità giuridica seguito dalla caratteristica dell'onerosità, il legislatore non richiede la redazione di alcuna documentazione che agevoli e renda certo l'accertamento del valore normale.

Una seconda problematica molto discussa in dottrina investe i beni appartenenti all'impresa che non presentano alcun legame di funzionalità con il restante complesso aziendale, ossia quelli che vengono identificati come beni d'impresa isolati, ma che risultano riconducibili alla sfera giuridica del soggetto ex residente. Attenendosi alla sola interpretazione letterale della norma, che richiama i componenti dell'azienda o in alternativa il complesso aziendale, si dovrebbe propendere per l'applicazione della disciplina ai soli beni aziendali, ossia quelli “organizzati per l'esercizio dell'impresa”. In tal caso però verrebbe trascurata la finalità della norma: evitare la fuoriuscita di materia imponibile generatasi in un luogo e in un tempo in cui lo Stato conserva piena potestà impositiva.

In tale contesto ritroviamo sia le società che possiedono alcuni beni patrimoniali detenuti con finalità d'investimento, sia quelle che presentano un patrimonio costituito da soli beni tra loro non funzionalmente collegati.

Nel primo caso vale il principio di attrazione al reddito d'impresa della stabile organizzazione secondo il quale le attività rimangono legate alla struttura della stabile organizzazione costituita all'interno dei confini territoriali. In altre parole esse confluiscono nella situazione patrimoniale della stabile, facendo sì che “*redditi che non trovano la propria fonte effettiva nella stabile organizzazione le vengono comunque attribuiti ai sensi dell'articolo 151, comma 2 del t.u.i.r.*”²²⁶.

Per i singoli beni non appare possibile invece procedere con alcuna imposizione in ragione dell'art. 20-bis, ma si rileva comunque il rischio concreto che il Fisco assoggetti a tassazione ai sensi dell'art. 86, primo comma, lett. c), del t.u.i.r., ovvero per destinazione delle attività a finalità estranee dall'esercizio d'impresa, anche in virtù della *ratio* antielusiva della norma.

²²⁶ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 573.

A sostegno della tassazione dei beni d'impresa isolati anche alcuni autori²²⁷ secondo i quali il legislatore, nella formulazione dell'art. 20-bis, *“ha detto meno di quanto avrebbe voluto”* dato che ha dato rilevanza ai tipici casi di inclusione dei beni societari nel complesso aziendale, ma senza che questo risulti sufficiente a determinare l'esclusione da tassazione dei beni di cui all'art. 65 del t.u.i.r. che, in senso aziendalistico, non sono considerati facenti parte di un'azienda o di un complesso aziendale.

Ancora vi è la figura delle minusvalenze latenti. La norma nella propria formulazione non fa diretto riferimento a tale componente di reddito negativo, fornendo inizialmente una enunciazione generica e riportando al penultimo periodo del primo comma dell'art. 166 del t.u.i.r. il preciso richiamo delle sole plusvalenze relative alle stabili organizzazioni situate all'estero. Questa mancanza ha generato non pochi dubbi interpretativi, i quali non sono stati colmati attraverso le pronunce giurisprudenziali comunitarie, dal momento che le stesse si sono occupate di affermare l'irrilevanza delle sole minusvalenze che si generano successivamente all'operazione di trasferimento della residenza all'estero per lo Stato di provenienza. Per quelle che si sono generate sino al momento del compimento dell'operazione non veniva fatto alcun richiamo.

La precisazione è arrivata solo con la relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 199/2007 nel quale è stata asserita *“la rilevanza reddituale non solo delle plusvalenze, ma, evidentemente, anche delle eventuali minusvalenze realizzate che risulteranno, quindi, deducibili”*. Ad una tale conclusione si sarebbe comunque potuto pervenire pensando al fatto che il riferimento della realizzazione al valore normale non è diretto al concetto di plusvalenza, quanto piuttosto alla differenza fra il valore di realizzo e il costo fiscalmente riconosciuto del bene e che su quest'ultimo incidono le plusvalenze quanto le minusvalenze. Ecco allora che al termine plusvalenza dev'essere assegnata valenza di somma algebrica delle plusvalenze e delle minusvalenze afferenti i beni trasferiti, derivante dalla differenza fra il valore normale ed il costo non ammortizzato degli stessi.

La norma poi, attraverso il suo generico riferimento ai componenti dell'azienda o del complesso aziendale, assegna rilevanza anche ai beni generatori di ricavi. In occasione dell'operazione di trasferimento anche i beni merce vengono sottratti alla potestà impositiva nazionale, in quanto essi formano parte di quel complesso aziendale unitariamente

²²⁷ LIBURDI, D., *Exit tax: la denuncia dell'ADC di illegittimità della normativa italiana*, in Fisco, 2009, 2, II, pag. 2444; MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 3559. A sostegno della tesi si pensi anche alla genericità del termine “cespite” utilizzato nel comma 2-quater dell'art. 166 del t.u.i.r. inserito ad opera del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, il quale *“ben può includere anche elementi patrimoniale che non sono componenti dell'azienda”*.

considerato all'interno del quale configurano quali elementi di costo non solo quelli dotati di accezione patrimoniale, bensì anche economica. Come si avrà modo di vedere *infra*, la loro classificazione determinerà effetti differenti in merito all'inclusione degli stessi nel regime di *tax deferral*. Ai fini della presente analisi preme solo evidenziare che all'interno della base imponibile così come prevista dall'art. 166, vanno ricompresi anche tali elementi visto che, in caso di permanenza in Italia, concorrerebbero alla formazione del reddito d'esercizio a norma delle classiche regole fiscali.

I fondi in sospensione d'imposta sono poste ideali di patrimonio, ossia riserve che vengono accese nel patrimonio netto della società in forza di specifiche disposizioni tributarie, che permettono di rimandare il concorso al reddito d'impresa di alcuni elementi²²⁸. Anch'essi costituiscono incrementi di ricchezza latente sottratti però al processo impositivo fino alla loro distribuzione o al verificarsi dei presupposti previsti per legge che determinano.

Prima dell'introduzione dell'art. 20-bis la dottrina si divideva in merito alla loro tassabilità al momento dello spostamento territoriale, in ragione del fatto che le stesse trovassero esposizione nei bilanci della società estera sulla base delle disposizioni della legge fiscale italiana. Con l'introduzione di specifica regolamentazione però, i *“fondi in sospensione d'imposta, inclusi quelli tassabili in caso di distribuzione, iscritti nell'ultimo bilancio prima del trasferimento della residenza, sono assoggettati a tassazione nella misura in cui non siano stati ricostituiti nel patrimonio contabile della predetta stabile organizzazione”*. In quest'ultimo caso, essi verranno sottoposti a tassazione in caso di distribuzione o negli altri casi previsti dalle varie leggi che li regolano. In accordo con la generale eccezione all'applicazione dell'art. 166 del t.u.i.r., viene anche prevista la sospensione della relativa tassazione, attraverso la loro ricostituzione nella situazione patrimoniale della stabile organizzazione, dovendosi intendere per ricostituzione il soddisfacimento di una destinazione meramente contabile degli stessi, qualunque sia la destinazione che viene riservata ai beni ai quali essi si riferiscono.

²²⁸ In tal senso Agenzia delle Entrate, 4 dicembre 1995, n. 310/E, pag. 1, *“i fondi e le riserve in sospensione di imposta, quali poste ideali di patrimonio netto, sono quelli per i quali l'imposizione è stata rinviata al momento in cui ne avviene la distribuzione ovvero a quello in cui si verifica uno dei presupposti che determinano il venir meno del regime di sospensione”*; Agenzia delle Entrate, 13 maggio 2002, n. 40, pag. 36 *“i fondi e le riserve in sospensione d'imposta costituiscono fiscalmente poste di patrimonio netto, per le quali l'imposizione è stata rinviata al momento in cui avviene la distribuzione, ovvero a quello in cui si verifica uno dei presupposti - normativamente previsti - che determinano il venir meno del regime di sospensione”*; Agenzia delle Entrate, 15 luglio 2005, n. 33, pag. 4, *“le riserve e i fondi in sospensione d'imposta, quali poste ideali del patrimonio netto, sono costituiti in occasione di particolari situazioni, in genere previste da norme speciali, che ne rinviando l'imposizione ad un momento successivo, generalmente coincidente con la distribuzione di detti fondi e riserve o con il verificarsi di uno dei presupposti che comportano il venir meno del regime di sospensione”*.

In ultima analisi l'attenzione dev'essere posta anche sui beni appartenenti alla società che trasferisce la propria residenza, ma che si trovano già collocati in Stati esteri. Sempre con l'intenzione di enfatizzare la ragione insita nell'imminente perdita della piena ed esclusiva potestà impositiva, il legislatore ha infatti previsto la tassazione delle plusvalenze relative alle stabili organizzazioni che la società trasferita aveva all'estero. Per queste ultime, l'ipotesi della immediata tassazione viene prevista, come emerge dal dato letterale della norma, "*in ogni caso*" e rappresenta il logico seguito del fatto che viene definitivamente meno il regime di tassazione su base mondiale. Dopo il trasferimento, lo Stato italiano non avrebbe più la possibilità di esercitare il proprio diritto a tassare redditi esteri prodotti all'estero in conseguenza alla perdita del requisito della residenza fiscale nazionale²²⁹. In tal caso è la norma stessa a non permettere la via d'uscita che si configura nell'incorporazione dei componenti della stabile organizzazione estera all'interno di quella mantenuta in Italia, assicurando la non operatività dell'effetto sospensivo della tassazione.

Anche in questo caso, si rinviene una somiglianza con quanto disposto dal decreto di attuazione della Direttiva Fusioni, se non fosse per il mancato riconoscimento, nella disciplina del trasferimento, di un credito d'imposta fittizio qualora vi sia una stabile organizzazione situata in altro Paese dell'Unione, così come previsto dall'art. 2, il quale, trattando di conferimenti d'azienda transnazionali, consente "*la deduzione [...] dell'ammontare della imposta che lo Stato dove è situata la stabile organizzazione avrebbe effettivamente prelevato*". L'assenza della deduzione di un ammontare pari all'imposta sulle plusvalenze prelevata dallo Stato di residenza della stabile organizzazione estera introduce un concreto rischio di doppia imposizione in quanto da un lato, vi è una tassazione per il presunto realizzo e, dall'altro, si verificherà una tassazione per effettivo realizzo dei cespiti. In dottrina sono state rinvenute due soluzioni alternative ad una tale problematica. Secondo l'opinione di Mayr²³⁰ sarebbe necessario che la tassazione dello Stato estero risulti simultanea rispetto alla tassazione imposta in Italia, in maniera tale che prima del trasferimento la società possa fruire dell'utilizzo di un credito per imposte pagate all'estero. Secondo Leo, Monacchi e Schiavo invece, lo Stato estero in cui si trova la stabile organizzazione dovrebbe riconoscere "*il maggior valore dei beni determinato dall'imputazione alla stabile organizzazione delle*

²²⁹ Come osservato "*la limitazione della potestà impositiva statale ai soli redditi prodotti nel proprio territorio preclude definitivamente la possibilità di tassare in Italia i redditi inerenti alle stabili organizzazioni situate all'estero*", SOZZA, G., *Op. cit.*, pag. 69. In tal senso anche VARAZI, F., *Op. cit.*, pag. 692; BERNONI, G., COLACCICO, M., *Op. cit.*, pag. 10071-10072.

²³⁰ MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 2712.

*imposte ad essa riferibili già pagate all'estero dalla società madre, ossia dall'impresa che ha trasferito in altro paese la propria sede*²³¹.

5. I decreti ministeriali attuativi della disciplina del trasferimento di residenza all'estero

5.1 Analisi del D.M. del 2 agosto 2013

Dalla lettura della norma che si occupava di disciplinare il trasferimento della residenza all'estero, sembrava che il presupposto impositivo non fosse legato all'operazione di trasferimento in sé, ma che piuttosto esso si rinvenisse nell'estromissione dei componenti della struttura patrimoniale dal regime d'impresa nazionale, nel quale si trovavano in precedenza immessi. A venire in rilievo non era il trasferimento della sede, bensì la perdita di potestà impositiva che, causata dalla rottura di tutti i tre criteri di collegamento con il territorio, faceva sì che si parlasse di trasformazione realizzativa²³².

La disposizione creava un'eccezione alla regola generale contenuta nel nostro ordinamento secondo cui i plusvalori potenziali non hanno alcuna rilevanza in ambito tributario, se non nel momento in cui essi diventano certi e realizzati attraverso una delle operazioni espressamente previste per legge²³³ e, al tempo stesso, introduceva una condizione sospensiva. Quest'ultima, configurandosi nella costituzione di una stabile organizzazione all'interno della quale far confluire singoli componenti, o l'intero complesso aziendale, non introduceva un'ipotesi di irrilevanza fiscale, ma un mero effetto di differimento. L'imposta sarebbe divenuta esigibile nel momento in cui le attività, precedentemente confluite nella stabile organizzazione, ne venissero distolte in un tempo successivo. Lo stesso dicasi per le voci relative ai fondi in sospensione d'imposta. In caso contrario si subiva un'anticipazione della tassazione su valori maturati, ma non ancora realizzati.

²³¹ Così SOZZA, G., *Op. cit.*, pag. 70.

²³² In tal senso MONTUORI, N., PALMA, P., *Op. cit.*, pag. 4700. Viene evidenziata l'esistenza di una stretta associazione tra la trasformazione eterogenea di un soggetto Ires in un soggetto non commerciale con quella del trasferimento di residenza all'estero. In ragione di quanto previsto dal primo comma dell'art. 171 del t.u.i.r., ossia che *“in caso di trasformazione di una società soggetta all'imposta di cui al Titolo II in ente non commerciale, i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o nel complesso aziendale dell'ente stesso...”*, i due autori affermano che il trasferimento di residenza all'estero si presta ad essere inquadrato come trasformazione realizzativa.

²³³ Seguendo il normale regime di tassazione previsto dal t.u.i.r., ai sensi dell'art. 86 le plusvalenze dei beni relativi all'impresa dovrebbero concorrere alla formazione del reddito nell'anno di *“cessione a titolo oneroso, di risarcimento, anche in forma assicurativa, per la perdita o il danneggiamento di beni [o di destinazione] ai soci o a finalità estranee dall'esercizio d'impresa”*. Con l'art. 166 del t.u.i.r., al contrario, viene introdotta un'eccezione, che anticipa il momento impositivo.

In un tale contesto, il soggetto italiano che avesse deciso di trasferire all'estero la propria residenza fiscale, sarebbe stato tenuto al pagamento immediato delle imposte sulle plusvalenze latenti, determinate sulla base del valore normale degli *assets* aziendali, e al pagamento delle imposte sui fondi in sospensione d'imposta. Si configurava uno scenario contrario ai principi che stavano prendendo forma in ambito comunitario per il tramite delle sentenze della Corte di Giustizia. Imporre una tassazione in uscita significava introdurre un elemento che fungeva da deterrente agli spostamenti degli operatori economici e che limitava la libertà di stabilimento di un soggetto o di una entità²³⁴.

L'ampia discrezionalità che inizialmente era stata riconosciuta ai Paesi membri, in particolare con riferimento alla piena autonomia di cui essi godevano nel creare e disciplinare la figura degli enti giuridici, assicurando una proliferazione di normative che si sviluppavano per compartimenti stagni anziché sostenere uno sviluppo normativo coordinato, è stata successivamente ridimensionata con il riconoscimento dell'esigenza di cambiare tendenza. In considerazione dei problemi di mantenimento della personalità giuridica, di continuazione dell'attività senza soluzione di continuità e del rischio di doppia imposizione, le restrizioni alla mobilità non si consideravano più tollerabili, nemmeno alla luce della tutela degli interessi degli Stati che perdevano la potestà impositiva.

Se quindi inizialmente in dottrina vi era solo un sentore circa la presenza di profili di illegittimità comunitaria in tema di regimi di *exit tax*, con le pronunce comunitarie, che delineavano la libertà di stabilimento quale diritto a scegliere il luogo della localizzazione delle attività economiche e l'articolazione delle stesse in maniera quasi completamente incondizionata, senza alcuna discriminazione sulla base della nazionalità o senza essere soggetti all'imposizione di misure non proporzionali, il semplice sentore ha iniziato a diventare certezza. Non vi erano più dubbi sul fatto che l'effetto dissuasivo introdotto dalle *exit taxes* concorresse alla costituzione di un ostacolo alla libertà di stabilimento e di tale situazione ne veniva fatta menzione nella procedura di infrazione ex art. 258 T.F.U.E., n. 2010/4141 avviata nei confronti dell'Italia, con la quale veniva rilevata la contrarietà della norma interna rispetto alla libertà di cui godono gli operatori economici nel trasferire in un altro Stato membro componenti strutturali della propria azienda.

La procedura rappresentava il prodotto della denuncia dell'Associazione Dottori Commercialisti di Milano²³⁵. Nel documento veniva posto l'accento sulla presenza

²³⁴ È stato qualificato anche come strumento idoneo a frenare il disinvestimento dall'Italia, in tal senso FICARI, V., *Op. cit.*, pag. 2146.

²³⁵ Associazione Italiana Dottori Commercialisti, Denuncia del 1° marzo 2009, *Illegittimità comunitaria della tassazione sul trasferimento della residenza in altro Paese comunitario da parte di soggetti che esercitano*

nell'ordinamento tributario di un presupposto “*virtuale e anticipato*” il quale, generando un effetto dissuasivo, aveva l'esito di ostacolare e limitare l'esercizio della libertà di stabilimento, incidendo in particolar modo sull'aspetto finanziario. L'Associazione fece notare che, per l'imprenditore, la tassazione di valori non realizzati “*incide significativamente nella sfera dei suoi interessi economici e patrimoniali, allorché alla base del trasferimento vi sia un potenziale accordo con un altro operatore economico [...] ovvero una opportunità da sfruttare per la crescita e lo sviluppo di quella impresa o società*”²³⁶. Inoltre, la sola causa di sospensione rinvenibile nella creazione di una stabile organizzazione nello Stato, in cui far confluire l'assetto aziendale, non risultava sufficiente ad eliminare il conflitto comunitario dal momento che, anche in un secondo momento, con l'uscita della stabile organizzazione si sarebbe realizzata l'imposizione, anche se tale uscita veniva guidata da ragioni dipendenti da scelte imprenditoriali. La sola nota positiva si ritrovava nell'assenza di richieste circa il rilascio di garanzie idonee all'ottenimento del differimento dell'imposizione, condizione che rendeva l'*exit tax* italiana meno gravosa rispetto a quella di altri Stati.

In secondo luogo anche il trattamento discriminatorio rispetto ai soggetti che cambiavano la propria residenza entro il perimetro nazionale contribuiva ad accentuare il conflitto, da intendersi sia come trasferimento della sede sociale e sia con riferimento ai trasferimenti di elementi da una sede principale ad una secondaria localizzata in territorio nazionale.

Per ultimo si evidenziava la mancanza di quel sistema di neutralità fiscale contenuto nella Direttiva sulle fusioni transfrontaliere da cui il legislatore aveva preso ispirazione per la formulazione dell'art. 166 del t.u.i.r.²³⁷.

imprese commerciali (cd. Exit Tax) (come prevista dall'art. 166 del D.P.R. n. 317/1986). Pubblicata in Sole-24-Ore del 2 aprile 2009, pag. 33. Disponibile al sito: <http://www.aidc.pro/milano/norme-e-denunce/denunce/104>

²³⁶ *Idem, Ivi*, pag. 16. In altre parole l'Associazione pone l'accento sul contesto economico in cui opera l'impresa, ossia un ambito dove le logiche giuridiche, piuttosto che fiscali, esulano o rappresentano una piccola componente rispetto alla complessità di variabili che portano alla decisione di trasferimento, non incidendo in maniera significativa sulle decisioni imprenditoriali. Anzi, la presenza di normative che bloccano od ostacolano lo sviluppo e la crescita dell'attività economica incidono in maniera negativa sul sistema economico. Per la dottrina, gli “*aspetti di carattere economico-aziendalistico [...] travalicano una valutazione di pura convenienza fiscale*”, così LIBURDI, D., *Op. cit.*, pag. 2444.

²³⁷ I trasferimenti di residenza che si attuano mediante il compimento di operazioni straordinarie – quali fusioni, scissioni e conferimenti di attivo con carattere transnazionale – non trovano la propria collocazione nella normativa fino a qui studiata. Essi vengono regolati dalla Direttiva n. 2005/19/CEE (ad oggi Direttiva n. 2009/133/CE), nonostante da un punto di vista sostanziale appaiano simili ai trasferimenti di residenza che conseguono al trasferimento della sede. Cambia solamente la tipologia di operazione che determina il medesimo risultato. Ai sensi della Direttiva sopra citata, recepita nel nostro ordinamento attraverso gli articoli 178 e 179 del t.u.i.r., non viene previsto alcun regime di sospensione in favore di quei beni che non trovano la propria collocazione in una stabile organizzazione all'interno dello Stato di provenienza e, di certo, questa caratteristica discriminatoria finisce per influire sulle decisioni imprenditoriali. In tal senso, un soggetto che intende procedere con un'operazione di fusione, al fine di non incorrere nell'immediata tassazione dei plusvalori latenti potrebbe dapprima compiere un trasferimento di residenza ai sensi dell'art. 166 del t.u.i.r., beneficiando del *tax deferral*, e successivamente realizzare una fusione domestica in Paese estero, la quale non costituirebbe decadenza del

La causa di esclusione avanzata dal governo italiano, rinvenibile nella finalità antielusiva, non appariva conforme ai fini della giustificazione di una tale restrizione in quanto lo spostamento di residenza, di per sé, non configura abuso e in quanto il compimento di una tale operazione non necessariamente ricerca isolatamente un metodo per sottrarsi all'imposizione.

In tal senso, l'AIDC non rivendicava l'eliminazione della normativa, piuttosto avanzava la pretesa che l'imposizione avesse atto al momento della realizzazione degli utili, trattandosi pur sempre di plusvalenze che non derivano da cessione, ma da una scelta di riorganizzazione attuata tramite la delocalizzazione dell'attività. La lotta contro l'evasione o la frode fiscale non legittima l'introduzione di un'ipotesi di abuso a priori. Al contrario, andrebbe adottata una misura specifica, in grado di colpire le sole operazioni che mirano alla sottrazione di base imponibile attraverso costruzioni artificiali, "prive di effettività economica"²³⁸, affiancata poi da una valutazione sul fatto. Il tutto assicurando un contesto di causalità e proporzionalità. La contestazione che veniva mossa perciò non concerneva il diritto di trasferimento in sé, ma le condizioni a cui esso veniva sottoposto.

A dare completa soluzione furono i principi espressi dalla Corte di Giustizia nel corso del procedimento C-371/10, sentenza *National Grid Indus*, trasfusi all'interno dell'ordinamento nazionale nei commi 2-quater e 2-quinques dell'art. 166 del t.u.i.r. ad opera del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 («Decreto liberalizzazioni»), in attuazione della Direttiva 2005/19/CE.

Il legislatore italiano ha introdotto una previsione *ad hoc* concernente la sospensione degli effetti dell'*exit tax*, la quale ha posto rimedio all'incompatibilità sopra descritta, pur salvaguardando la pretesa impositiva domestica. Ai sensi del comma 2-quater, "i soggetti che trasferiscono la residenza [...] in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo [...] in alternativa al comma 1, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo ivi previsto in conformità ai principi sanciti dalla sentenza 29 novembre 2001, causa C-371/10, *National Grid Indus*"²³⁹. I

regime di sospensione. Sul punto di vedano PEROTTA, R., GAREGNANI, G., M., 1999. *Le operazioni di gestione straordinaria*, Giuffrè Editore, pag. 495 e ss.; MIELE, L., *Legittima la «exit tax» solo se a riscossione differita*, in *Corr. Trib.*, 2012, I, pag. 117-118; DE SANTIS, D., *Op. cit.*, pag. 1389-1390; PIAZZA, M., VALSECCHI, M., *Op. cit.*, pag. 3945-3946; TOMBESI, G., DRAGONETTI, A., *Op. cit.*, pag. 1464. Ci si chiede se una tale situazione possa determinare l'insorgere di una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia invocando la violazione della libertà di stabilimento.

²³⁸ Associazione Italiana Dottori Commercialisti, *Op. cit.*, pag. 10.

²³⁹ I principi a cui viene fatto riferimento sono i seguenti: in primo luogo l'*exit tax* calcolata sui plusvalori latenti non rappresenta un ostacolo alla libertà di stabilimento, bensì una misura legittima ed idonea ad assicurare la corretta ripartizione del potere impositivo tra Stati. In secondo luogo l'importo dell'imposta deve essere calcolato dallo Stato di uscita in via definitiva al momento del trasferimento della residenza, senza alcun riguardo alle oscillazioni di valore future degli *assets*. Infine, per la riscossione del debito tributario il contribuente non può essere sottoposto ad un prelievo immediato, pena la non proporzionalità della misura rispetto alla libertà di stabilimento contenuta nelle norme del Trattato.

contribuenti, a partire dall'entrata in vigore del Decreto liberalizzazioni, coincidente con il 24 gennaio 2012, hanno la possibilità di scegliere il momento in cui versare l'imposta sulle plusvalenze latenti, in via contestuale all'atto del trasferimento ovvero in un momento successivo, coincidente con quello in cui si verifica l'effettivo realizzo degli attivi. È un regime opzionale di *tax deferral*, la cui caratteristica di alternatività dovrebbe essere diretta a garantire una corretta applicazione dei principi affermati nella sentenza richiamata. In tal senso, l'alternatività viene ad applicarsi al solo effetto della riscossione, escludendo il momento della determinazione della plusvalenza e dell'imposta, effetti questi ultimi che si cristallizzano e che diventano definitivi nel momento stesso dell'avvenuto trasferimento di residenza²⁴⁰.

Accompagna l'introduzione dei commi sopra indicati la presenza di un riferimento territoriale che limita il beneficio della sospensione dall'imposizione ai trasferimenti che avvengono “*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'articolo 168-bis, 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*”²⁴¹ ²⁴². La presente precisazione scinde i casi in cui il trasferimento abbia luogo verso Paesi terzi, per i quali non sarà attivo alcun regime di

Merita di essere evidenziato come in dottrina sia stata criticata la scelta di richiamare in maniera diretta la sentenza comunitaria che ha delineato i principi intorno ai quali è possibile costruire un sistema di tassazione in uscita legittimo. La ragione risiede nel fatto che una tale previsione concorre all'introduzione di una certa rigidità della disciplina, la quale rischia di rimanere ancorata alle affermazioni ivi contenute anche qualora, in un tempo successivo, l'orientamento della Corte di Giustizia dovesse mutare. Al verificarsi di tale ultimo scenario sarebbe infatti necessario sollecitare ed attendere un intervento da parte del legislatore nazionale, che si trascina tutte le lungaggini burocratiche del caso. In tal senso DE SANTIS, D., *L'exit tax: aspetti di doppia imposizione internazionale tuttora irrisolti*, in Fisco, 2013, I, pag. 6202.

Preme osservare che l'art. 166 del t.u.i.r. parla di “sospensione degli effetti del realizzo”, mentre, come vedremo, i successivi Decreti ministeriali si occupano della “sospensione della riscossione delle imposte sul reddito dovute sulla plusvalenza”. Solo la seconda affermazione appare conforme ai principi sanciti dalla Corte perché, se viene sospeso l'effetto del realizzo, in un tempo successivo il valore della plusvalenza unitariamente determinata potrebbe differire da quello che si registra all'atto del trasferimento.

²⁴⁰ In tal senso MAYR, S., *Trasferimento della residenza delle società: i problemi che dovrà affrontare il decreto attuativo*, in Boll Trib., 2012, I, pag. 331.

²⁴¹ Art. 166, comma 2-quater D.P.R. 917/1986.

²⁴² Lo Spazio economico europeo, istituito nel 1994, si prefigge l'obiettivo di estendere le disposizioni applicate al mercato interno dell'Unione europea ai Paesi dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA). In tal modo questi ultimi partecipano al mercato comune senza diventare membri dell'UE. Ne formano parte tutti gli Stati aderenti all'UE e, in aggiunta, la Norvegia, l'Islanda e il Liechtenstein. La previsione circa l'esistenza del duplice requisito di Paese incluso nella *white list* ai sensi del D.M. 4 settembre 1996 (ora D.M. 9 agosto 2016) e firmatario di un accordo circa la reciproca assistenza in materia di riscossione, fa sì che si considerino inclusi rispettivamente Islanda e Norvegia, così come tutti gli Stati Ue che hanno recepito la Direttiva n. 2010/24/UE, ad esclusione della Polonia che però vi rientra classificandosi tra gli Stati SEE aderenti alla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1988. Si veda PIAZZA, M., VALSECCHI, M., *Op. cit.*, in Fisco, 2014, n. 40, pag. 3945.

sospensione e, perciò, la riscossione di una *exit tax* sarà considerata una legittima pretesa dello Stato di origine²⁴³. Allo stesso tempo viene rafforzata la matrice antielusiva della norma, in quanto si procede con una distinzione anche tra gli spostamenti verso Paesi *white list* rispetto a quelli verso Paesi *black list*, o a fiscalità privilegiata, con i quali non sono presenti convenzioni che assicurino lo scambio di informazioni ai sensi dell'art. 26 del Modello di Convenzione OCSE. Un tale strumento di comunicazione e cooperazione è volto ad assicurare una corretta applicazione sia delle norme contenute all'interno della convenzione, così come delle discipline interne, in particolar modo con l'obiettivo di riconoscere il momento dell'accadimento realizzativo, ossia il venir meno della condizione sulla base del quale viene concesso un regime di sospensione.

Alla luce di quanto introdotto al comma 2-quater e delle argomentazioni presentate nel corso del procedimento comunitario relativo alla sentenza *National Grid Indus*, emerge immediatamente l'esigenza di disciplinare in maniera puntuale ogni aspetto relativo al regime di differimento, così come gli aspetti che afferiscono ai beni che ne prendono parte. Per tale ragione il legislatore, attraverso la previsione contenuta nel comma 2-quinques²⁴⁴, ha demandato un tale compito ad un Decreto ministeriale che ha trovato la propria elaborazione, e successiva pubblicazione, solamente alla data del 2 agosto 2013.

L'intervento, nonostante abbia reso la disciplina completamente operativa con più di un anno di ritardo rispetto al Decreto liberalizzazioni, ha permesso di fornire numerosi chiarimenti su tematiche che nel corso degli anni hanno portato la dottrina a dividere il proprio pensiero.

La prima questione concerne l'ambito oggettivo. Oltre a richiamare i trasferimenti di residenza che vengono posti in essere da soggetti esercenti imprese commerciali, intesi come trasferimenti della sede sociale, con il D.M. del 2013 è stato precisato che la previsione di sospensione della riscossione deve essere estesa, e trovare perciò applicazione, anche in rapporto alle migrazioni di stabili organizzazioni situate in Italia e appartenenti a soggetti esteri, sottoponendo le stesse ai limiti territoriali sopra visti. Si tratta di una tipologia di operazione che non era stata oggetto di discussione e nemmeno di menzione all'interno della sentenza *National Grid Indus* e, per tale ragione, non si riteneva possibile estendervi i principi

²⁴³ “Rimane fermo, invece, per il trasferimento in Paesi diversi, l'obbligo di pagamento della *exit tax* all'atto dello spostamento, non configurandosi per tali ipotesi violazione del principio comunitario di libertà di stabilimento delle imprese”, così ARMELLA, S., UGOLINI, L., *Op. cit.*, pag. 1284.

²⁴⁴ Si riporta per comodità in nota il contenuto del comma 2-quinques dell'art. 166 del t.u.i.r.: “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”.

ivi enunciati²⁴⁵. Il D.M. del 2013 ha quindi permesso di equiparare correttamente due fattispecie per le quali soggiace la medesima *ratio*: tassare nell'ultimo momento in cui lo Stato può esercitare il proprio diritto impositivo. In base alla formulazione dell'ultimo periodo del primo comma del Decreto si tratta del trasferimento dell'intera stabile organizzazione o di un solo ramo di essa, dovendosi escludere, almeno da un punto di vista letterale, che ricada nel regime di sospensione un trasferimento di “*singoli fattori produttivi non funzionalmente coordinati in una universitas aziendale*”^{246 247}.

Il fulcro del Decreto si rinviene però nella parte in cui viene trattato il tema della determinazione della plusvalenza, sia con riferimento alla natura dei beni che ne formano

²⁴⁵ Nemmeno l'art. 166 del t.u.i.r. al comma 2-quater prendeva in considerazione una tale casistica, molto probabilmente in ragione della sua emanazione nell'arco temporale intercorrente tra la causa C-371/11 e C-38/10. Solo con quest'ultima la Corte si è espressa in tema di stabile organizzazione. Spunti che muovevano verso un'inclusione della fattispecie relativa al trasferimento all'estero della stabile organizzazione pervenivano sia da parte della Commissione, così come della Corte di Giustizia. La prima aveva proceduto con l'inserimento nella procedura di infrazione n. 2010/4141 di un richiamo circa l'illegittimità della tassazione immediata sia con riferimento al trasferimento della sede, che di una stabile organizzazione con proprie attività in Italia. La seconda si era espressa con sentenza del 6 settembre 2012, causa C-38/10, dove al punto 23 affermava che “*è pacifico [...] che la libertà di stabilimento è applicabile ai trasferimenti di attivi di una società dal territorio portoghese verso un altro Stato membro [...] a prescindere dalla questione se la società di cui trattasi trasferisca la propria sede statutaria e la propria direzione effettiva al di fuori del territorio portoghese o se trasferisca attivi di una stabile organizzazione ubicata nel territorio portoghese verso un altro Stato membro*”. In conclusione le due operazioni devono essere viste come equivalenti sotto il profilo tributario dell'*exit taxation*. In accordo con quanto affermato anche AVOLIO, D., FORT, G., «*Exit tax*» e *trasferimento all'estero della stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 18, pag. 1413.

²⁴⁶ Così MICHELUTTI, R., *Rischio Pex sulla “exit tax”*, in *Sole 24 Ore* del 25 febbraio 2014. Si tratta, peraltro, di una condizione da valutare già nello Stato di partenza. Si veda PIAZZA, M., D'ANGELO, G., *Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni*, in *Fisco*, 2015, n. 22, pag. 2135.

²⁴⁷ Occorre osservare che sul punto è intervenuta la Corte con sentenza del 6 settembre 2012, causa C-38/10, chiarendo, al paragrafo 29, che “*la situazione di una società che trasferisce la propria sede statutaria e la propria direzione effettiva verso un altro Stato membro, nonché quella di una società che trasferisce una parte o la totalità degli attivi di una stabile organizzazione [...] verso un altro Stato membro, [...] sono [...] analoghe a quella di una società che limita tali operazioni al territorio nazionale*”. L'affermazione viene seguita da una affermazione: il trasferimento richiede che l'operazione sia volta alla continuazione dell'attività e non ai fini del suo scioglimento, il quale giustificerebbe un'imposizione immediata sui plusvalori latenti.

Sulla questione nel corso degli anni Corte di Giustizia e Commissione europea hanno sempre avuto un orientamento discordante. Da un lato si sosteneva che il trasferimento della stabile organizzazione che traesse la propria origine dalla cessazione dell'attività dovesse ritenersi casistica distinta rispetto al trasferimento a cui consegue la continuazione dell'attività. Dall'altro lato si asseriva una perfetta uguaglianza delle due fattispecie in quanto una discriminazione avrebbe privilegiato coloro i quali che, disponendo di filiali all'estero ossia di contenitori all'interno dei quali far confluire *assets* da “*dismettere*”, sarebbero stati in grado di scampare alla tassazione immediata. È il primo filone ad essere prevalente e, in aderenza a ciò, la disciplina italiana prevede l'applicazione del *tax deferral* nel solo caso in cui al trasferimento di stabile organizzazione consegua la continuazione dell'esercizio d'impresa. Ad una tale conclusione si deve pervenire anche in ragione dell'oggetto di tutela della libertà di stabilimento secondaria, ossia la costituzione di filiali, agenzie o succursali, ovvero strutture idonee a portare avanti l'attività d'impresa. Sul tema si innestano poi tutte quelle questioni circa le difficoltà di dimostrare le sorti dei beni. In tal senso Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 30-31; PIAZZA, M., VALSECCHI, M., *Op. cit.*, pag. 3946.

parte, sia con riferimento alle modalità con cui essa viene a determinarsi ed infine per le modalità di esercizio del regime di *tax deferral*²⁴⁸.

In primo luogo si precisa che la plusvalenza dev'essere determinata *unitariamente* avendo riguardo al valore normale di tutti i componenti d'azienda o del complesso aziendale, a condizione che essi non siano confluiti nel patrimonio di una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato²⁴⁹, dovendo aver cura di includere il valore degli elementi quali l'avviamento e le funzioni e i rischi propri dell'impresa²⁵⁰. Con l'aggettivo "unitariamente" il legislatore ha voluto dare enfasi al fatto che la plusvalenza rappresenta la somma algebrica di tutte le singole plusvalenze e minusvalenze che scaturiscono da ogni attivo che non sarà più incluso nella giurisdizione nazionale, le quali derivano dal confronto tra il valore di mercato rispetto al costo non ammortizzato. Si deve necessariamente precisare che, ai sensi del secondo comma, i plusvalori che scaturiscono da alcune tipologie di beni, che vengono ricompresi nel calcolo della plusvalenza complessiva, non possono però fruire di alcuna sospensione della riscossione dell'imposta. Si tratta dei "beni di cui all'art. 85 del t.u.i.r.", conosciuti anche come beni merce, dei "fondi in sospensione d'imposta non ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione" e degli "altri componenti positivi e negativi che concorrono alla formare il reddito dell'ultimo periodo d'imposta di residenza in Italia, [...] la cui deduzione o tassazione sia stata rinviata in conformità alle disposizioni del t.u.i.r."

Il richiamo dei primi risponde all'esigenza di tener conto della natura dei beni che vi formano parte, ossia elementi del patrimonio circolante generalmente caratterizzati da elevato *turn over*²⁵¹. Secondo il legislatore, il loro realizzo sarebbe talmente ravvicinato al momento del trasferimento della residenza da non giustificare l'applicazione di un regime sospensivo, il quale finirebbe per decadere nel giro di un lasso temporale molto contenuto, obbligando quindi la società, così come l'Amministrazione finanziaria, a sottostare ad obblighi di

²⁴⁸ Si veda MAYR, S., *Op. cit.*, pag. 331 e ss.

²⁴⁹ L'esclusione dalla base imponibile viene giustificata dal fatto che i componenti rimasti all'interno della giurisdizione nazionale concorreranno, per gli anni successivi, alla formazione del reddito di periodo della stabile organizzazione italiana.

²⁵⁰ Valorizzati "sulla base dell'ammontare che imprese indipendenti avrebbero riconosciuto per il loro trasferimento", primo comma, art. 1, D.M. 2 agosto 2013, in conformità con l'art. 9 del t.u.i.r. ed il principio di libera concorrenza contenuto nel capitolo IX delle Guidelines OCSE in tema di transfer pricing. L'inciso è di particolare rilevanza in quanto ha permesso di mettere un punto sulla questione ampiamente dibattuta in dottrina circa la considerazione o meno degli *intangibles* nel calcolo della base imponibile, affermandone la piena rilevanza ai fini tributari dell'operazione. DRAGONETTI, A., PIACENTINI, V., SFONDRINI, A., *Op. cit.*.

²⁵¹ In tal senso GALASSI, C., MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 2600.

monitoraggio inutili. Non aiutano nemmeno i metodi di contabilizzazione per masse che vengono utilizzati per rilevare tali beni nella situazione patrimoniali.

I fondi in sospensione d'imposta rappresentano poste del patrimonio netto che esistono in funzione delle previsioni normative nazionali le quali, differendo da Paese a Paese, potrebbero rendere difficile il monitoraggio del loro valore successivo, così come potrebbe essere difficile seguire le loro movimentazioni. Come suggerito da autorevole dottrina²⁵², nella pratica sarebbe corretto operare una distinzione tra quei fondi che mantengono un collegamento con il cespite, ossia che dipendono dalle vicende degli elementi a cui si riferiscono, rispetto a quelli che si trovano ad essere completamente slegati rispetto al bene. Nel primo caso non sarebbe corretta la previsione di immediato realizzo e, al contrario, andrebbe monitorata la sorte del cespite per ridurre, in sede di realizzo, il suo valore fiscale. Nel secondo caso invece, in ragione della difficoltà di controllo dell'Amministrazione verso le vicende modificative del fondo che avvengono nel Paese estero, lo stesso dovrebbe correttamente non beneficiare della sospensione.

Gli ultimi sono componenti di reddito che scaturiscono dalla gestione ordinaria dell'attività d'impresa, durante l'ultimo periodo di residenza della società o per la parte coincidente con il periodo di esistenza della stabile organizzazione. Tra di essi si ritrovano anche alcune componenti la cui rilevanza fiscale è stata rinviata *pro quota*. Per meglio intenderci ci si riferisce, a titolo d'esempio, alle spese di manutenzione, riparazione e ammodernamento – disciplina contenuta nell'art. 102 del t.u.i.r. –, così come alle plusvalenze per le quali è possibile ripartire la tassazione in quote costanti negli esercizi successivi – disciplina contenuta nell'art. 86 del t.u.i.r.. Il loro trattamento può essere sintetizzato avendo riferimento a due scenari: da un lato, in mancanza della presenza di alcuna struttura sul territorio nazionale, il verificarsi di una sorta di vicenda liquidatoria farà sì che ogni componente partecipi integralmente alla formazione del reddito dell'ultimo periodo d'imposta²⁵³. Dall'altro lato, il mantenimento di una stabile organizzazione permetterà una continuazione nella fruizione dei benefici intesi come concorrenza ai redditi di periodo in maniera frazionata, in conformità anche con quanto avviene per simili vicende che esauriscono i propri effetti all'interno dei confini nazionali. In tal senso ogni componente che non presenta alcun

²⁵² Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 56.

²⁵³ “La chiusura del ciclo d'impresa fa venire meno [...] tanto il beneficio della rateazione (per gli elementi positivi) quanto lo svantaggio del differimento della deduzione (per gli elementi negativi)”, così Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 53; ASCOLI, G., *Exit taxation: quadro sistematico della disciplina*, in Fisco, 2014, n. 21, pag. 2035.

legame con le poste per le quali si determina il trasferimento vedrà la continuazione della propria disciplina in capo alla stabile organizzazione, se esistente, altrimenti, non potrà godere di alcun differimento. Qualora il componente dipenda dalle vicende che investono i cespiti a cui si riferisce non si presenta alcun problema applicativo: il calcolo della plusvalenza sarà influenzato da tali valori. Di conseguenza, gli ammortamenti, così come tutti i componenti che presentano un certo legame con la posta a cui essi fanno riferimento, si devono ritenere inclusi nella base imponibile proprio in ragione di una loro esistenza e dipendenza strettamente connessa al bene.

Vi è un altro importante fattore che può incidere sulla quantificazione della plusvalenza. Stiamo parlando delle perdite pregresse. Già all'interno dell'art. 166 del t.u.i.r., al comma 2-bis, il legislatore ha previsto che le *“perdite generatesi fino al periodo d'imposta anteriore a quello in cui ha effetto il trasferimento all'estero della residenza fiscale, non compensate [...], sono scomputabili dal reddito della stabile organizzazione”*, assicurando la spendita delle stesse nel luogo di formazione, senza possibilità di riportarle nello Stato di destinazione. Ma il Decreto ministeriale del 2013, al quarto comma dell'art. 1, si è occupato anche della possibilità di utilizzare le stesse in compensazione della plusvalenza. Si rende necessaria un'attività di coordinamento, non solo tra le due previsioni appena citate, ma anche con alcuni articoli del t.u.i.r. che vengono richiamati.

Ai sensi della normativa in esame, le perdite generatesi nel corso degli esercizi precedenti a quello del trasferimento possono essere utilizzate, in primo luogo, in compensazione del reddito dell'ultimo periodo d'imposta di residenza considerato al netto della plusvalenza da perdita di residenza, qualora ve ne sia capienza. Il procedimento deve rispettare le previsioni dell'art. 84 del t.u.i.r. secondo il quale le perdite possono essere portate in avanti senza limiti di tempo, ma il loro utilizzo non può superare l'80 per cento dell'ammontare del reddito di periodo²⁵⁴. Nel caso in cui l'ultimo periodo di residenza dovesse chiudersi con una perdita di periodo, questa andrebbe sommata all'ammontare delle perdite pregresse.

L'eccedenza in rimanenza potrebbe poi essere utilizzata sia in riduzione della plusvalenza complessiva, così come potrebbe essere attribuita alla stabile organizzazione che rimane in Italia. Con quale priorità dovrebbe procedere il contribuente? Guardando alle indicazioni

²⁵⁴ Unica eccezione è quella contenuta al secondo comma dell'art. 84, secondo il quale *“le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione possono [...] essere portate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi entro il limite del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile”*, ossia non esiste alcun limite temporale e quantitativo. La presente norma rappresenta il risultato della modifica avvenuta ad opera dell'art. 23 del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, che ha eliminato la previsione di utilizzo delle perdite pregresse condizionato al solo limite temporale di riporto nei cinque periodi d'imposta successivi al conseguimento.

contenute nel primo periodo del quarto comma del Decreto, sembra che la compensazione debba avvenire prioritariamente nei confronti della plusvalenza da perdita di residenza. Con riferimento a questo secondo livello di compensazione non è chiaro se, all'atto della compensazione della plusvalenza, debbano essere rispettati i limiti di riporto quantitativi prima visti. Secondo una prima interpretazione²⁵⁵, dato il richiamo che viene operato all'art. 166 del t.u.i.r.²⁵⁶, dovrebbe essere corretta l'estensione dei medesimi criteri operativi. Un seconda²⁵⁷, invece, ritiene che le due fattispecie non possano considerarsi simili e, di conseguenza, alle stesse non andrebbero applicate le medesime regole, anche in base al fatto che il richiamo del quarto comma del Decreto opera ad un terzo livello operativo, quello dell'ultima possibile compensazione che opera in favore della stabile organizzazione.

Nonostante ciò, in dottrina è stato rilevato che qualora sussista una stabile organizzazione, sarebbe corretto suddividere l'ammontare delle perdite pregresse in eccedenza in due quote, una da utilizzare in favore della plusvalenza e l'altra da attribuire alla stabile organizzazione, sulla base del complesso di beni rispettivamente trasferiti o mantenuti all'interno della stabile organizzazione. La prima utilizzabile senza alcun limite quantitativo, assumendo la vicenda come liquidatoria, e la seconda sottoposta alle consuete regole di utilizzo delle stesse²⁵⁸.

In ultima analisi, nel momento in cui vi fosse ancora la presenza di un'eccedenza di perdite pregresse non ancora utilizzate, queste potrebbero essere spostate in capo alla stabile organizzazione che residua all'operazione di trasferimento. Sul punto, in forza del richiamo operato, devono essere necessariamente considerate e rispettate le condizioni e i limiti contenuti nell'art. 181 del t.u.i.r.. La stabile organizzazione dispone della facoltà di portare in diminuzione del proprio reddito un ammontare di perdite generatesi in data anteriore al trasferimento in misura proporzionale alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo risultanti dall'ultimo bilancio, limitatamente all'effettiva connessione tra queste e la stabile

²⁵⁵ Si vedano GALASSI, C., MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 2602.

²⁵⁶ Ci si riferisce alla frase che recita “*per le eventuali perdite ancora residue, resta ferma l'applicazione dell'art. 166, comma 2-bis, del t.u.i.r.*”.

²⁵⁷ MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Ripporto delle perdite della «exit tax»*, in *Corr. Trib.*, 2013, pag. 3655.

²⁵⁸ In ogni caso, devono essere rispettate le condizioni e i limiti contenuti nell'art. 181 del t.u.i.r., il quale rimanda a sua volta all'art. 172, settimo comma. La stabile organizzazione dispone della facoltà di portare in diminuzione del proprio reddito un ammontare di perdite generatesi in data anteriore al trasferimento in misura proporzionale alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo risultanti dall'ultimo bilancio o, se inferiore, per un ammontare pari alla “*situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater del codice civile*”, nel corso dei cinque esercizi successivi. Nonostante l'esplicito riferimento dell'art. 181 alle operazioni di fusione e scissione disciplinate dall'art. 178, primo comma, lettere a) e b), si deve ritenere che tali disposizioni siano applicabili anche al trasferimento di residenza fiscale in ambito societario quale recepimento delle disposizioni comunitarie previste per le figure della Società Europea e della Società Cooperativa Europea. In tal senso CARRIROLO, F., *Il trasferimento all'estero della sede di società italiana e in Italia della sede di società estera*, in *Fisco*, 2009, n. 48, I, pag. 7917.

organizzazione. Benché l'art. 181 richiami espressamente l'applicabilità della disciplina alle operazioni di fusione e scissione disciplinate dall'art. 178, primo comma, lett. a) e b), si deve ritenere che tali disposizioni siano applicabili anche al trasferimento di residenza fiscale in ambito societario, in ragione del richiamo operato al comma 2-bis dell'art. 166 del t.u.i.r. da parte del D.Lgs. n. 199/2007. In tal senso, quindi, non serve procedere ad un'analisi che verifichi in maniera analitica quali perdite sono scaturite dalla parte del complesso aziendale mantenuto all'interno dei confini territoriali, ma è sufficiente un'attribuzione che guardi alla quota di patrimonio netto che rimane in Italia.

Ancora, l'art. 181 del t.u.i.r., operando un rinvio all'art. 172, settimo comma del t.u.i.r., rende applicabile le regole ivi contenute anche ai trasferimenti di residenza²⁵⁹. In tal senso, le perdite potranno essere riportate nella misura del minore importo tra l'ammontare del patrimonio netto che risulta dall'ultimo bilancio ed il rapporto tra il patrimonio netto della società trasferita e quello della stabile organizzazione²⁶⁰.

La mancanza della preesistenza o della creazione di una stabile organizzazione in cui far confluire una parte o la totalità del complesso aziendale dovrebbe invece rendere inoperabili le ipotesi di limitazione previste dall'art. 84 del t.u.i.r. prima citato. Il contribuente avrebbe quindi la possibilità di portare in compensazione l'intero ammontare delle perdite pregresse. Tale previsione trova il proprio sostegno sulla base del fatto che le perdite eventualmente non compensate non potrebbero essere riportabili nello Stato estero.

La plusvalenza così determinata non necessita di considerare eventuali fluttuazioni di valori che si verificano in un tempo successivo al trasferimento, ai sensi del terzo comma del Decreto ed in conformità ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia. La definitività consente di cristallizzare l'onere tributario sul quale, in contrapposizione ad una valorizzazione della base imponibile unitaria, può operare un regime di sospensione in maniera unitaria o frammentata, ai sensi del quinto comma del Decreto. Si vuol dire che non necessariamente l'opzione di scelta che viene garantita al contribuente deve seguire una logica *all in-all out*, intendendosi che la sospensione debba ricadere sull'imposta complessiva. Al contrario, il contribuente può

²⁵⁹ A conferma la stessa relazione illustrativa al D.Lgs. n. 199/2007 che recita: "*l'applicazione dell'art. 181 [...] comporta l'estensione al caso del trasferimento della sede sociale delle stesse condizioni e limitazioni al riporto previste dal comma 7 dell'art. 172 del t.u.i.r.*".

²⁶⁰ Come osservato in dottrina, il riproporzionamento delle perdite previsto dall'art. 181 del t.u.i.r. si trascina un importante problema applicativo concernente il momento in cui esso debba avvenire. Non è chiaro se esso abbia luogo in tempo antecedente o posteriore rispetto alla compensazione della plusvalenza da perdita di residenza visto che questa concorre alla formazione del reddito di periodo. La questione non è chiara perché l'art. 166 del t.u.i.r. prevede che il riproporzionamento avvenga dopo la compensazione dei redditi prodotti fino a tale periodo, senza richiamare però la seconda fase di compensazione introdotta dal D.M. del 2013. Il tema è tuttora aperto e si auspica un intervento da parte dell'Amministrazione o del legislatore che risolva il dubbio operativo. In tal senso si vedano MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 3658.

scegliere quali cespiti o componenti godranno di un certo regime piuttosto che di un altro (cd. *cherry picking*), in relazione ad una propria valutazione in termini di opportunità economica. Si potranno di conseguenza verificare, anche contemporaneamente, tre differenti scelte operative:

- a) la riscossione immediata in un'unica soluzione,
- b) la sospensione della riscossione (*tax deferral*) sino al momento in cui si verifica l'evento realizzativo,
- c) la rateizzazione in un arco temporale complessivo di dieci anni, a partire dal periodo in cui diviene efficace il trasferimento.

Con il fine di rendere concretamente operativo un tale sistema, in presenza di una plusvalenza complessiva si prevede che quest'ultima venga “*riferita a ciascun cespite o componente trasferito in base al rapporto tra il suo maggior valore e il totale dei maggiori valori trasferiti*”²⁶¹. L'implicazione è chiara: nel caso in cui abbiano concorso alla determinazione della base imponibile anche attivi minusvalenti, il valore della minusvalenza andrà a ripartirsi proporzionalmente tra tutti i beni, abbattendo *pro quota* i plusvalori.

Come appena citato, il Decreto permette al contribuente di scegliere le modalità di prelievo del tributo sulla base di tre alternative, ognuna delle quali ha la capacità di operare in maniera indipendente rispetto alle altre e non presta attenzione alla tipologia di beni per i quali viene attivata.

Il *regime del differimento* prevede che la riscossione abbia luogo in un momento successivo al trasferimento, coincidente con quello in cui si verifica il realizzo effettivo dei beni, ossia quando la società trasferitasi, e ormai divenuta estera, fa uscire dal ciclo produttivo gli attivi. La dottrina per lungo tempo si è interrogata in merito al tema dell'identificazione del momento realizzativo, in particolar modo chiedendosi se esso dovesse rispondere ai criteri nazionali o a quelli appartenenti allo Stato estero, attuale luogo di residenza della società. Le implicazioni sono di non poca importanza data l'eterogeneità delle discipline fiscali. Si ritiene che si debbano considerare proprio quelli nazionali ed una concreta conferma deriva proprio dal disposto del sesto comma del Decreto, secondo il quale “*le imposte [...] sono versate nell'esercizio in cui si considerano realizzati, ai sensi delle disposizioni del T.U.I.R., gli elementi dell'azienda o del complesso aziendale trasferiti*”. Con certezza si afferma quindi che integrano la fattispecie realizzativa le cessioni a titolo oneroso, i risarcimenti, anche in forma assicurativa, per la perdita o il danneggiamento di beni plusvalenti, le assegnazioni ai soci o l'assegnazione dei beni a finalità estranee all'esercizio d'impresa. Non trova inclusione,

²⁶¹ Art. 1, quinto comma, del D.M. 2 agosto 2013.

al contrario, quel fenomeno di consumazione tecnico-economica attraverso il quale i beni utilizzati nel processo produttivo rilasciano la propria utilità in maniera graduale lungo un arco temporale medio-lungo. L'ammortamento, nella sua configurazione di ipotesi di realizzazione indiretta, non viene considerato nell'ambito della disciplina in esame in quanto esso viene gestito in maniera autonoma dal Paese di destinazione. Di certo, l'inclusione di una tale ipotesi sarebbe accompagnata da una serie di problematiche applicative di non poca rilevanza, essendo l'impresa l'insieme di una molteplicità di cespiti tra loro eterogenei, ognuno dei quali presenta differenti valori, può essere oggetto ad incrementi o decrementi di valore ed, infine, è destinatario di differenti aliquote di ammortamento ai sensi del D.M. 31 dicembre 1988. Il tutto combinato alle differenti normative del Paese estero. In aggiunta, come si avrà modo di vedere anche nel proseguo, la previsione di una tale forma di realizzazione determinerebbe delle difficoltà non solo in termini di monitoraggio, bensì anche ai fini della proporzionalità e della gestione delle garanzie prestate dal contribuente.

Vengono richiamate in maniera autonoma le partecipazioni diverse da quelle indicate all'art. 85 del t.u.i.r., ossia quelle che costituiscono immobilizzazioni, per le quali la realizzazione si verifica non solo in occasione della loro cessione, bensì anche a seguito della distribuzione di utili o riserve di capitale afferenti alle stesse. Come evidenziato da Assonime, la *ratio* risiede *“nel fatto che attraverso il conseguimento del dividendo l'impresa titolare delle partecipazioni viene, in qualche modo, a riappropriarsi del patrimonio della società partecipata”*²⁶², ossia si configura un'altra forma di realizzazione indiretta.

A differenza di quanto avviene nei casi di prelievo immediato o di rateizzazione, il differimento rende necessario l'avvio di una attività di sorveglianza continua, almeno fino al momento in cui non si verifica l'evento realizzativo. L'onere di monitoraggio ricade sullo Stato di provenienza, ma la sua attività necessita di coordinarsi con quella dello Stato di destinazione. Secondo le affermazioni della Corte di Giustizia, il coordinamento potrebbe compiersi in ossequio a quanto previsto dalla Direttiva 26 maggio 2008, n. 2008/55/CE²⁶³, ossia sulla base di una cooperazione attuata per il tramite di un rapporto biunivoco tra Stato di origine e Stato di destinazione, la quale parte dalla richiesta di informazioni da parte dello Stato di origine, passa per la ricerca e la raccolta di tali informazioni da parte dello Stato di destinazione e si conclude con la comunicazione di tali elementi conoscitivi al soggetto

²⁶² Assonime, 20 febbraio 2014, circolare n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*, pag. 85.

²⁶³ Si fa riferimento al contenuto dell'art. 4, n. 1 secondo il quale *“L'autorità adita fornisce all'autorità richiedente, su sua richiesta, tutte le informazioni utili per il recupero del credito. Al fine di ottenere queste informazioni, l'autorità adita esercita i poteri previsti dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative applicabili per il recupero di crediti analoghi sorti nello Stato membro in cui essa ha sede”*.

richiedente. Esistono però degli evidenti limiti al funzionamento di un tale meccanismo che nella teoria potrebbe apparire perfettamente funzionante. Da un lato è possibile che il soggetto che esercita l'attività commerciale non proceda con la realizzazione di un singolo trasferimento, ma che dia vita ad una pluralità di trasferimenti che finiscono per coinvolgere più Stati, compromettendo l'efficiente funzionamento del canale di comunicazione, anche solo in termini temporali, fino ad arrivare alla perdita dell'importo da riscuotere²⁶⁴. Dall'altro lato si ritrova il problema della fluttuazione dei valori. Eventuali cambiamenti di valore darebbero luogo al diritto per lo Stato in cui si trova la nuova sede dell'amministrazione effettiva di concedere una sospensione della tassazione sulla base delle nuove valutazioni del bene. Obbligare lo stesso a controllare due piani, quello di entrata per lo Stato di origine e quello di uscita per sé stesso, rappresenterebbe un aggravio non proporzionale al principio di territorialità. Ecco allora che la presa in carico da parte del contribuente dell'obbligo di presentazione di una dichiarazione avente cadenza annuale, così come di una dichiarazione di avvenuta cessione degli attivi, ben potrebbero agevolare l'operato delle amministrazioni, assicurando una più equa distribuzione degli oneri. In una condizione di perfetto funzionamento, l'Amministrazione si troverebbe a cooperare con l'autorità dello Stato estero solamente ai fini della riscossione del credito.

Il *regime della rateizzazione* viene utilizzato anch'esso in alternativa rispetto alla riscossione immediata e al *tax deferral*, sempre non sulla scorta di un principio di *all in-all out*. Una volta determinato l'importo dell'imposta il contribuente può fruire della possibilità di suddividerla e versarla in dieci quote costanti, a partire dal periodo di efficacia del trasferimento e per i nove successivi. Si accompagna alla rateazione il versamento di interessi in quanto, con un tale regime, la plusvalenza deve considerarsi realizzata all'atto del trasferimento, senza dipendere in alcun modo dagli eventi realizzativi successivi dei beni e finisce per essere differito il solo prelievo²⁶⁵. Per la medesima ragione, ossia a causa dell'irrelevanza degli

²⁶⁴ Nella stessa sentenza la Corte, considerate le difficoltà di funzionamento nello scambio reciproco di informazioni tra Stati membri, aveva precisato che un "*tale rischio può essere preso in considerazione dallo Stato membro [...] nell'ambito della propria normativa nazionale [...] con misure quali la costituzione di una garanzia bancaria*", Corte giust. com. eur., sentenza del 29 novembre 2001, causa C-371/10, *National Grid Indus*, punto 74.

²⁶⁵ GALASSI, C., MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 2603; AVOLIO, D., PEZZELLA, D., *Op. cit.*, pag. 616; Corte giust. com. eur., sentenza 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, punto 73. Preme sottolineare come il regime di rateizzazione debba seguire la normativa nazionale di ogni Paese membro, ma nonostante ciò esso deve riguardare la sola fattispecie relativa al trasferimento di residenza e non dipendere da condizioni esterne all'operazione. Un tale orientamento è stato espresso dalla Corte di Giustizia nella causa C-64/11, controversia frutto di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione nei confronti della Spagna. Ai sensi della normativa interna, l'autorità di quest'ultima concedeva la possibilità di usufruire della rateizzazione in caso di temporanea insolvenza del contribuente, situazione del tutto estranea al regime studiato. In tal senso RIZZARDI, R., *Op. cit.*, pag. 1666.

accadimenti successivi al trasferimento della residenza in conseguenza dell'ipotesi di immediata realizzazione del presupposto, gli obblighi di monitoraggio, al contrario di quanto avviene per il differimento, non trovano applicazione per il regime oggetto di studio.

Un passaggio particolarmente significativo del Decreto si ritrova negli ultimi periodi del sesto de dell'ottavo comma dell'art. 1, dove viene previsto il rilascio di garanzie sia in caso di differimento dell'imposta che in caso di rateizzazione della stessa. Così come affermato nella sentenza *National Grid Indus*, lo Stato ha la possibilità di richiedere la prestazione di una garanzia in conformità all'importo dell'onere tributario al fine di ridurre quel rischio di mancata riscossione che aumenta con il passare del tempo²⁶⁶. La valutazione circa la proporzionalità della misura viene però lasciata alla libera discrezionalità dello Stato, senza che questo possa comportare una contrazione del beneficio finanziario concesso.

Il profilo della proporzionalità gioca un ruolo fondamentale non solo con riguardo all'importo della garanzia, bensì anche per l'aspetto che riguarda la sua estinzione. Se con il *tax deferral* ha senso mantenere in essere la garanzia fino al verificarsi dell'evento realizzativo effettivo, con la rateizzazione tale evento si è già formalizzato. Ed allora per ogni rata che il contribuente versa all'Amministrazione la stessa dovrebbe riconoscergli una proporzionale riduzione della garanzia, assicurando un rilascio graduale della stessa. La materia viene trattata in maniera molto generica ed, anzi, con riguardo alle modalità di rilascio, alla misura della stessa in rapporto alle soglie di esenzione ed alla valutazione circa la rischiosità del soggetto, viene presentato un ulteriore rimando ad un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate.

In ultima battuta il Decreto ministeriale si è occupato anche della regolamentazione delle cause che comportano la decadenza del regime di sospensione. Si ricomprendono, tra queste, il trasferimento della sede sociale dallo Stato membro di residenza appartenente all'Unione europea o allo Spazio economico europeo ad altro Stato non appartenente all'Unione europea o allo Spazio economico europeo, la liquidazione o l'estinzione dell'ente giuridico estero ed, infine, la realizzazione di un'operazione di fusione o scissione che comporti il trasferimento dell'azienda a soggetto terzo, residente al di fuori dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo. In tale occasione il *tax deferral* viene meno e al contribuente viene richiesto il versamento immediato dell'importo dell'imposta ancora sospesa.

La decadenza del regime quindi non si realizza in occasione di trasferimenti di residenza, o di operazioni straordinarie che comportino il trasferimento, in altro Paese appartenente all'UE o allo SEE. Occorre però prestare particolare attenzione alla movimentazione degli obblighi di

²⁶⁶ Corte giust. com. eur., sentenza 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, punto 74.

monitoraggio e alla modifica dei soggetti che prestano garanzie, in particolar modo in occasione del compimento di operazioni straordinarie. Il mantenimento del regime di sospensione viene sì mantenuto in essere qualora la controparte sia un Paese collaborativo, ma allo stesso tempo l'incorporante, il beneficiario o il conferitario deve assumersi entrambi gli obblighi sopra citati, in quanto esso acquisirà la capacità di monitorare i beni fuoriusciti dall'Italia. Allo stesso tempo una tale previsione non appare sufficiente a garantire una neutralità di posizioni, visto che colui che si assume l'obbligo di prestare garanzia potrebbe non presentare la medesima affidabilità del dante causa. In dottrina sono state suggerite due soluzioni alternative: da un lato l'Amministrazione dovrebbe liberare il dante causa per procedere ad una nuova valutazione in capo al soggetto beneficiario, seguita dalla prestazione di una nuova garanzia. Dall'altro lato, l'Amministrazione potrebbe escutere in via immediata la garanzia, lasciando che siano le controparti della transazione commerciale a regolare i propri rapporti²⁶⁷. Non è chiara quale sia la soluzione più appropriata e per tale ragione sarebbero auspicabile un intervento chiarificatore al Decreto.

5.2 Il nuovo D.M. del 2 luglio 2014 accompagnato dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 10 luglio 2014

Con il Decreto ministeriale appena studiato hanno preso forma una serie di aspetti sostanziali riguardanti la disciplina dell'*exit tax*, che non sono apparsi però sufficienti a completare la regolamentazione della fattispecie impositiva. Erano presenti una serie di importanti carenze, in particolar modo inerenti agli aspetti procedurali ed operativi – come ad esempio la tipologia di informazioni da trasmettere all'Amministrazione finanziaria, la necessità di presentare un'apposita richiesta ai fini della fruizione del regime di sospensione – i quali venivano rimandati alla successiva emanazione di un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate. Nelle more della sua pubblicazione è stato emanato il nuovo Decreto ministeriale del 2 luglio 2014, con il quale sono state apportate una serie di modifiche alla disciplina del *tax deferral* e che ha comportato la perdita di efficacia del precedente Decreto a partire dalla data dell'8 luglio 2014.

Ferma restando la disciplina di base, ossia il riconoscimento di un'opzione che consenta al contribuente di derogare al principio generale di tassazione immediata e anticipata in

²⁶⁷ GALASSI, C., MIELE, L., *Op. cit.*, pag. 2604. Le due alternative non possono considerarsi del tutto equivalenti in ragione del fatto che la prima ipotesi “rispetta il principio della libertà di stabilimento, mentre la seconda ha il merito di essere più pratica, in quanto evita eccessivi oneri a carico dei soggetti interessati, che potrebbero spostarsi all'infinito in caso di successivi trasferimenti di sede, fusioni o scissioni all'interno dell'UE o dello SEE”.

occasione del trasferimento in altro Paese, nei limiti territoriali intesi come appartenenza dello Stato di destinazione all'UE o allo SEE, incluso nella lista di cui all'articolo 168-bis e firmatario di un accordo in tema di reciproca assistenza nella riscossione ai sensi della Direttiva n. 2010/24/UE, sia in caso di trasferimento della sede che di una stabile organizzazione, con il Decreto in esame è stato definito il momento in cui dev'essere determinata l'imposta sulla plusvalenza²⁶⁸. Le imposte devono essere determinate “*alla fine dell'ultimo periodo d'imposta di residenza in Italia o di esistenza della stabile organizzazione oggetto di trasferimento*”²⁶⁹, in maniera definitiva, senza assegnare alcuna rilevanza a successivi incrementi o decrementi di valore che si determinano al momento dell'effettiva cessione dei cespiti nel Paese estero. Anche questa formulazione sconta la problematica relativa a quel criterio di formazione progressiva previsto dalle norme nazionali tributarie in tema di residenza, che richiede la valutazione del requisito della maggior parte del periodo d'imposta. A tal proposito, a risoluzione dei conflitti di residenza interviene l'art. 2 del Decreto, il quale richiede che “*il trasferimento della residenza [sia] determinato tenendo conto delle Convenzioni in materia di doppia imposizione*”. Per quanto con tale inciso il legislatore enfatizzi la prevalenza delle norme convenzionali su quelle interne, non apporta alcuna soluzione al caso di specie perché, come osservato nel primo capitolo del lavoro, le *tie-breaker rules* non forniscono criteri per la risoluzione della questione oggetto di conflitto. In aggiunta a ciò, il richiamo del diritto internazionale lascerebbe indenni da qualsivoglia normativa i fenomeni di doppia non imposizione, i quali non trovano risoluzione in alcuna regolamentazione convenzionale, non dando luogo ad alcun conflitto di residenza.

Le convenzioni, non prevedendo l'utilizzo dello strumento dello *split year* che fraziona il periodo d'imposta sulla base di un elemento puntuale che consenta di individuare, senza alcuna incertezza, il momento a partire dal quale viene perso lo *status* di residente in un Paese per acquisirlo in un altro, non consentono la risoluzione del problema. Sarebbe quindi auspicabile un intervento del legislatore che comporti una netta modifica dei criteri di

²⁶⁸ Si ricorda che nel D.M. del 2013, il terzo comma dell'art. 1 citava il solo momento in cui la plusvalenza doveva considerarsi realizzata, oltretutto in maniera molto generica riferendosi al “*periodo in cui avviene il trasferimento*”. Nulla disponeva in merito al momento utile al calcolo della base imponibile e, quindi, circa il momento di valorizzazione degli attivi, apportando incertezza sull'utilizzo della data di trasferimento da un punto di vista civilistico o della data in cui viene persa la residenza.

²⁶⁹ Art. 1, terzo comma, del D.M. 2 luglio 2014. Dev'essere prestata attenzione al valore dei beni esistenti nella situazione patrimoniale dell'ente all'ultimo giorno del periodo di imposta.

rilevazione del trasferimento di residenza all'estero, non legandolo più alla perdita della residenza, bensì ad un momento puntuale²⁷⁰.

Fermi restando i criteri di calcolo della plusvalenza complessiva, ossia la sua unitarietà e l'inclusione di poste immateriali come avviamento e funzioni e rischi, è stata completamente esclusa la possibilità di optare per il *cherry picking*, ossia la facoltà di scegliere in maniera indipendente per ogni componente appartenente al complesso aziendale trasferito il regime a cui esso deve sottostare, in favore di una logica *all in-all out*. Non è più configurabile un'operatività della disciplina distinta per ogni singolo elemento e la scelta del contribuente finirà per investire l'intero complesso aziendale, sempre però con esclusione dei beni richiamati al secondo comma dell'art. 1, per i quali opera la previsione di immediato realizzo. Si pensa che il legislatore abbia proceduto in tale verso sulla base di ragioni di carattere erariale, per evitare sia una frammentazione di una vicenda unitaria che richiederebbe un'attività di monitoraggio tanto complessa quanto più crescono le dimensioni aziendali, sia un assottigliamento delle entrate fiscali in ragione di scelte di opportunità economica e pianificazione fiscale svolte da parte del contribuente²⁷¹. Nonostante ciò, rimane la previsione secondo cui, ai fini del calcolo della plusvalenza da riferirsi a ciascun cespite, si deve procedere con l'imputazione della plusvalenza totale in ragione del maggior valore di ogni singolo bene. Una tale previsione non consentiva infatti solamente l'operatività del regime atomistico, bensì risultava, e risulta utile, anche per la quantificare l'importo dell'imposta da ridurre al verificarsi di fattispecie realizzative.

Uno degli interventi più rilevanti apportati dal D.M. del 2014 riguarda il sesto comma, all'interno del quale vengono indicati i fenomeni realizzativi dei cespiti e, in altre parole, gli accadimenti che determinano il venir meno della sospensione concessa. Oltre alle ipotesi viste in precedenza, ovvero le operazioni rilevanti ai sensi dell'art. 86 del t.u.i.r. e la distribuzione di utili o di riserve di capitale per i titoli immobilizzati, il legislatore ha introdotto l'ipotesi di realizzazione indiretta, che si configura per il tramite del processo di ammortamento. Ipotesi fortemente criticata nel passato da parte della dottrina a causa della sua complessità dal punto di vista della gestione che comporta. Si pensi al fatto che la valutazione deve essere operata in funzione di ogni singolo bene appartenente al complesso aziendale.

²⁷⁰ Assonime, 17 dicembre 2014, circolare n. 33, *Le modifiche alla disciplina dell'exit tax: il Decreto ministeriale del 2 luglio 2014 e il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 10 luglio 2014*, pag. 14.

²⁷¹ *Idem*, Ivi, pag. 17. Assonime osserva che con tutta probabilità, il contribuente che ha la possibilità di fruire del regime di *cherry picking* sarà portato ad utilizzare "la sospensione dell'imposta per le plusvalenze latenti relative ai beni realizzabili [...] in tempi più lunghi e, viceversa, di optare per la rateizzazione [...] per le plusvalenze latenti relative ai beni di più immediata realizzazione".

Ad ogni modo, l'intervento si è reso indispensabile in quanto in sua mancanza vi erano dei beni, in particolar modo quelli a vita utile indefinita come alcuni *intangibles*, che consentivano una sospensione della riscossione senza termine. In questo modo, il legislatore ha reso possibile un recupero graduale dell'imposta in conformità al processo di consumazione economica e tecnica dei beni, prevedendo che, per i beni ammortizzabili, l'effetto realizzativo si concretizzi nell'esercizio in cui si verifica la maturazione delle quote di ammortamento fiscale, in maniera del tutto indipendente rispetto alla loro imputazione ed esposizione a conto economico. In ottica analoga, per gli strumenti finanziari che non costituiscono immobilizzazioni, il maggior valore dovrà essere tassato attraverso la determinazione di quote costanti in relazione alla durata residua degli stessi.

Il generico richiamo alle regole di realizzo del t.u.i.r. è stato quindi ristretto ai soli elementi patrimoniali non soggetti a processo di ammortamento.

In ogni caso è stato anche previsto un periodo massimo di sospensione pari a dieci anni, da calcolare a partire dal termine dell'ultimo periodo di residenza in Italia, indipendentemente dall'effettiva realizzazione²⁷². Si evita, in via residuale, che la sospensione possa esistere a tempo indeterminato.

Con riferimento alle due tipologie di regimi, permangono sia il *tax deferral* che la rateizzazione, anche se con alcuni correttivi. Innanzitutto anche per la sospensione è stato previsto l'obbligo di corresponsione di interessi ai sensi dell'art. 20 del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, in conformità a quanto previsto nella sentenza *National Grid Indus*, anche se sembra che questo sollevi alcune perplessità dal momento che il pagamento di interessi non viene previsto nel nostro ordinamento per nessun caso di sospensione, ma solo di rateizzazione²⁷³. Probabilmente la misura risponde all'esigenza di riconoscere che la sospensione costituisce pur sempre un beneficio che procrastina la manifestazione finanziaria.

In secondo luogo è stato ridotto il periodo temporale in cui l'imposta viene rateizzata, passando da un arco temporale di dieci anni ad uno di sei anni, sempre con rate di pari importo.

²⁷² La previsione non è priva di implicazioni. Si pensi a quei beni ammortizzabili in un arco temporale superiore ai dieci anni previsti dal D.M. del 2014. Ne costituiscono un esempio i marchi e l'avviamento, per i quali si verificherebbe il seguente fenomeno: nel corso dei primi nove anni l'imposta verrebbe ridotta in ragione della quota di ammortamento fiscale imputabile all'esercizio, ma alla data del decimo anno la plusvalenza che residua dovrebbe essere integralmente versata, in ragione del periodo di sospensione massimo. In tal senso PIAZZA, M., VALSECCHI, M., D'ANGELO, G., *Assonime analizza la normativa attuativa definitiva della "exit tax"*, in Corr. Trib., 2015, n. 14, pag. 1083.

²⁷³ MIELE, L., RUSSO, V., *Con le correzioni alla "exit tax" cambiano modalità e condizioni di esercizio dell'opzione*, in Corr. Trib., 2014, n. 32, pag. 2449.

Anche le ipotesi di decadenza sono state aggiornate. In primo luogo dal D.M. del 2014 che ha introdotto l'ipotesi di apertura di una procedura di insolvenza verso il soggetto trasferito e la cessione di quote da parte dei soci di società di persone. Ma anche il Provvedimento è intervenuto nello stesso ambito, ampliando le fattispecie alla mancata presentazione, o al mancato rinnovo, delle garanzie richieste, alla mancata presentazione della dichiarazione annuale prevista al punto 3 del Provvedimento, al mancato assolvimento dell'obbligo di conservazione e aggiornamento della documentazione richiesta al punto 2 del Provvedimento, al mancato riscontro ai questionari con cui l'Agenzia richiede documentazione, alla mancata comunicazione della variazione dell'indirizzo della sede localizzata all'estero ed, infine, al mancato pagamento di una rata.

Sull'aspetto delle garanzie e del monitoraggio si è dovuto attendere il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 10 luglio 2014, n. 2014/92134, il quale si è occupato anche della regolamentazione degli aspetti procedurali²⁷⁴.

Le garanzie²⁷⁵ possono essere richieste al contribuente con atto motivato da parte dell'Amministrazione in relazione ad una serie di informazioni disponibili o raccolte dai documenti forniti dal contribuente atte alla misurazione della solvibilità del soggetto, presente e futura, supportando l'analisi per il tramite di indici patrimoniali, economici e/o finanziari. In tal senso un aiuto potrebbe derivare anche dai dati che emergono dalle categorie di rating. In ogni caso si rende necessaria la sussistenza di un “grave e concreto pericolo per la riscossione”²⁷⁶, senza argomentare quali ipotesi configurino la gravità.

²⁷⁴ Per comodità, si riportano in nota le indicazioni contenute ai punti 1 e 2 del Provvedimento. Il contribuente che intenda esercitare l'opzione di differimento, sia in termini di sospensione che di rateizzazione, è tenuto alla presentazione di apposita comunicazione all'Ufficio territorialmente competente nei termini previsti per il versamento a saldo delle imposte sui redditi dell'ultimo periodo di imposta di residenza. Da tale momento, sarà necessaria anche la conservazione e l'aggiornamento di apposita documentazione dalla quale emerga:

- a) l'inventario dei componenti dell'azienda che non sono confluiti all'interno della stabile organizzazione rimasta in territorio nazionale;
- b) il valore della plusvalenza unitariamente determinata sulla base dei valori dei beni che emergono dall'inventario;
- c) l'ammontare dell'imposta determinata ed, eventualmente, di quella sospesa o rateizzata;
- d) il costo fiscale, il valore normale, la plusvalenza o la minusvalenza riferibile ad ogni singolo bene;
- e) le modalità seguite ai fini della del calcolo della plusvalenza;
- f) l'indicazione dello Stato di destinazione;
- g) l'insieme delle informazioni funzionali alla valutazione della solvibilità del soggetto, presente e futura;
- h) il piano di ammortamento dei beni qualora venga esercitata l'opzione di *tax deferral*.

²⁷⁵ Secondo le indicazioni del Provvedimento la garanzia può essere rilasciata nella forma di ipoteca di primo grado su immobili di proprietà situati all'interno dei confini nazionali, accompagnata da una perizia giurata di stima, oppure di ipoteca di primo grado o altro diritto di prelazione su beni o diritti di proprietà, o ancora di fidejussione bancaria o polizza assicurativa.

²⁷⁶ Provvedimento del Direttore dell'Agenzia dell'entrate, 10 luglio 2014, n. 2014/92134, punto 5.1.

Esiste anche un'espressa clausola di esclusione, che permette al contribuente di essere esentato dal fornire alcuna garanzia qualora, in ognuno dei tre esercizi precedenti al trasferimento della residenza, non abbia conseguito perdite risultanti dai bilanci e il valore del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio sia pari almeno al 120 per cento dell'imposta sospesa o rateizzata. In ogni caso, il valore della garanzia sommato al valore del patrimonio netto non può superare l'importo dell'imposta complessiva. In termini di durata, la garanzia non può essere inferiore ad un periodo di tre anni nel caso di sospensione o del periodo di rateizzazione. Tutte queste soglie assicurano che la garanzia, nella sua forma di onere che in una certa misura rappresenta una tassazione immediata privando il soggetto di una parte del proprio patrimonio, rispetti il principio sancito in sede comunitaria della proporzionalità.

Anche le modalità di monitoraggio sono state oggetto di modifica. Una volta proceduto con il trasferimento all'estero della sede o della stabile organizzazione, la società rimane soggetta all'obbligo di presentare l'annuale dichiarazione dei redditi, compilando i quadri predisposti che permettono di esporre gli importi ancora sospesi e l'ammontare del patrimonio netto²⁷⁷.

A chiusura del D.M. del 2014 si ritrova lo speciale regime transitorio previsto dal legislatore. Il Decreto ha prodotto i propri effetti a partire dal periodo d'imposta successivo alla data della sua pubblicazione, ossia dal periodo d'imposta 2015. Si rendeva necessario però un coordinamento rispetto alle operazioni già poste in essere disciplinate dal vecchio Decreto del 2013 e, in tal senso, è stato previsto che le regole ivi contenute vengano estese ed applicate anche ai trasferimenti di residenza avvenuti a norma dell'art. 166 del t.u.i.r. a partire dal 24 gennaio 2012, data di entrata in vigore del D.L. n. 1/2012.

Operativamente, una tale previsione ha determinato importanti implicazioni per le imprese. Innanzitutto, l'eliminazione del regime di *cherry picking* adottato in precedenza dev'essere riformulato, in favore di una scelta unitaria in relazione a tutti gli elementi del complesso

²⁷⁷ Le informazioni richieste dall'Amministrazione devono essere fornire in sede di dichiarazione dei redditi compilando il quadro TR – Trasferimento della residenza all'estero del Modello Unico. Facendo riferimento alle istruzioni Unico 2016 nel rigo TR1 deve essere indicata la plusvalenza complessiva, unitariamente determinata, nel rigo TR2 e TR3 trovano collocazione gli importi rispettivamente sospesi o rateizzati con l'indicazione anche della rispettiva imposta. Viene lasciato spazio anche al settore del monitoraggio. Per il tramite delle informazioni fornite, anche qualora non ci sia stato il compimento di alcun evento realizzativo, è possibile rilevare lo stato del *tax deferral*, così come quello delle garanzie visto che al rigo TR4 colonna 2 viene esposto il patrimonio netto che risulta dall'ultimo bilancio. Viene espressamente richiesto che trovino esposizione anche i cambiamenti in termini di obblighi di monitoraggio che si registrano al compimento di operazioni straordinarie, i quali passano al soggetto incorporante, beneficiario o conferitario. Si vedano FERRONI, B., *Il quadro TR recepisce le novità sul trasferimento di sede all'estero*, in Fisco, 2015, n. 20, pag. 1935-1936; ALBANO, G., *"Exit tax": la disciplina del "tax deferral" in Unico SC 2015*, in Corr. Trib., 2015, n. 20, pag. 1516.

In merito al momento in cui deve aver luogo il versamento delle imposte sospese il Provvedimento stabilisce che, una volta verificatesi le fattispecie di realizzo diretto e indiretto previste, il pagamento della relativa imposta deve avvenire entro il termine di versamento a saldo delle imposte sui redditi. Lo stesso dicasi per il regime di rateizzazione, avendo riguardo di rispettare tale data in ogni singolo esercizio.

trasferito. Di conseguenza la scelta del nuovo regime deve riguardare la sola imposta residua che risulta ancora sospesa alla data del 1° gennaio 2015. Qualora si opti per la rateizzazione l'imposta residua deve essere suddivisa in sei rate annuali di importo costante. Al contrario, la scelta della sospensione richiede che vengano seguite le nuove regole di realizzo, diretto o indiretto, a partire dall'anno 2015²⁷⁸.

La disciplina del trasferimento di residenza all'estero non ha trovato però la propria conclusione con gli atti appena esposti. Con il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 («*Decreto Internazionalizzazione*») il legislatore è intervenuto nuovamente sul fronte del trasferimento in uscita, prevedendo che il regime di sospensione della riscossione dell'imposta possa operare sia in favore del trasferimento di una parte di attivi da una stabile organizzazione italiana di società estera e sia per quei trasferimenti che conseguono ad operazioni straordinarie. Si procede con ordine.

L'articolo 11 del Decreto Internazionalizzazione ha in prima battuta proceduto con l'abrogazione dell'inciso dell'art. 166, comma 2-quater, che richiamava i principi sanciti con la sentenza *National Grid Indus* da parte della Corte di Giustizia al fine di evitare che, in presenza di evoluzioni giurisprudenziali, la norma italiana rimanga ancorata sia alle pronunce di una singola sentenza e sia ai principi emergenti da un'interpretazione eventualmente superata²⁷⁹.

In secondo luogo, il Decreto è intervenuto per il tramite di una norma di interpretazione autentica²⁸⁰ con la quale è stata confermata l'estensione della disciplina di *tax deferral* ai trasferimenti che coinvolgono solamente una parte degli attivi della stabile organizzazione italiana appartenente ad un soggetto estero. Ad una tale conclusione era già pervenuta la dottrina attraverso l'analisi congiunta dell'art. 166 del t.u.i.r., del D.M. del 2014, della procedura d'infrazione n. 2010/4141 e della causa C-38/10. Assicurando il regime di *tax deferral* anche ad un complesso di beni classificabile come parte di un'azienda, ma che risulta idoneo a costituire un ramo o un'azienda a sé stante, è stato possibile eliminare quella

²⁷⁸ La questione relativa al realizzo indiretto dei beni ammortizzabili necessita di alcuni chiarimenti. Posto che un tale regime dovrebbe applicarsi sia ai beni già presenti nel patrimonio aziendale, così come a quelli che emergono in sede di trasferimento, cosa accade qualora il processo di ammortamento, alla data di entrata in vigore del Decreto, sia già stato avviato? Una prima soluzione viene fornita dal sesto comma che prevede l'operatività del regime nei confronti delle quote ancora residue.

²⁷⁹ In tal senso SPINIELLO, S., BISOGNO, M., *Exit tax estesa a operazioni straordinarie e trasferimento di rami di stabili organizzazioni*, in *Fisco*, 2015, n. 39, pag. 3743.

²⁸⁰ Difatti all'interno dell'art. 11 del D.Lgs. n. 147/2015, terzo comma, vengono usate le parole “*si interpretano nel senso che*”. La stessa relazione illustrativa al decreto riporta l'inciso secondo cui la modifica deve “*intendersi [come] avente carattere interpretativo*”.

disparità di trattamento tra soggetti nazionali e stranieri sulla base del fattore “riscossione immediata”²⁸¹.

In ragione al carattere interpretativo, la previsione non è stata trasfusa all’interno dell’art. 166 del t.u.i.r. e la stessa avrà carattere retroattivo.

In ultima analisi, con l’intento di eliminare ogni dubbio interpretativo sorto in precedenza nei dibattiti della dottrina, con l’introduzione del sesto comma all’art. 179 del t.u.i.r. è stato disposto che “*si applicano, ove compatibili, le disposizioni dell’articolo 166, commi 2-quater e seguenti, anche ad operazioni verso Stati aderenti all’Accordo sullo Spazio economico europeo*”. È stata quindi definitivamente riconosciuta l’analogia tra le due operazioni che portano al medesimo risultato, ossia la perdita della residenza nel territorio dello Stato, ponendo fine a quei disallineamenti che introducevano effetti distorsivi delle scelte imprenditoriali. I componenti dell’azienda o del complesso aziendale oggetto delle operazioni straordinarie transnazionali possono quindi godere, dall’entrata in vigore del Decreto²⁸², del regime di sospensione in precedenza descritto fino all’effettivo realizzo dei beni trasferiti.

Per concludere, l’intervento dev’essere accolto con favore da parte della collettività nonostante esso, in conseguenza dell’ampliamento delle ipotesi di differimento, aggravi gli obblighi di monitoraggio e aumenti il rischio della mancata riscossione concessa su beni allocati all’estero sui quali l’Amministrazione non ha più la possibilità di vigilare in maniera diretta. Al fine di garantire il corretto funzionamento delle normative è necessario che venga implementata la cooperazione così come la reciproca assistenza in ambito del recupero dei crediti tra gli Stati membri.

²⁸¹ Si veda ARMELLA, S., UGOLINI, L., *Ampliati i casi di differimento della “exit tax”*, in Corr. Trib., 2015, n. 42, pag. 4189.

²⁸² La previsione contenuta nell’art. 11 del D.Lgs. n. 147/2015, decorrente dal periodo d’imposta in corso alla data di entrata in vigore del Decreto, coincidente con il 7 gennaio 2015, trova perciò applicazione per tutte le operazioni straordinarie che compiute nel corso dell’anno 2015.

CAPITOLO IV

IL TRASFERIMENTO DELLA RESIDENZA DI ENTI GIURIDICI ALL'INTERNO DEI CONFINI NAZIONALI: PROBLEMI DI VALORIZZAZIONE DEI COMPONENTI AZIENDALI ALLA LUCE DEL NUOVO ARTICOLO 166-BIS DEL T.U.I.R.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il precedente vuoto normativo e gli interventi della prassi amministrativa tra valorizzazione al costo storico o al valore corrente – 3. Il trattamento delle perdite pregresse – 4. La recente introduzione dell'articolo 166-bis del t.u.i.r. e l'attuale valorizzazione degli elementi patrimoniali in ingresso – 5. Il recente riconoscimento della fattispecie del trasferimento di residenza delle imprese all'interno della disciplina sugli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale – 5.1. La normativa del ruling di standard internazionale e la sua evoluzione – 5.2. Gli aspetti procedurali visti con riferimento allo specifico caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia – 5.3. Gli accordi preventivi in ottica di aiuti di Stato: il problema della caratteristica di unilateralità

1. Premessa

Il trasferimento della residenza in Italia da parte di un ente giuridico configura una fattispecie perfettamente speculare rispetto a quella del trasferimento di sede all'estero, regolata dall'art. 166 del t.u.i.r. che prevede l'applicazione del meccanismo di *exit taxation*. Nonostante tale simmetria, nel corso degli anni è sempre mancato un intervento del legislatore volto a garantire un'autonoma regolamentazione, da un punto di vista normativo, della materia. Solamente con l'adozione del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 («Decreto Internazionalizzazione») è stato inserito l'art. 166-bis nel corpo del t.u.i.r., all'interno del quale il legislatore ha provveduto a disciplinare le fattispecie sino a quel momento oggetto di dubbi interpretativi anche se, come vedremo, non in maniera del tutto esaustiva.

Molto probabilmente la ragione per cui il legislatore non percepiva la necessità di introdurre un apposita disciplina risiedeva nel fatto che l'atto dell'entrata di un ente giuridico non determina il diritto all'esercizio di alcun potere impositivo da parte dello Stato di arrivo. La pretesa impositiva, al contrario, potrà essere avanzata solo in occasione della maturazione di utili e plusvalenze a partire dal momento in cui il soggetto si considera fiscalmente residente. Anzi, è il fenomeno dell'uscita che riaccende il bisogno da parte dello Stato di sfruttare l'ultimo momento utile alla tassazione in concomitanza del quale i componenti si trovano ancora all'interno della giurisdizione fiscale nazionale.

In tempo antecedente rispetto al predetto intervento solamente la dottrina e l'Amministrazione finanziaria sono intervenute per esprimersi in merito ai casi di trasferimento di soggetti esteri all'interno dei confini territoriali nazionali. In proposito, si sono sviluppati due principali filoni interpretativi lungo i quali si sono costruiti diversi pareri. In maniera speculare rispetto a quello che succedeva per il fenomeno di emigrazione delle società verso l'estero, le due visioni hanno avuto origine dalle differenti previsioni contenute nelle discipline interne degli ordinamenti nazionali, i quali consentivano o meno l'operazione. Da un lato il trasferimento veniva considerato come un fenomeno estintivo-costitutivo del soggetto, ossia si sosteneva che nel Paese di origine la società dovesse essere sottoposta a procedura liquidatoria seguita dalla successiva costituzione di una società ex novo nel Paese di destinazione in cui far confluire i beni d'impresa. Dall'altro, invece, si riteneva che il trasferimento costituisse un atto di continuità giuridica in conseguenza del quale non si verificava alcuna estinzione o interruzione del soggetto giuridico. Sulla base di queste considerazioni si procedeva anche con un differente processo di valorizzazione.

Il tema principale che investe l'operazione di immigrazione di società estere riguarda la necessità di determinare il valore fiscale degli elementi patrimoniali o del complesso aziendale che, in occasione di un tale evento, entrano per la prima volta nella sfera impositiva dello Stato di destinazione²⁸³. L'esigenza di determinare ex novo il valore fiscale degli elementi patrimoniali della società neo-residente segue un percorso fisiologico che si struttura dalla sua entrata nella giurisdizione dello Stato di arrivo accompagnata dalla sua speculare uscita dalla giurisdizione dello Stato di provenienza e che viene influenzato anche dal regime di tassazione occorso al momento del trasferimento della residenza. Una tale situazione si propone, anche se con alcune modificazioni, nel caso di trasferimento con il mantenimento di una stabile organizzazione nello Stato estero di partenza o di uno Stato terzo.

Inoltre, l'acquisto della residenza fiscale determina l'attivazione dei criteri di collegamento elaborati e utilizzati dagli Stati al fine di individuare e tassare i redditi secondo il criterio della *worldwide taxation*, sulla base del quale un soggetto considerato residente ai fini delle imposte sul reddito viene tassato su tutti i suoi redditi, ovunque prodotti.

²⁸³ Il problema nasce dal fatto che l'immissione avviene senza che vi sia un costo di acquisto riconosciuto per beni che rimangono di appartenenza dell'imprenditore, i quali cioè non vengono in contatto con terze economie. In tal senso PARACCHI, M., LONGO, A., *Questioni in tema di trasferimento della residenza fiscale di una società da uno Stato membro dell'Unione europea all'Italia*, in *Rass. Trib.*, 2013, n. 2, pag. 425.

2. Il precedente vuoto normativo e gli interventi della prassi amministrativa tra valorizzazione al costo storico o al valore corrente

La mancanza di una specifica normativa in tema di entrata è sempre stata percepita in un'ottica di sfavore da parte della dottrina visto che obbligava il contribuente a compiere delle operazioni al buio, senza conoscere le modalità di svolgimento, così come le conseguenze al quale esso si esponeva. Il tutto aggravato dal fatto che il trasferimento riguarda un soggetto estero, il cui ordinamento di provenienza potrebbe avere pochi, o completamente assenti, punti di contatto con anche i soli principi nazionali del Paese di arrivo.

Nel contesto italiano, l'unico appiglio normativo si rinveniva nel diritto privato internazionale, nel cui art. 25 della L. n. 218/1995 si riscontrava la concessione della possibilità di attuare un trasferimento in Italia. Difatti, tra le righe del primo comma, si consentiva la localizzazione della sede legale, dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'attività all'interno dei confini nazionali in un tempo successivo alla costituzione dell'ente avvenuta in Paese estero, con la conseguenza che a tale soggetto venisse applicato il diritto nazionale italiano. La possibilità di eseguire l'operazione sottostava, in ogni caso, a quell'inciso valevole sia ai fini dell'entrata che dell'uscita, in base al quale l'efficacia del trasferimento rimaneva condizionata al rispetto delle norme sia del Paese di entrata che di quello di uscita. In caso di discordanza, ossia nel caso in cui l'ordinamento di uno dei due Stati interessati all'operazione non consentisse lo spostamento del complesso aziendale, avrebbe avuto luogo l'inefficacia di un trasferimento in continuità giuridica.

Anche sotto il profilo civilistico era presente il solo silenzio del legislatore. In mancanza di qualsivoglia indicazione anche da parte dell'Amministrazione finanziaria, la dottrina²⁸⁴ si è espressa in un primo tempo nel voler sostenere un obbligo di redazione di una perizia di stima del patrimonio oggetto di immissione, in conformità a quanto previsto dagli articoli 2343 e 2465 del cod. civ., al fine di garantire le caratteristiche di integrità e consistenza del capitale sociale. Si trattava però di un obbligo previsto solamente nei confronti degli enti che assumevano la forma di società di capitali, escludendo in tal modo le altre forme societarie. Rimaneva in ogni caso aperta la questione relativa alla necessità di predisporre una relazione giurata di un esperto nel solo caso di trasferimento in continuità giuridica o anche in discontinuità.

Lo stesso dicasi in ambito tributario. All'interno di quest'ultimo, però, vi era l'art. 166 del t.u.i.r. che, nella sua formulazione originaria, assegnava all'operazione di trasferimento un

²⁸⁴ FURIAN, S., *Op. cit.*, pag. 7999.

effetto realizzativo delle plusvalenze latenti e dei fondi in sospensione d'imposta, in relazione ai valori correnti dei componenti o dell'intero complesso aziendale. La disciplina rappresentava l'unico spunto che, per simmetria, poteva trasporre i principi ivi contenuti all'operazione inversa.

In tale contesto è intervenuta per la prima volta l'Agenzia delle Entrate con la propria risoluzione del 17 gennaio 2006, n. 9/E, con la quale, anche se non ha trovato trattazione propriamente il tema dell'assegnazione del valore fiscalmente rilevante, ha preso avvio quel processo di distinzione tra trasferimento in continuità giuridica o discontinuità, il quale ha aperto le porte ad una valutazione basata sul costo storico piuttosto che sul valore corrente²⁸⁵.

Il caso riguardava una società spagnola che interpellava l'Amministrazione in seguito al trasferimento della propria sede legale in Italia, al fine di conoscere il momento di acquisizione dello *status* di residente. Dopo aver ricordato che lo Stato italiano applica *in primis* la teoria dell'incorporazione, è stato chiarito che quest'ultima presenta delle forme di temperamento, in particolar modo ammettendo sia il trasferimento in entrata che in uscita. Le due ipotesi consentono l'efficacia di un trasferimento in continuità giuridica a condizione che vengano rispettate le norme dello Stato di partenza, così come quelle previste dallo Stato di arrivo. In altre parole, entrambi i Paesi devono consentire lo spostamento dell'ente giuridico. In tal caso la continuità giuridica riconoscerà la non interruzione del periodo d'imposta ed il soggetto sarà considerato residente sulla base delle indicazioni contenute nell'art. 73, terzo comma, del t.u.i.r., ossia sulla base del requisito della maggior parte del periodo d'imposta.

Qualora la controparte non sia dotata di un sistema di leggi improntato sul principio secondo cui il trasferimento di residenza non corrisponde ad un fenomeno liquidatorio, l'operazione avverrà con soluzione di continuità, determinando la nascita di un nuovo soggetto nel Paese di destinazione a partire dal giorno in cui uno dei tre criteri viene localizzato in territorio nazionale. Sulla scorta di questa distinzione si sono delineate due alternative differenti.

Dal un lato l'utilizzazione del costo storico²⁸⁶, in particolar modo in occasione del compimento di un'operazione che avviene in continuità giuridica, il quale determina la presa

²⁸⁵ Con la risoluzione in oggetto è stato possibile individuare il momento a partire dal quale deve prendere avvio il computo dei giorni che permettono di verificare il requisito della maggior parte del periodo d'imposta. Per un'analisi più approfondita si rimanda al terzo capitolo del lavoro.

²⁸⁶ Si tratta di un metodo valutativo fortemente criticato. In primo luogo perché in occasione del compimento di operazioni realizzative permette allo Stato di residenza di esercitare la propria potestà impositiva anche su valori economici di competenza di altre giurisdizioni fiscali, poiché generatisi nei periodi di residenza all'estero anteriori al trasferimento. Per di più permetterebbe anche l'entrata di criteri estranei all'ordinamento nazionale. Inoltre, si nota un'asimmetria interna al nostro sistema in quanto viene riconosciuta l'entrata dei beni al costo storico e l'uscita degli stessi al loro valore normale, in forza di quanto previsto all'art. 166 del t.u.i.r.. Come diretta conseguenza le società trasferitesi in Italia, non solo potrebbero non essere incentivate ad uscire dai confini nazionali, a causa dell'insorgenza di fenomeni distorsivi della mobilità societaria, ma potrebbe anche

in carico dei valori che risultano dai documenti contabili della società estera. Il criterio ripercorre la linea seguita ai fini della valorizzazione delle operazioni straordinarie che non presentano il carattere della realizzazione e che perciò richiedono un trattamento di neutralità fiscale²⁸⁷. Il costo storico cioè ben riflette le situazioni nelle quali il trasferimento di residenza non viene considerato come un fenomeno traslativo, in conseguenza del quale i beni vengono iscritti in ragione di quanto disposto dall'art. 65 del t.u.i.r., comma 3-bis. L'articolo disciplina i beni in entrata nel circuito imprenditoriale provenienti dal patrimonio personale dell'imprenditore e, perciò, mediante il suo richiamo il trasferimento viene assimilato ad un tale evento, ovvero alla prima entrata del bene nell'assetto aziendale²⁸⁸ alla quale corrisponde una valorizzazione basata sul costo d'acquisto. A sostegno vi era anche risposta ad un interpello mai pubblicato che consentiva la valorizzazione di partecipazioni immesse nel regime italiano al valore di costo²⁸⁹.

Dall'altro lato, la presa in carico al valore corrente²⁹⁰ che consente di eliminare le iniquità, nella forma di fenomeni di doppia imposizione, portate dal costo storico in presenza di una tassazione in uscita. Nello stesso verso si muoveva la regola del regime dei beni d'impresa, secondo cui devono essere assoggettati a prelievo i soli valori che trovano maturazione durante il periodo di permanenza in tale regime dei beni a cui si riferiscono²⁹¹. Non è corretto

essere disincentivata all'entrata perché a conoscenza dell'illegittima pretesa di tassare plusvalori maturati all'estero. Il sistema normativo che dovrebbe sostenere le scelte imprenditoriali volte alla crescita e allo sviluppo economico finirebbe per rappresentare un ostacolo alla costruzione di nuove articolazioni imprenditoriali. In tal senso si veda PRAMPOLINI, A., *Trasferimento di residenza di società e "valori in ingresso"*, in Corr. Trib., 2015, n. 25, pag. 1920; PARACCHI, M., LONGO, A., *Op. cit.*, pag. 426.

Per ultimo, come già osservato nelle considerazioni generali, il criterio del costo storico, nonostante permetta di eliminare le doppie esenzioni d'imposta, non garantisce l'eliminazione del fenomeno opposto, ovvero quello della doppia imposizione.

²⁸⁷ In tal senso IANNACCONE, A., *Op. cit.*, pag. 32.

²⁸⁸ In contrapposizione con il richiamo dell'art. 65 vi è la risoluzione del 19 luglio 2002, n. 242, nella quale l'Amministrazione conferma l'assenza di una espressa disciplina con riferimento ai profili valutativi dei beni entranti nel regime d'impresa, senza richiamare un'applicazione analogica dell'articolo sopra citato. Si veda IANNACCONE, A., *Op. cit.*, pag. 33.

²⁸⁹ Deve essere riportata una precisazione. La società estera aveva presentato l'interpello per conoscere la posizione dell'Amministrazione finanziaria, ma l'operazione sottesa non riguardava un vero e proprio trasferimento di residenza, bensì il compimento di una fusione per incorporazione. L'interpellante aveva quindi proposto come soluzione l'utilizzo del costo storico in accordo con quanto previsto dalla Direttiva n. 90/434/CEE e dalle norme nazionali, improntate su di un principio di neutralità fiscale a cui consegue la continuità dei valori fiscali. Si veda FURIAN, S., *Op. cit.*, pag. 8002.

²⁹⁰ Anche tale criterio non è esente da critiche. Difatti la sua adozione consente di attuare una rivalutazione indebita, nel senso di una rivalutazione non prevista da norme di legge, che permette di sfruttare i vantaggi economici come maggiori ammortamenti, o di una rivalutazione in esenzione d'imposta, pensando all'entrata di elementi quali le partecipazioni soggette al regime di *participation exemption* o in assenza di ogni effettivo incremento di valore.

²⁹¹ Come evidenziato in dottrina "*le potestà di prelievo degli Stati devono essere coordinate non solo da un punto di vista spaziale e territoriale, ma anche dal punto di vista temporale e per questo motivo lo Stato di destinazione deve poter tassare le plusvalenze maturate nell'ambito del suo ordinamento fiscale, e pertanto*

esercitare la propria potestà su valori maturati nel periodo antecedente al trasferimento e in un regime imprenditoriale, considerato nella sua accezione territoriale, estero. Non esiste alcuna giustificazione alla tassazione di valori maturati all'esterno della sfera impositiva nazionale²⁹². Ancora, il valore corrente consente di non incidere sull'autonomia impositiva di cui godono gli Stati ai fini fiscali. Per meglio dire, con un tale criterio il Paese di destinazione non sarà tenuto a dipendere in alcun modo dal trattamento fiscale riservato al contribuente dal Paese di origine, sia in termini di tassazione in uscita, che di valutazione dei beni²⁹³. Quindi se un altro Paese non considera, al pari dell'Italia, il trasferimento come fenomeno di natura non traslativa, questo non significa che una tale operazione debba necessariamente assumere una differente qualificazione giuridica anche nel nostro ordinamento.

La dottrina²⁹⁴ si esprimeva nel preferire sempre la seconda ipotesi, sia in presenza di una forma di *exit tax*, così come in un sua assenza. Il criterio del valore corrente veniva visto come il modello più coerente rispetto ai principi nazionali e comunitari.

Nella sostanza, la preferenza di una tesi rispetto all'altra dipendeva da due ordini di fattori: in primo luogo la mancanza di un fenomeno idoneo ad integrare fattispecie traslativa del complesso aziendale, per il quale nascevano esigenze di simmetria e continuità giuridica. In secondo luogo il peso che lo Stato di destinazione assegnava ai criteri di valorizzazione adottati dallo Stato d'origine all'atto del trasferimento. Si fa riferimento a quell'esigenza di coordinamento che ha l'obiettivo di evitare l'insorgenza di fenomeni distorsivi al funzionamento del mercato²⁹⁵.

Nel corso del 2007 si rinviene il primo intervento dell'Amministrazione, contenuto nella risoluzione del 30 marzo, n. 67/E²⁹⁶. Il caso, per quanto molto particolare vista la presenza di

quelle createsi a partire dall'entrata dei beni, qualunque ne sia la modalità", così DE' CAPITANI DI VIMERCANTE, P., *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, in Dir. Prat. Trib., 2008, II, pag. 48. Ancora, il valore normale "consentirebbe di ragguagliare il prelievo in Italia ai soli plusvalori che maturano nell'arco di tempo in cui i beni sono ricompresi nella sfera impositiva italiana e, allo stesso tempo, ne sarebbero esclusi quelli formati prima ed al di fuori di essa", così IANNACCONE, A., Op. cit., pag. 34.

²⁹² Volendo riprendere l'assimilazione presentata nel terzo capitolo del lavoro tra operazione di trasferimento della residenza ed operazione di trasformazione eterogenea, anche l'art. 171, secondo comma, si muove nel senso di prevedere l'irrilevanza di plusvalenze e minusvalenze maturate in un tempo antecedente all'entrata nel nuovo regime fiscale.

²⁹³ MIELE, L., *Il trasferimento di imprese in Italia e la valorizzazione dei beni al valore normale*, in Corr. Trib., 2015, n. 21, pag. 1607.

²⁹⁴ MIELE, L., *Holding, rientri dal valore incerto*, in Sole 24 Ore, 22 settembre 2005, pag. 23; Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 51/2001/T.

²⁹⁵ Si veda SALLUSTIO, C., *Il regime fiscale dei beni in entrata in occasione del trasferimento di residenza fiscale transfrontaliero. Profili nazionali e comunitari*, in Riv. Dir. Trib., 2011, fasc. 9, pag. 829.

²⁹⁶ L'istanza riguardava il tema della valorizzazione di partecipazioni detenute in una società tedesca da parte di una persona fisica che intendeva spostare la propria residenza dal territorio tedesco a quello italiano a far data dal

una convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Germania e Italia e il riferimento ad una persona fisica, ha avuto importanti riflessi anche nell'ambito societario. Conformemente alle previsioni convenzionali, la permanenza della società in territorio tedesco rendeva applicabile il punto n. 12 del Protocollo allegato alla Convenzione che fissava il costo fiscale delle partecipazioni detenute dal contribuente al pari del valore normale ad esse attribuito da parte dello Stato di partenza che assoggettava a tassazione i plusvalori latenti²⁹⁷. In caso contrario, lo spostamento della residenza della società, in momento antecedente al trasferimento della residenza del socio, in altro Paese avrebbe fatto venir meno le indicazioni della Convenzione, non esistendo più il requisito della residenza dei soggetti coinvolti nei due Paesi firmatari dell'accordo. Per risolvere la questione, in mancanza di disposizioni internazionali e nazionali, l'Amministrazione ritenne comunque²⁹⁸ utilizzabile il valore teorico (ossia il valore normale) così come stimato dallo Stato di partenza per due ragioni: primo perché garantiva allo Stato nel cui territorio aveva avuto formazione l'incremento di valore di salvaguardare il proprio diritto impositivo, nel rispetto del principio di equilibrata ripartizione del potere impositivo. Secondo perché veniva ritenuto lo strumento più efficace ai fini dell'eliminazione dei fenomeni di doppia imposizioni.

Sulla base delle considerazioni presentate sembra che l'Agenzia delle Entrate abbia introdotto un vero e proprio criterio che supera i precedenti indirizzi, ma la stessa ha in una certa misura condizionato la valorizzazione basata sul criterio del valore corrente alla presenza di una forma di tassazione in uscita da parte del Paese estero²⁹⁹. In sua assenza cosa dovrebbe

1° luglio 2007. Nello specifico, la plusvalenza latente che da esse scaturiva era stata sottoposta a sospensione all'atto dell'uscita ai sensi dei principi espressi nella sentenza *De Lasteyrie du Saillant* e l'amministrazione dello Stato d'origine avrebbe riscosso il valore del debito tributario in occasione della successiva cessione delle plusvalenze. Il contribuente si preoccupava di conoscere l'opinione dell'Amministrazione italiana in un periodo in cui era assente qualsivoglia normativa al riguardo e con riferimento ad un'operazione che creava un concreto rischio di doppia imposizione, alla luce di due scenari differenti. Da un lato la permanenza della società in Germania che rendeva applicabile la Convenzione in vigore tra Italia e Germania e dall'altro il trasferimento della società in Austria in seguito alla trasformazione della stessa nel tipo societario della Società europea.

²⁹⁷ “La disposizione n. 12 del protocollo allegato alla Convenzione [prevede] che se uno Stato contraente assoggetta ad imposizione – in occasione del trasferimento della residenza di una persona fisica in un altro Stato – la plusvalenza derivante da una partecipazione rilevante in una società residente, dovrà determinare la plusvalenza tassabile assumendo come costo d'acquisto il valore teorico della partecipazione adottato dal primo Stato al momento della partenza della persona fisica”, così Agenzia delle Entrate, risoluzione del 30 marzo 2007, n. 67/E, pag. 2.

²⁹⁸ Nella risoluzione viene utilizzato in termine “*ad ogni modo*” il quale sembra riflettere il concetto di *mutatis mutandis*, ovvero che le medesime conclusioni debbano applicarsi anche a fattispecie riferibili a persone giuridiche. In tal senso GALLIO, F., FURIAN, S., STEVANATO, D., LUPI, R., *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento in arrivo*, in Dial. Dir. Trib., 2007, I, pag. 577; FURIAN, S., GALLIO, F., *Verso un primo riconoscimento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, sul recepimento di valori correnti in caso di trasferimento di sede dall'estero in Italia (ma solo se c'è exit tax)*, in Fisco, 2007, n. 36, pag. 12283.

²⁹⁹ Posizione fortemente criticata in quanto il carattere traslativo di un'operazione non discende, di per sé, dall'applicazione o meno di una *exit tax*, bensì dalla natura dell'operazione posta in essere. Inoltre, lo stesso

accadere? Si riproporrebbe il binomio valorizzazione al costo storico piuttosto che al valore corrente, seguito da tutti i dubbi del caso, dato che manca una forma di corrispettivo che funga da parametro valutativo, così come una forma di coordinamento tra giurisdizioni.

Da un lato usare un metodo semplice, lineare che fa propri i valori contabili che si ritrovano nella contabilità estera, ma che introduce il sentito rischio di tassazione di fittizi incrementi di valore³⁰⁰. Dall'altro seguire, per simmetria, una valutazione che si allinea con le previsioni in tema di trasferimento di residenza in uscita.

Nonostante ciò, il pensiero della dottrina e della prassi è conforme nel ritenere che la valorizzazione al valore corrente operi anche in assenza di tassazione, assenza che potrebbe derivare anche sulla scorta di alcune disposizioni di carattere generale³⁰¹. Lo stesso dicasi con riferimento all'aspetto monetario. Non risulta necessario che l'onere tributario sia concretamente assolto da parte del contribuente, bensì risulta sufficiente la liquidazione dell'imposta, intesa come sua determinazione definitiva.

In una strada di mezzo si colloca invece il prodotto della Commissione Biasco che, con diretto riferimento alle imprese, oltre che caldeggiare la soluzione proposta dall'Amministrazione nell'assunzione del valore soggetto ad *exit taxation*, così come calcolato da parte dello Stato estero, riconosce la possibilità di mantenere i valori contabili degli elementi patrimoniali trasferiti, affiancando a tale scelta lo strumento del credito d'imposta. In tal modo, consentendo una deduzione pari all'imposta pagata all'estero al momento della

orientamento comunitario riconosceva la prevalenza del criterio del valore normale. Difatti, un primo spunto è quello fornito dalla Commissione europea che nella propria comunicazione del 2006 esorta gli Stati a superare le distorsioni attraverso l'adozione del meccanismo dello *step up*, ossia un approccio di reciproco riconoscimento dei valori dei beni oggetto di trasferimento. Secondo questa linea, lo Stato membro di destinazione dovrebbe riconoscere, e di conseguenza adottare, il valore fiscalmente riconosciuto dallo Stato di uscita. Ma può un Paese essere obbligato ad uniformarsi e a modellare il proprio regime di tassazione in funzione del tipo di imposizione di uno Stato terzo? In merito a tale aspetto si era già espressa la Corte affermando che “*la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di uno Stato membro, al fine di garantire [...] una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle norme tributarie nazionali*”.

³⁰⁰ Ci si spiega meglio. Si pensi al caso in cui un complesso aziendale venga trasferito nel territorio dello Stato italiano sulla base del costo storico degli elementi che ne formano parte e ad esso consegua l'immediato trasferimento in Paese estero. Ai sensi dell'art. 166 del t.u.i.r. l'Amministrazione applicherebbe una *exit tax* su eventuali plusvalori insiti nel valore dei beni, ossia scaturenti dalla differenza tra costo storico e valore corrente. Ma tale differenza di valore non si è formata a seguito dell'operatività dell'impresa che ha fatto sì che si determinassero fatti economicamente apprezzabili all'interno dei confini nazionali, bensì deriva dall'apporto di plusvalori che hanno trovato maturazione in territorio estero in un tempo antecedente. Speculare anche il caso di eventuali minusvalenze, dove il riconoscimento del costo storico permetterebbe di importare perdite di valore che potrebbero essere spese nel regime d'impresa italiano.

³⁰¹ Si pensi a quel particolare regime fiscale previsto nella disciplina di *participation exemption*. Si vedano GALLIO, F., FURIAN, S., STEVANATO, D., LUPI, R., *Op. cit.*, pag. 579 e ss.; MIELE, L., RUSSO, V., *Il «rimpatrio» e la valorizzazione dei beni fra costo storico e valore normale*, in *Corr. Trib.*, 2008, n. 38, pag. 3090; Assonime, circolare del 31 ottobre 2007, n. 67/E, pag. 34 secondo la quale “*per i beni che danno luogo a componenti reddituali esenti nello Stato di provenienza non dovrebbe esservi alcun ostacolo al riconoscimento immediato dei valori correnti in Italia*”.

determinazione del debito d'imposta nazionale che si verifica al compimento di atti traslativi, verrebbe neutralizzata l'incidenza di quei plusvalori maturati all'estero.

L'orientamento appena espresso ha acquisito un'accezione differente con l'idea secondo cui sia il tipo di trasferimento di residenza a fungere da fattore discriminante nella scelta del corretto valore da applicare. Con la risoluzione del 5 agosto 2008, n. 345/E, l'Agenzia delle Entrate è stata interpellata da una holding lussemburghese al fine di conoscere, tra le altre cose, il corretto valore fiscale da assegnare alle partecipazioni una volta avvenuto il trasferimento della sede legale in Italia. Operazione che non era soggetta ad alcun regime di tassazione in uscita. Il trasferimento della residenza, conformemente alle previsioni dell'art. 25, terzo comma, della L. n. 218/1995, avvenendo in continuità giuridica e quindi, in assenza del compimento atti traslativi così come in assenza di alcuna forma di imposizione sui plusvalori latenti da parte del Paese di origine, doveva portare il contribuente a propendere per la continuazione dei valori fiscalmente rilevanti in maniera tale da riflettere la prosecuzione senza soluzione di continuità dell'attività d'impresa. In tal senso, la valorizzazione doveva dipendere dai valori riconosciuti nella contabilità da parte dell'autorità estera, coincidenti con il costo d'acquisto³⁰². L'operazione veniva perciò parificata al passaggio di beni dalla sfera extra-imprenditoriale verso quella imprenditoriale.

L'Amministrazione, allo stesso tempo, riconobbe anche che qualora fosse intervenuta una *exit tax*, o si fosse operato in discontinuità giuridica, la soluzione appena presentata non sarebbe stata più praticabile perché non più equa. I beni avrebbero dovuto essere valorizzati con riferimento al loro valore corrente al momento del trasferimento in quanto, come osservato da uno studio del Notariato³⁰³, tale criterio rispondeva a tre finalità: salvaguardare il diritto di prelievo in ragione della potestà impositiva, ovvero in ragione dello Stato nel quale il valore economico è maturato, prevenire fenomeni di doppia imposizione ed, infine, evitare salti d'imposta.

Si è assistito all'introduzione di un criterio di valorizzazione misto, basato su di un approccio case-by-case che muove dall'esercizio o meno da parte dello Stato di partenza del proprio potere impositivo. Il metodo prevede quindi l'utilizzo sia del valore contabile che del valore corrente in ragione del comportamento adottato dall'amministrazione estera. Si tratta di una

³⁰² Ai fini del corretto funzionamento di un tale meccanismo l'Agenzia richiedeva che i sistemi contabili adottati dalle parti fossero compatibili, ossia seguissero i principi contabili internazionali o quelli contenuti nella Direttiva n. 660/1978, al fine di assicurare l'intelligibilità dei dati contenuti nei bilanci e di ridurre il rischio di acquisire o perdere minusvalenze o plusvalori. Si veda SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 838.

³⁰³ Consiglio Nazionale del Notariato, 9 gennaio 2002, studio n. 51/2002/T aggiornato dallo studio del 24 settembre 2008, n. 152/2008/T, *Profili fiscali ai fini dell'imposizione diretta del trasferimento in Italia della sede di una società estera*.

previsione che risponde ad esigenze di equità fiscale dal momento che non trova alcun fondamento giuridico nel diritto tributario interno così come in quello comunitario³⁰⁴.

A fronte questo dualismo sono state formulate alcune critiche: in primo luogo la valorizzazione nazionale si troverebbe ad essere influenzata dalla discrezionalità dello Stato estero, il quale ha la possibilità di imporre o meno, in maniera discrezionale, una *exit tax*. In secondo luogo, ritornando al tema della lacuna legislativa, permane la mancanza una norma che preveda in maniera certa l'applicazione di un criterio piuttosto che di un altro. Il parere dell'Amministrazione non può essere considerato sufficiente a colmare il vuoto normativo, ed anzi lascia esposto il contribuente al pericolo che nel corso del tempo l'orientamento del Fisco possa registrare dei mutamenti.

In aggiunta rimanevano aperte due tipologie di problematiche: non era chiaro il trattamento che doveva essere riservato ai beni rimpatriati per i quali, nonostante il regime della continuità giuridica, si scontava una *exit tax*³⁰⁵. Inoltre ci si interrogava sugli effetti che conseguivano ad un trasferimento della residenza nel quale la riscossione dell'imposta non avvenisse nell'immediato. Ai sensi dell'art. 165 del t.u.i.r. dovendosi riconoscere nello Stato di residenza un credito d'imposta fino a concorrenza delle imposte pagate all'estero, si correrebbe il rischio di garantire benefici superiori a quanto normalmente concesso qualora al trasferimento della residenza si accompagni un aggiornamento dei valori storici.

3. Il trattamento delle perdite pregresse

Il tema del trasferimento in entrata non investe la sola valorizzazione dei beni che entrano a far parte del regime imprenditoriale nazionale, bensì anche il delicato profilo del riporto delle perdite. Delicato perché la possibilità di utilizzare le stesse nello Stato di destinazione significa consentire l'abbattimento di redditi ivi prodotti. Con la risoluzione del 5 agosto 2008, n. 345/E, l'Amministrazione si è occupata di chiarire anche le modalità di utilizzazione

³⁰⁴ SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 829.

³⁰⁵ Sulla questione si è espressa Assonime affermando che “*a prescindere dalla circostanza se vi sia estinzione nello Stato di partenza o trasferimento in regime di continuità sul piano civilistico, la Direttiva [...] 2005/19/CE, e, altresì, la nostra legislazione interna (art. 166 del t.u.i.r.) attribuiscono allo Stato di origine il potere di assoggettare ad imposizione i plusvalori relativi ai beni del soggetto che attua il trasferimento, [...] sia con riguardo ai beni situati all'estero, [...] sia sui beni già esistenti in Italia. [...] Per simmetria, potrebbe ritenersi valida la soluzione di riconoscere, in generale, fiscalmente rilevanti i valori correnti in luogo di quelli storici ogniqualvolta vi sia una exit tax [...] anche qualora vi sia continuità di effetti giuridici sul piano civilistico*”, così Assonime, circolare del 31 ottobre 2007, n. 67, pag. 33. In dottrina è stato sottolineato però che una tale soluzione potrebbe portare ad una ingiusta penalizzazione pensando alla perdita di minusvalenze che non sono mai state “spese” o ad un ingiusto vantaggio nel caso opposto. In tal senso FERRANTI, G., *I profili fiscali del trasferimento in Italia delle società estere*, in *Fiscalità internazionale*, 2010, n. 2, pag. 112.

delle perdite, sia con riferimento a quelle maturate in territorio estero e sia a quelle formatesi nel corso dei primi esercizi di residenza in Italia.

Per le prime, a differenza di quanto sostenuto nella risoluzione in analisi, non dovrebbe rilevare in alcun modo la particolare disciplina delle *Controlled Foreign Company* applicata alla società istante su cui l'Amministrazione finanziaria si era concentrata³⁰⁶. Piuttosto si dovrebbe prestare attenzione al mantenimento o meno di una stabile organizzazione nell'ordinamento di provenienza.

Secondo una parte della dottrina³⁰⁷ la costituzione di una stabile organizzazione che rimane in territorio estero porterebbe ad escludere l'utilizzabilità delle perdite in territorio italiano, primo perché esiste una struttura giuridica all'interno della quale spenderle e secondo per il fatto che lo Stato estero ne consente l'utilizzo. È la situazione simmetrica rispetto a quella prevista dall'art. 166, comma 2-bis, del t.u.i.r. ai sensi del quale "*le perdite generatesi fino al periodo d'imposta anteriore a quello da cui ha effetto il trasferimento all'estero della residenza fiscale, sono computabili in diminuzione del reddito della [...] stabile organizzazione*". Se, al contrario, venisse concessa la fruizione delle perdite in entrambi gli Stati il soggetto godrebbe di un ingiustificato doppio beneficio.

Nel caso in cui non sia mantenuta alcuna stabile organizzazione o, nello stesso senso, lo Stato di origine non consenta l'utilizzo delle perdite pregresse nella residua stabile organizzazione, non vi è alcuna disciplina che consenta di risolvere la questione. Si potrebbe rinvenire una soluzione a tal riguardo procedendo con la linea d'analisi seguita dalla Corte di Giustizia, basata sulla presenza di una discriminazione del trattamento riservato rispettivamente ai soggetti interni e a quelli esteri. Non consentire il riporto delle perdite determina un effetto dissuasivo nei confronti del soggetto in entrata, tanto da configurarsi come una restrizione alla

³⁰⁶ L'ente giuridico era una società precedentemente localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata con qualifica di holding del 1929, ossia rientrante tra i soggetti a cui dev'essere applicata la disciplina delle *Controlled Foreign Companies* a norma dell'art. 167 del t.u.i.r.. quest'ultimo prevede l'attribuzione dei redditi conseguiti dai soggetti esteri partecipati ai soci residenti, in accordo con le loro quote di partecipazione. Lo stesso non può dirsi però con riferimento alle perdite, le quali possono essere portate in diminuzione dei redditi del solo soggetto estero, senza alcuna imputabilità ai soci. In tal senso, il soggetto controllante potrà utilizzare le perdite che derivano dalla società estera al solo fine di compensare i redditi prodotti dalla stessa società, senza poterne fruir allo scopo di determinare il proprio reddito di periodo. Non opera, perciò, alcuna riportabilità in capo ai soggetti residenti in Italia a causa della particolare disciplina, la cui *ratio* si rinviene nel voler evitare che il soggetto abbia la possibilità di abbattere imponibili tassabili dallo Stato di residenza con valori la cui determinazione è avvenuta fuori dal controllo dell'Amministrazione.

³⁰⁷ Si veda FRANCO, A., *Trasferimento di società dall'estero verso l'Italia, regime delle perdite ed ingresso di Controlled Foreign Company nell'ordinamento italiano*, in Riv. Dir. Trib., 2009, II, pag. 264 e ss.

libertà di stabilimento primaria³⁰⁸. Restrizione che però può essere giustificata qualora esista una proporzionalità tra la misura stessa e quanto necessario per il conseguimento dello scopo. Secondo la Corte, la misura deve ritenersi sproporzionata se:

- a) *“la controllata non residente ha esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti, [...]”*
- b) *le perdite della controllata estera non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo”*³⁰⁹.

Sulla base di quanto affermato, si deve ritenere che qualora le perdite non possano essere utilizzabili nell'ordinamento di provenienza, poiché a causa del trasferimento si è perso qualsivoglia diritto al loro utilizzo, quello di destinazione non possa vietarne in ogni caso la fruizione. Va posta particolare attenzione al caso in cui però lo Stato di origine ne consente l'utilizzazione ma non vi è sufficiente capienza per l'intero ammontare delle perdite pregresse. In tal caso, non si è più di fronte ad una forma di restrizione perché, ai sensi delle affermazioni della Corte, il fattore che rileva è la negazione del loro utilizzo, indipendentemente dal fatto che esse trovino reddito pari al loro ammontare.

Vi è però un'altra parte della dottrina³¹⁰ che non guarda al problema del riporto delle perdite pregresse alla luce della persistenza di un centro di imputazione nel Paese di origine, ma lo analizza con riferimento al tipo di trasferimento di residenza posto in essere, ossia se avviene in continuità o in discontinuità giuridica. In entrambi i casi non si riterrebbe ammissibile l'utilizzo delle perdite, ma per due ragioni differenti: da un lato perché si incorrerebbe in una lesione del principio di territorialità e dall'altro perché l'operazione non sarebbe proprio ammissibile.

In mancanza di una precisa disciplina ci si attende un pronto intervento chiarificatore da parte del legislatore essendo la questione, come già evidenziato, di particolare rilevanza.

Con riferimento alla riportabilità illimitata prevista dall'art. 84, secondo comma, del t.u.i.r. l'Amministrazione nega la sua applicazione. La norma citata, in deroga al primo comma che introduce limiti quantitativi all'utilizzo in compensazione delle perdite pregresse, consente

³⁰⁸ Corte giust. com. eur., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*. In particolare con la prima questione pregiudiziale il giudice di rinvio chiedeva “*se gli artt. 43 CE e 48 CE ostino ad una normativa di uno Stato membro che esclude la possibilità, per una società controllante residente, di dedurre dal suo reddito imponibile perdite occorse in un altro Stato membro ad una controllata registrata sul territorio di quest'ultimo, sebbene accordi tale possibilità per perdite subite da una controllata residente*”.

³⁰⁹ Corte giust. com. eur., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 55.

³¹⁰ PELLECCIA, M., *Op. cit.*, pag. 1416 e ss.

alle imprese di portare in diminuzione dal reddito di periodo le perdite che sono state realizzate nei primi tre esercizi, sottoponendo l'azione al rispetto di due condizioni.

In primo luogo il calcolo temporale dei primi tre periodi d'imposta deve decorrere dalla data di costituzione dell'ente giuridico. In secondo luogo le perdite devono derivare dallo svolgimento di una attività produttiva dotata del carattere della novità.

L'effettuazione di un'operazione in continuità giuridica non soddisfa il primo requisito della disciplina in quanto come riferimento temporale rilevante ci si deve riferire alla costituzione avvenuta nel Paese estero, e non a quella, successiva, di ingresso in Italia³¹¹. A differenza di quanto sostenuto dalla dottrina³¹², il triennio decorre dal momento di costituzione avvenuto ai sensi della legislazione estera. In ogni caso, dubbi interpretativi sorgerebbero anche con riferimento al secondo requisito della novità. Come specificato dall'Agenzia delle Entrate, un tale requisito oggettivo vuole *“agevolare l'effettivo avvio di una nuova attività imprenditoriale, piuttosto che la continuazione di una “vecchia” attività in capo ad un “nuovo” soggetto”*³¹³. È da escludersi quindi che l'attività svolta nel periodo *ante* trasferimento possa acquisire il requisito della novità per il solo fatto della sua entrata in una nuova giurisdizione fiscale.

Differente è il caso in cui il trasferimento della residenza avvenga all'interno dell'arco temporale dei primi tre anni dalla data di costituzione estera. Il soggetto, non avendo ancora fruito pienamente della previsione contenuta nell'art. 84 del t.u.i.r., potrebbe riportare illimitatamente anche le perdite realizzate in Italia in un tempo successivo al trasferimento. Vero è che si propone un'importante problematica operativa: il requisito della novità pone in capo all'Amministrazione l'onere della verifica circa la tipologia di attività svolta dal medesimo soggetto in un tempo antecedente non al trasferimento, bensì alla data di costituzione. Scenario, questo, quasi impraticabile.

³¹¹ In maniera ancora più precisa, sembra che il legislatore con il richiamo alla data di costituzione abbia voluto escludere la capacità delle operazioni straordinarie di incidere sulla data a partire dalla quale decorre il triennio dell'art. 84 del t.u.i.r.. In tal senso FRANCO, A., *Op. cit.*, pag. 266. A conferma anche la stessa relazione illustrativa di accompagnamento al decreto n. 223/2006.

³¹² Secondo il parere di quest'ultima, l'arco temporale dei tre anni che decorre dalla data di costituzione non avrebbe dovuto fare riferimento al momento della costituzione civilistica, ma *“al momento di acquisizione, per la prima volta, della titolarità di un reddito d'impresa”*, così MIELE, L., RUSSO, V., *Op. cit.*, pag. 3090-3091. Si evidenzia come, seguendo una tale interpretazione, sarebbe stata vanificata la *ratio* della norma che riconosce un beneficio per la possibile insorgenza di perdite, le quali costituiscono un fattore fisiologico nei primi anni di operatività.

³¹³ Si veda Agenzia delle Entrate, circolare del 4 agosto 2006, n. 28/E, pag. 70.

4. La recente introduzione dell'articolo 166-bis del t.u.i.r. e l'attuale valorizzazione degli elementi patrimoniali in ingresso

Solo con l'adozione del Decreto Internazionalizzazione per la prima volta la disciplina in esame ha trovato trattazione per via legislativa.

L'intervento contiene una serie di disposizioni atte ad implementare il sistema normativo italiano, principalmente al fine di renderlo attrattivo e competitivo sul piano della sua operatività a livello transnazionale. Il legislatore ha voluto introdurre una serie di misure in grado di rispondere ai continui cambiamenti del contesto economico in cui operano le imprese, con l'obiettivo di ridurre le limitazioni che ostacolano le forme di investimento in Italia, sia sotto il profilo burocratico così come con riferimento alle caratteristiche di certezza e trasparenza³¹⁴. L'intervento di particolare rilievo per la disciplina in esame trova collocazione all'interno dell'art. 12 del Decreto, intitolato "*Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato*" ed ha portato all'introduzione dell'attuale art. 166-bis del t.u.i.r.³¹⁵.

Dalla lettura dell'articolo si nota immediatamente il superamento del precedente orientamento dell'Amministrazione finanziaria, così come quello della dottrina, circa i metodi di valorizzazione fiscale dei beni in ingresso, apportando dopo lungo tempo certezza giuridica all'operazione speculare al trasferimento all'estero. Abbandonato definitivamente il dualismo del passato tra costo storico e valore corrente in ragione dell'esistenza di un meccanismo di *exit taxation* applicato dal Paese di origine al momento del trasferimento, l'art. 166-bis del t.u.i.r. prevede, come principio generale, l'utilizzo del criterio del valore normale, determinato

³¹⁴ In maniera più puntuale la relazione illustrativa chiarisce che gli interventi vogliono:

- a) creare un contesto di maggiore certezza, anche eliminando alcune lacune dell'ordinamento domestico;
- b) ridurre gli adempimenti per le imprese e i relativi oneri amministrativi;
- c) adeguare la normativa interna alle recenti pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia;
- d) eliminare alcune distorsioni del sistema vigente.

³¹⁵ Per comodità si riporta in nota il contenuto della disposizione. Art. 166-bis - **Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato** : "1. *I soggetti che esercitano imprese commerciali provenienti da Stati o territori inclusi nella lista di cui all'art. 11, comma 4, lettera c), del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239, che, trasferendosi nel territorio dello Stato, acquisiscono la residenza ai fini delle imposte sui redditi assumono quale valore fiscale delle attività e delle passività il valore normale delle stesse, da determinarsi ai sensi dell'art. 9.*

2. *Nei casi di trasferimento da Stati o territori diversi da quelli di cui al comma 1, il valore delle attività e delle passività è assunto in misura pari al valore normale di cui all'art. 9, così come determinato in esito all'accordo preventivo di cui all'art. 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. In assenza di accordo, il valore fiscale delle attività e passività trasferite è assunto, per le attività, in misura pari al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore normale, determinato ai sensi dell'art. 9, mentre per le passività, in misura pari al maggiore tra questi.*

3. *Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le modalità di segnalazione dei valori delle attività e delle passività oggetto di trasferimento. In caso di omessa o incompleta segnalazione, si applica la sanzione amministrativa prevista dall'art. 8, comma 3-bis, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, commisurata all'importo non indicato*".

ai sensi dell'art. 9 del t.u.i.r., terzo comma³¹⁶. L'utilizzo di tale valore avviene indipendentemente dai valori fiscali riconosciuti in precedenza, indipendentemente dal regime di discontinuità giuridica e indipendentemente dall'applicazione di una *exit tax*. In altre parole, al componente aziendale viene assegnato il valore normale a prescindere. La scelta del legislatore appare coerente, in una prospettiva di simmetria interna, con quanto indicato per il caso speculare del trasferimento della residenza all'estero, dove l'art. 166 del t.u.i.r. prevede che *“il trasferimento all'estero [...] costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda e del complesso aziendale”*. Inoltre, come sottolineato precedentemente, assicura il pieno e corretto esercizio della potestà legislativa di uno Stato, assicurando cioè una tassazione sui valori economici che maturano nel corso del periodo di residenza nello Stato, legato ad un criterio territoriale.

È una scelta a sostegno della coerenza interna dell'ordinamento, *“nel duplice senso di coerenza territoriale e di coerenza con i meccanismi di simmetria che presiedono alla determinazione del reddito”*³¹⁷. Quest'ultima caratteristica è di particolare rilevanza posto che essa rende più attraente il Paese permettendo di eliminare i fenomeni di doppia imposizione, i quali si verificano ogni qual volta la medesima base imponibile viene colpita in due differenti Paesi in ragione della discrezionalità di cui godono gli Stati membri nella costruzione del proprio sistema fiscale. Viene invece sacrificata la coerenza esterna, ossia il coordinamento con l'altro Paese estero interessato dall'operazione, esponendosi al rischio di emersione di fenomeni distorsivi al corretto funzionamento del mercato³¹⁸.

Nella pratica, l'adozione di un tale criterio di valutazione risulta in linea con le indicazioni comunitarie³¹⁹, ma l'impostazione scelta da parte del legislatore porta con sé due

³¹⁶ Art. 9 - **Determinazione dei redditi e delle perdite**: “3. Per valore normale [...] si intende il prezzo o il 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 beni sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi”. Il valore normale viene quindi identificato mediante il tacito richiamo al principio di libera concorrenza contenuto all'interno dell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE ai sensi del quale si intende il *“prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o similari a condizioni similari o identiche nel libero mercato”*, così SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 831. La sua determinazione passa attraverso il metodo del confronto che presuppone l'esistenza di un mercato attivo in cui il bene può formare oggetto di scambio tra parti indipendenti. La mancanza di un mercato attiva l'utilizzazione di metodi di calcolo che conducono comunque all'ottenimento di un valore dei beni da considerarsi attendibile, il quale potrebbe differire però a seconda del metodo adottato.

³¹⁷ Così PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 1920.

³¹⁸ In tal senso ROLLE, G., *“Exit taxation”, riorganizzazioni transfrontaliere e doppia imposizione*, in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 2015, n. 11, pag. 34.

³¹⁹ Nonostante in ambito europeo non vi sia alcuna norma diretta a disciplinare il tema della valorizzazione dei beni nel Paese di destinazione, esistono i principi della Corte di Giustizia. In particolare con la sentenza *National Grid Indus* il giudice comunitario ha implicitamente ritenuto corretto l'utilizzo del valore corrente quando ha affermato che lo Stato di destinazione terrà conto delle fluttuazioni di valore dei beni trasferiti nel quadro del proprio regime fiscale. Non sarà possibile avanzare alcuna censura in merito in quanto un tale criterio consente il

controindicazioni: in primo luogo, l'emersione di un salto d'imposta qualora si verifichi la mancata imposizione dei plusvalori uscenti o nel momento in cui, anche a seguito dell'applicazione di una *exit tax*, il valore corrente stimato dal Paese di destinazione risulti superiore a quello oggetto d'imposta al momento dell'uscita. In secondo luogo un fenomeno di doppia imposizione quando, in concomitanza con l'applicazione della tassazione in uscita, il valore assegnato agli elementi patrimoniali in entrata sia inferiore rispetto al a quello assegnato al momento dell'uscita.

Si tratta in ogni caso di effetti che derivano da scelte estere che non dovrebbero avere riflessi sulla disciplina del nostro ordinamento e, in tale ottica, per il legislatore delegato “*l'esigenza di limitare la potestà impositiva ai plusvalori maturati in Italia è stata ritenuta prevalente rispetto all'esigenza di evitare salti d'imposta nel passaggio da un ordinamento all'altro*”³²⁰.

I comportamenti osservati dallo Stato estero non devono influire in alcun modo nel trattamento fiscale nazionale. Ancora, una tale regola consente di gestire la valorizzazione dei beni in piena indipendenza rispetto agli avvenimenti del passato che hanno inciso sul valore fiscale dei beni, eliminando tutte quelle criticità ricollegabili alla verifica della compatibilità delle regole fiscali estere rispetto a quelle nazionali.

Dev'essere presentata però la prima precisazione. Per quanto quella del criterio del valore normale rappresenti una regola generale, l'art. 166-bis del t.u.i.r. condiziona la sua operatività al fatto che i soggetti esercenti attività commerciali³²¹ che spostano la propria residenza in territorio italiano provengano da “*Stati o territori inclusi nella lista di cui all'art. 11, comma*

conseguimento dell'obiettivo di equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati. Un tale orientamento viene sostenuto anche dalla Commissione europea nella propria Comunicazione del 19 dicembre 2006, COM(2006) 825.

³²⁰ Così ALBANO, G., *Attività fiscalmente riconosciute al valore normale nel trasferimento della residenza in Italia*, in Corr. Trib., 2015, pag. 3882; In tal senso anche MIELE, L., *Il trasferimento di imprese in Italia e la valorizzazione dei beni al valore normale*, in Corr. Trib., 2015, pag. 1607.

³²¹ La dicitura “soggetti che esercitano imprese commerciali” ha sollevato non pochi dubbi interpretativi, così come è avvenuto in passato con riferimento all'art. 166 del t.u.i.r.. Secondo Assonime dovrebbero ricomprendersi tutti i soggetti che, sulla base delle disposizioni nazionali, sono titolari di reddito d'impresa ai sensi dell'art. 55 del t.u.i.r.. Per alcuni soggetti il requisito della commercialità discende in maniera diretta dal modello societario acquisito, ma per altri sarebbe necessario lo svolgimento di un'attività accertativa sul tipo di attività svolta. Come si dovrebbe procedere? Una prima risposta è pervenuta con la risoluzione del 5 agosto 2016, n. 69/E, secondo la quale “*il presupposto consistente nell'esercizio di un'impresa commerciale [...] deve intendersi riferito a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa secondo l'ordinamento domestico, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta*”. Assonime, Nota tecnica n. 9/2015, pag. 9; PELLECCCHIA, M., *Trasferimento della residenza in Italia: lettura estensiva della disciplina da parte dell'Agenzia delle Entrate*, in Fisco, 2016, n. 37, pag. 3562; ROSSI, L., FICAI, G., *Acquisizione della residenza fiscale in Italia e valorizzazione ai fini tributari di beni provenienti dall'estero*, in Corr. Trib., 2016, n. 13, pag. 992; COMMITTERI, G., M., “*Entry tax*”: *nel trasferimento degli “asset” l'Agenzia dà rilevanza agli aspetti sostanziali*, in Corr. Trib., 2016, n. 44, pag. 3415.

4, lettera c), del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239³²². Viene prevista cioè una differente applicazione delle regole in ragione del grado di trasparenza fiscale.

Se da un lato si fa riferimento ai Paesi cosiddetti *white list*, ossia agli Stati che garantiscono un adeguato scambio di informazioni, dall'altro vi è l'eccezione rappresentata dai soggetti provenienti da Paesi *black list*, per i quali il riconoscimento del valore normale non risulta automatico, bensì subordinato all'attivazione e alla conclusione di un accordo di ruling preventivo regolato dall'art. 31-ter del D.P.R. 600 del 1973.

In secondo luogo si ripropone la problematica vista in precedenza nel trasferimento di residenza verso l'estero. Mancando un esplicito richiamo alle operazioni straordinarie transfrontaliere, che permettono al contribuente di ottenere lo stesso risultato da un punto di vista sostanziale, non è chiaro se le stesse debbano essere regolate dalla disciplina in esame. La lacuna è incomprensibile dato che, con il medesimo Decreto, il legislatore è intervenuto per estendere le regole relative all'operazione inversa di uscita alle operazioni di fusione e scissione transnazionale. Secondo una parte della dottrina, da un punto di vista letterale è stata creata un'asimmetria normativa che non rende applicabili per analogia le regole contenute nell'art. 166 del t.u.i.r. e che, anche in questo caso, influenza le decisioni imprenditoriali sulla base di scelte di convenienza fiscale. La differenziazione creata fa sì che alle operazioni di trasferimento in entrata consegua una valorizzazione basata sulle previsioni contenute all'art. 179, primo comma del t.u.i.r. – il quale a sua volta richiama l'art. 172 del t.u.i.r. – secondo cui *“i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi”*. Si tratta di un regime di continuità fiscale dal quale emerge immediatamente il problema applicativo: la norma disciplina le operazioni interne per le quali esiste un valore fiscalmente riconosciuto, ma lo stesso non si può dire in occasione

³²² Si fornisce nella presente nota un breve chiarimento sulle modifiche intervenute in tema di Paesi considerati *white list* o *black list*. Fino all'introduzione del Decreto Internazionalizzazione, la materia veniva regolata dall'art. 168-bis del t.u.i.r. all'interno del quale, nei due commi, si ritrovavano contenute due *white list*, una indirizzata all'individuazione degli Stati o territori che concedevano un adeguato scambio di informazioni e la seconda che, in aggiunta all'adeguato scambio di informazioni, individuava gli Stati e i territori nei quali il livello di tassazione non era sensibilmente inferiore a quello praticato in Italia. A norma della modifica intervenuta ad opera dell'art. 10 del Decreto sopra citato, l'art. 168-bis è stato abrogato e le due liste sono state delocalizzate, rispettivamente nel terzo e nel quarto comma dell'art. 167 del t.u.i.r.. Ai fini della nostra analisi, il terzo comma stabilisce che per le leggi, i regolamenti o i decreti che facevano riferimento al primo comma dell'art. 168-bis del t.u.i.r., ad oggi si presti attenzione all'elenco contenuto nel quarto comma dell'art. 11 del D.Lgs. n. 239/1996, il quale recita che *“con uno o più decreti [...] il Ministro delle finanze stabilisce: c) l'elenco degli Stati e territori di cui all'art. 6, comma 1, che consentono un adeguato scambio di informazioni; tale elenco è aggiornato con cadenza semestrale”*. Fino all'anno 2016 l'elenco richiamato era contenuto all'interno del D.M. 4 settembre 1996, il quale però è stato ridisegnato a seguito dell'emanazione del D.M. 9 agosto 2016. Si veda MIELE, L., SURA, A., BONTEMPO, F., FABI, T., 2016. Bilancio e reddito d'impresa, (s.l.): Wolters Kluwer; ASCOLI, G., PELLECCIA, M., *Gli sviluppi della legislazione in tema di black list e white list*, in Fisco, 2015, n. 24, pag. 2327 e ss.; BESIO, P., TENCALLA, M., *Nuova white list: effetti a cascata sulla tassazione di redditi di natura finanziaria*, in Fisco, 2016, n. 38, pag. 3664 e ss.

dell'entrata da un Paese estero. Di conseguenza, per logica, tale valore non potrebbe che corrispondere con quello assegnato ai beni da parte dell'ordinamento di provenienza.

Secondo un'altra parte della dottrina, invece, anche volendo analizzare la sola interpretazione letterale non si trarrebbe dalla disposizione alcuna limitazione della normativa in esame verso le operazioni straordinarie transfrontaliere, dal momento che nell'articolo si parla di “*soggetti [...] che, trasferendosi nel territorio dello Stato, acquisiscono la residenza ai fini delle imposte sui redditi*”. Contrariamente a quanto accade per l'operazione inversa, dove viene richiamato testualmente il trasferimento della residenza che deve intendersi come trasferimento della sede ai sensi dell'art. 46 del cod. civ., nella regolamentazione del fenomeno di entrata si assegna rilevanza al prodotto dell'operazione, da intendersi come l'acquisizione di residenza fiscale, senza richiamare la specifica operazione³²³.

Si sottolinea come l'Agenzia delle Entrate, con propria risoluzione del 5 agosto 2016, n. 69/E, sia intervenuta sulla questione procedendo con l'estensione degli affetti dell'art. 166-bis del t.u.i.r. alle operazioni straordinarie, in conformità alla volontà di dare rilevanza principalmente agli aspetti sostanziali piuttosto che a quelli procedurali³²⁴. In ogni caso è quanto meno auspicabile un pronto intervento da parte del legislatore volto all'eliminazione delle distorsioni così introdotte a causa della sola mancanza di coordinamento con la speculare fattispecie in uscita.

Per ultimo dev'essere analizzato il caso della stabile organizzazione. Se ai fini della valorizzazione dei beni che rimangono localizzati all'interno di una stabile organizzazione nel territorio estero di origine deve trovare applicazione l'art. 166-bis del t.u.i.r. – in considerazione del fatto che a seguito dell'acquisizione della residenza fiscale vige il principio di tassazione su base mondiale, per cui i beni rimasti collocati all'estero devono essere anch'essi valorizzati e trovare la propria esposizione nella dichiarazione dei redditi del soggetto trasferito –, lo stesso non può dirsi per la fattispecie che concerne il rimpatrio di una stabile organizzazione. Non si rende necessaria alcuna attività di valorizzazione per quest'ultimo caso dal momento che le attività e le passività appartenenti all'ente già risultano

³²³ In tal senso ROSSI, L., FICAI, G., *Op. cit.*, pag. 993. Nell'art. gli autori precisano anche che la valorizzazione al valore corrente avrebbe in ogni caso avuto luogo anche volendo escludere l'attinenza delle operazioni straordinarie cross-border in quanto “*il principio del valore normale [...] dovrebbe comunque trovare applicazione ai sensi del comma 2 dell'art. 12 delle Preleggi, secondo cui se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*”, dovendo ricorrere cioè al trasferimento della residenza disciplinato dall'art. 166 del t.u.i.r..

³²⁴ In dottrina si afferma che “*la ratio della disposizione andrebbe rinvenuta nella volontà di regolare in maniera omogenea i trasferimenti di residenza indipendentemente dall'operazione prescelta per attuarli e, dunque, non solo con riferimento ai trasferimenti di residenza tout court bensì anche alle operazioni straordinarie tramite le quali si realizza il medesimo risultato*”, così PELLECCIA, M., *Op. cit.*, pag. 3563.

italiane da un punto di vista fiscale, come conseguenza della qualifica di soggetto residente detenuta dall'ente giuridico a cui la stabile organizzazione fa capo. Con altre parole, non si verifica alcun presupposto impositivo apprezzabile.

Situazione simile è quella in cui vi è già la presenza di una stabile organizzazione in Italia, ma avviene il trasferimento della società estera proprietaria della stabile organizzazione. È simile solamente sotto il profilo del problema concernente la valutazione dei beni localizzati in territorio nazionale, non necessitando gli stessi di alcuna attività volta all'apprezzamento del loro valore. Tali elementi godono già di rilevanza fiscale nella giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 152 del t.u.i.r. e, per tale ragione, sembra necessario riprendere i valori basati sul costo storico³²⁵.

Infine, il profilo oggettivo, mediante il richiamo a tutte le attività e le passività, dovrebbe comprendere non solo i beni, materiali o immateriali, bensì anche l'avviamento. Più in generale si può affermare che la valorizzazione dovrebbe investire tutti i componenti aziendali a prescindere dalla loro precedente iscrizione in bilancio, si voglia a causa del completamento del processo di ammortamento o a causa dell'assegnazione di un valore superiore. In tal senso viene prodotta una deroga al principio di previa imputazione a conto economico contenuto all'interno dell'art. 109, quarto comma, del t.u.i.r.³²⁶.

Nell'ambito oggettivo si inserisce poi il delicato problema del momento nel quale deve avvenire la valorizzazione dei beni. È il medesimo problema che si proponeva con la disciplina del trasferimento in uscita e che deriva dal disallineamento tra il dato civilistico, in cui la data in cui avviene il trasferimento coincide con un elemento puntuale, e quello fiscale, che richiede la maturazione temporale. Anche in questo caso si ritiene che prevalga il secondo.

³²⁵ Di tale opinione GAIANI, L., *Trasferimento in Italia di imprese estere e valore fiscale degli assets*, in Fisco, 2015, n. 47-48, pag. 4537; PRAMPOLINI, A., *Op. cit.*, pag. 1921.

³²⁶ Si pensi al caso in cui l'assegnazione di un valore normale comporti la determinazione di un maggior ammortamento. Quest'ultimo deve considerarsi fiscalmente deducibile in via extracontabile in ragione dell'inciso contenuto nel quarto comma dell'art. 109 del t.u.i.r. che permette la deducibilità di componenti reddituali non iscritti a conto economico "per disposizioni di legge". Nel caso in esame la disposizione di legge è proprio l'art. 12 del D.Lgs. n. 147/2015 che prevede la valorizzazione al valore normale. Si veda Agenzia delle Entrate, risoluzione del 5 agosto 2008, n. 69/E, pag. 7; COMMITTERI, G., M., *Op. cit.*, pag. 3416; Camera dei deputati, risposta del 10 marzo 2016, n. 5-08068, *Deducibilità fiscale delle quote di ammortamento del costo fiscalmente riconosciuto per i beni posseduti da società che hanno trasferito la residenza fiscale in Italia*.

5. Il recente riconoscimento della fattispecie del trasferimento di residenza delle imprese all'interno della disciplina sugli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale

Nell'ampio tema del trasferimento della residenza fiscale si inserisce l'istituto del ruling internazionale, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 8 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269. Esso rappresenta una procedura amministrativa mediante la quale un contribuente e l'Amministrazione finanziaria hanno la possibilità di definire, in contraddittorio, il trattamento fiscale applicabile ad alcune problematiche di fiscalità internazionale. Si tratta di uno strumento caratterizzato da una spiccata componente negoziale, che garantisce certezza giuridica tra le parti che partecipano alla definizione dell'accordo e che, proprio in ragione delle modalità con cui esso si svolge, mira ad attuare nuove forme di collaborazione e dialogo tra Amministrazione e contribuenti di dimensioni internazionali³²⁷, con lo scopo di apportare e garantire certezza giuridica nei rapporti, deflazionando eventuali contenziosi dall'esito incerto ed attenuando il rischio di doppia imposizione internazionale³²⁸. L'istituto si inserisce nel più ampio settore della *tax compliance*, che si prefissa il duplice obiettivo di instaurare e sviluppare una collaborazione tra autorità competenti in materia fiscale ed operatori economici che partecipano al mercato e di ridurre l'asimmetria informativa. Potrebbe descriversi anche come “*strumento di gestione del rischio fiscale affidato alle scelte responsabili del contribuente*”³²⁹.

³²⁷ Come evidenziato l'istituto “*si inserisce senza alcun dubbio in una nuova via inaugurata ormai da diversi anni in Italia nei rapporti tra l'amministrazione finanziaria ed il cittadino [...] [con] l'obiettivo di riavvicinare le relazioni tra il soggetto attivo ed i soggetti passivi della pretesa tributaria*”, così PEZZUTO, G., *I riflessi del ruling internazionale sull'attività di verifica fiscale dell'amministrazione finanziaria*, in Fisco, 2004, n. 8, I, pag. 1088; i principali vantaggi che derivano dall'implementazione di un tale strumento sono la “*certezza di determinate situazioni per il contribuente, [l']opportunità di discutere complesse questioni fiscali in un clima cooperativo, [...] e [la] possibilità di evitare costi per eventuali accertamenti [...] agendo in via preventiva*”, così MAZZETTI DI PIETRALATA, M., ZALLO, L., *Ruling in materia di transfer pricing: introduzione degli advanced pricing arrangements in Italia*, in Fisco, 2004, n. 7, I, pag. 950; il ruling configura un “*ulteriore e importante tassello nella costruzione di un rapporto tributario “concordato” e “collaborativo” alla base del quale il carattere coattivo della prestazione tributaria si incardina nella consapevole accettazione e nella fattiva collaborazione tra soggetti destinatari della funzione impositiva, al fine anche di rendere più immediata e certa la quantificazione del debito tributario*”, così PATELLI, L., PORPORA, F., *Il ruling internazionale e gli advanced pricing agreements (APA)*, in Fisco, 2004, I, pag. 3505; e ancora viene definito come uno “*strumento per dialogare con l'Amministrazione finanziaria e prevenire il contenzioso tributario*”, così CAVALLINO, F., ZUIN, P., *Il ruling internazionale: problematiche applicative*, in Fisco, 2005, n. 7, pag. 997.

³²⁸ LORENZETTI, M., Prime valutazioni sul «ruling internazionale», in Corr. Trib., 2004, I, pag. 35; Agenzia delle Entrate, 2010. *Bollettino del ruling di standard internazionale, I edizione*. Disponibile su: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/Nsi/Documentazione/Ruling+internazionale/>

³²⁹ Assonime, 3 agosto 2015, circolare n. 25, *Analisi degli schemi di decreti legislativi del 26 giugno 2015 attuativi della delega fiscale (legge n. 23 del 2014)*, pag. 24. In altre parole, gli “*accordi sono valutati in funzione di evitare manovre elusive da parte delle imprese che hanno una struttura internazionale, in un'ottica di protezione dai rischi fiscali*”, così RIZZARDI, R., *I controlli dell'Agenzia delle Entrate sugli aspetti internazionali della fiscalità*, in Corr. Trib., 2016, n. 30, pag. 2350.

L'istituto si contraddistingue per il suo utilizzo in occasione dell'effettuazione di operazioni complesse di carattere transnazionale i cui effetti, nella maggior parte dei casi, presentano dei profili tributari alquanto dubbiosi. In ragione di ciò, il contribuente ha tutto l'interesse a definire in maniera certa e in via anticipata, rispetto al momento della realizzazione dell'operazione, il trattamento ad essa applicabile.

5.1 La normativa del ruling di standard internazionale e la sua evoluzione

La prima regolamentazione dell'istituto è avvenuta ad opera dell'introduzione dell'art. 8 del D.L. n. 269/2003 attraverso il quale il legislatore ha inteso promuovere il grado di concorrenzialità delle imprese nazionali, così come il grado di competitività del sistema fiscale italiano rispetto a quelli esteri che, al tempo, si mostravano già dotati di simili misure³³⁰.

La procedura di ruling³³¹ viene azionata e applicata con riferimento ad una serie di casistiche che, nel tempo, sono state oggetto di continui interventi normativi, i quali hanno determinato un loro aggiornamento ed una loro espansione, in maniera tale da garantire l'accesso ad una platea di soggetti sempre maggiore, in ragione del fatto che, con l'avvento della globalizzazione, le realtà economiche che si interfacciano con i mercati esteri, soprattutto per questioni legate a strategie economiche, sono in continuo e costante aumento. Un tale risultato è stato mostrato anche dai resoconti predisposti dall'Agenzia delle Entrate i quali evidenziano il successo in termini numerici dell'introduzione di un tale istituto³³².

³³⁰ In favore dell'importanza internazionale dell'intervento è stato sostenuto che *“l'introduzione del ruling internazionale costituisce un indice dell'accresciuta sensibilità dell'Amministrazione finanziaria a trattare determinare materie che esorbitano da problematiche di carattere interno”*, così MAZZETTI DI PIETRALATA, M., ZALLO, L., *Op. cit.*, pag. 951.

³³¹ Termine che in ambito internazionale viene utilizzato per identificare una procedura avviata da parte del contribuente con il fine di ottenere un parere dell'Amministrazione finanziaria in via preventiva rispetto al compimento di una certa operazione, sia in termini di interpretazione della stessa, che di qualificazione. Il tutto con l'obiettivo di deflazionale l'insorgere di controversie e, di conseguenza, di contenziosi. In tal senso PATELLI, L., PORPORA, F., *Op. cit.*, pag. 3505.

³³² Si tratta dei Bollettini del Ruling di Standard Internazionale, il primo pubblicato il 21 aprile 2010 e concernente il periodo intercorrente tra il 2004 e il 2009 ed il secondo, di aggiornamento, pubblicato il 19 marzo 2013 e riferito al triennio tra il 2010 e il 2012. In base ai dati riportati viene mostrato l'elevato interesse delle imprese, in particolare le multinazionali, a concludere accordi con l'Amministrazione nazionale, ossia con un'autorità che spesso nel passato veniva considerata ostile o comunque poco disponibile nei confronti degli investitori non residenti. La necessità di collaborare è nata, e ha iniziato ad incalzare, con l'intensificarsi degli scambi internazionali che facevano emergere le difficoltà operative e interpretative a cui l'istituto dell'interpello non era più in grado di fornire una risposta esaustiva, trattandosi di flussi transnazionali. Il tutto in un contesto in cui l'internazionalizzazione impone di ridurre i vincoli alle operazioni transfrontaliere e creare un quadro normativo quanto più certo e trasparente per gli investitori. Essenzialmente si tratta dei principi su cui basa le fondamenta la Legge delega n. 23/2014.

Lo strumento di dialogo degli accordi preventivi nella pratica ha incontrato alcune contestazioni, soprattutto in ragione della valenza “nazionale”. Esso infatti si interseca necessariamente, perché assimilabile anche da un punto di vista normativo, con gli Advance Pricing Agreements (APA) unilaterali i quali, a loro volta,

Per quanto i soggetti ai quali esso si rivolge, le modalità con cui viene realizzato e i risultati che ne derivano siano innovativi, si riscontrano alcuni profili di somiglianza con l'istituto dell'interpello, rispetto al quale però esiste una differenza fondamentale: il parere dell'Amministrazione finanziaria è unilaterale e il contribuente ha solamente la possibilità di scegliere se conformarsi a quanto affermato da essa, o non seguire tali indicazioni. Non si ravvisa alcuna forma di partecipazione o discussione, nemmeno con riferimento ad un aspetto documentale o ispettivo. Gli accordi preventivi invece rappresentano uno strumento dalla natura ibrida, dall'accentuato contenuto transattivo, attraverso il quale è possibile interfacciarsi con l'Amministrazione per discutere in merito a questioni di fatto, così come su questioni di diritto, conciliando aspetti tipici rispettivamente dell'APA in senso stretto e dell'interpello. Tali caratteristiche permettono all'istituto di essere all'avanguardia rispetto alle problematiche di fiscalità internazionale e di superare i limiti applicativi dell'interpello, che si limita ad essere utilizzato solamente come strumento interpretativo³³³.

La norma, nella sua originaria formulazione, prevedeva che le imprese con attività internazionale potessero accedere alla procedura di ruling di standard internazionale al fine di concludere un accordo con i competenti uffici dell'Agenzia delle Entrate, accordo vincolante per il periodo d'imposta nel corso del quale avveniva la stipula e per i due anni successivi. Nel testo del primo comma non venivano menzionati in maniera analitica i soggetti che potevano accedere a tale procedura ed, anzi, gli stessi venivano indicati utilizzando il generico riferimento alle "imprese con attività internazionale". Una tale formulazione certamente portava ad escludere le operazioni occorse all'interno del territorio nazionale, ma sollevava una serie di dubbi interpretativi, a partire dalla sua applicazione rivolta ai soli soggetti

rappresentano accordi conclusi tra Amministrazione finanziaria e contribuente per l'individuazione del metodo di calcolo dei prezzi di trasferimento, al fine di rispecchiarne il valore normale. Questi rappresentano il primo stadio evolutivo rispetto agli APA bilaterali e multilaterali con valenza internazionale, due tipologie fortemente consigliate dall'OCSE, introdotte nel nostro Paese solamente al termine del 2010 attraverso un'indicazione di prassi. Manca tuttora un vero e proprio intervento legislativo che sarebbe auspicabile per disciplinare una materia tanto importante: si tratta infatti dello strumento che, in aggiunta al carattere deflattivo apportato anche dal ruling internazionale, permette di eliminare il rischio di doppia imposizione, vincolando anche le autorità estere che sottoscrivono i termini del medesimo accordo. Si ritiene infatti che il ruling internazionale, così come delineato dalla normativa in vigore, non sia idoneo ad eliminare il rischio di doppia imposizione, ma consenta piuttosto il solo spostamento del rischio e dei costi ad esso connessi nel Paese estero. La valenza nazionale e la caratteristica unilaterale, che permette ai Paesi terzi di non conformarsi ai contenuti e di poter avanzare contestazioni sulla medesima materia, ha portato anche l'OCSE a chiarire la preferenza delle forme bilaterali o multilaterali. In tal senso LORENZETTI, M., *Op. cit.*, pag. 36; PATELLI, L., PORPORA, F., *Op. cit.*, pag. 3505, FERRANTI, G., *Il primo bollettino dell'agenzia delle entrate sul ruling internazionale*, in *Corr. Trib.*, 2010, n. 32, pag. 2580.

³³³ In tal senso BUONAMASSA, G., GERARDI, G., *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Bilancio e Reddito d'impresa*, 2016, n. 8-9, pag. 3.

residenti o anche non residenti³³⁴. Dubbi che hanno trovato la propria risoluzione grazie al rimando delle modalità di attuazione della normativa al Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004, il quale si è occupato di disciplinare in maniera analitica la materia.

All’interno di tale documento si è precisato che per impresa con attività internazionale doveva intendersi:

- a) qualunque impresa residente nel territorio dello Stato o che, in alternativa o congiuntamente:
 - ponga in essere operazioni di cui al comma 7 dell’art. 110 del T.U.I.R.,
 - abbia un patrimonio o un capitale partecipato da soggetti non residenti o che al contrario partecipi al patrimonio di soggetti non residenti,
 - abbia corrisposto a soggetti non residenti dividendi, royalties o interessi o che al contrario li percepisca da un soggetto non residente,
- b) qualunque impresa non residente che esercita l’attività economica all’interno dei confini del territorio dello Stato.

La normativa piuttosto, si interessava di identificare gli ambiti applicativi dell’istituto del ruling internazionale, prevedendo la sua attivazione inizialmente per “*il regime dei prezzi di trasferimento, degli interessi, dei dividendi e delle royalties*”, fino al suo successivo ampliamento, avvenuto ad opera dell’art. 7 del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 («*Decreto Destinazione Italia*»), ai casi di “*valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato*”.

Quest’ultimo Decreto portò all’introduzione di importanti novità, non solo con riferimento all’aspetto oggettivo, ma anche relativamente alla durata temporale di validità degli accordi stipulati, la quale fu estesa dai due periodi d’imposta successivi a cinque periodi di imposta effettivi, includendo nel conteggio l’anno in cui tale accordo viene definito. La tendenza seguita dal legislatore consisteva nella ricerca di un allineamento tra la normativa italiana e quanto previsto all’interno degli ordinamenti degli altri Stati³³⁵.

³³⁴ Nello specifico una parte della dottrina riteneva anche i non residenti soggetti legittimati ad accedere alla procedura di ruling di standard internazionale in ragione della mancata differenziazione nel dato letterale della norma, in tal senso LORENZETTI, M., *Op. cit.*, in Corr. Trib., 2004, n. 1, pag. 35. Un’altra parte, al contrario, sosteneva l’estraneità dell’istituto rispetto ai non residenti, non legittimati a fruirne, in tal senso VALENTE, P., *Il ruling di standard internazionale*, in Quaderni, 2004, n. 1, pag. 67.

³³⁵ Nel momento in cui è intervenuto il Decreto Destinazione Italia si poteva parlare solamente di una riduzione dei disallineamenti temporali e non anche di una loro eliminazione, in quanto in alcuni ordinamenti di altri Stati era presente la figura del *roll back*, ossia veniva prevista la retrodatazione dell’accordo ad una data anteriore che poteva corrispondere al momento della presentazione dell’istanza o al momento in cui effettivamente le condizioni per accedere a tali strumenti fiscali venivano a generarsi. La previsione non è stata accolta con favore dalla Camera dei Deputati che fece notare come l’applicazione di tale estensione temporale, anche in favore

Inoltre, con il recente D.Lgs. n. 147/2015, sono stati introdotti due importanti strumenti che permettono all'operatore economico di prendere contatto con l'Amministrazione finanziaria in un momento ancora anteriore rispetto alla presentazione dell'istanza e concedono la possibilità di sanare situazioni pregresse e coordinare altre forme di collaborazione intervenute con altri Stati.

La prima riguarda la fase di *pre-filing*, ovverosia una fase prodromica eventuale, la cui attivazione risulta subordinata alla piena discrezionalità del soggetto promotore della procedura e che permette a quest'ultimo di entrare in contatto con i funzionari attraverso un incontro volto all'acquisizione di informazioni riguardanti chiarimenti e/o indicazioni sulla procedura, sia per mezzo di un procuratore, che in forma anonima. Si tratta di una previsione nuova da un punto di vista del suo concreto inserimento all'interno del testo del Provvedimento, ma che, in realtà, veniva già riconosciuta in passato nel periodo di vigenza del *ruling* internazionale così come regolato dall'art. 8 del D.L. 269/2003³³⁶. Dare certezza normativa a tale previsione ha significato garantire alle imprese la possibilità di valutare ex ante la convenienza dell'attivazione della procedura³³⁷, sia in termini di impegno da un punto di vista temporale che documentale. Tutto ciò nell'ottica dell'efficienza e dell'economia procedurale, con la possibilità di indirizzare il comportamento del contribuente “*al fine di evitare, o quanto meno limitare, il rischio che la procedura venga esperita inutilmente o non si concluda per patologie attinenti al non corretto adempimento degli oneri procedurali*”³³⁸. È un'attività molto apprezzabile che permette al contribuente di conoscere e acquisire tematiche di carattere generale in maniera informale e non ufficiale.

La seconda previsione, invece, viene definita con il termine di *roll-back* e investe il tema dell'efficacia dell'accordo. Se in linea generale il periodo di efficacia si estende ai cinque periodi d'imposta dalla stipula, il Provvedimento prevede anche un'efficacia retroattiva che

degli operatori economici che avevano già degli accordi stipulati e in corso, avrebbe determinato degli effetti negativi in termini di minor gettito fiscale in quanto, nel periodo di vigenza dell'accordo i poteri di accertamento dell'Amministrazione vengono preclusi, almeno con riferimento alle materie che formano oggetto dell'accordo. Si parlava quindi di “*minori accertamenti non scontati nei tendenziali di finanza pubblica*”, in tal senso ROMANO, C., SQUITIERI, M., *Rilancio del «ruling» internazionale per risolvere i conflitti in via preventiva ed eliminare le doppie imposizioni*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 10, pag. 795. Si deve necessariamente precisare che anche se con la norma in esame il legislatore ha proceduto con l'inibizione dei poteri di controllo, nulla è stato previsto con riferimento ad una preclusione dell'accertamento, il quale potrebbe rappresentare il punto di arrivo di contestazioni per reati differenti.

³³⁶ In tal senso, Agenzia delle Entrate, 19 marzo 2013, Bollettino del Ruling di standard internazionale, II edizione, par. 5.1.

³³⁷ COMMITTERI, G., M., *Il secondo bollettino dell'Agenzia delle Entrate sul «ruling» internazionale*, in *Corr. Trib.*, 2013, n. 22, pag. 1767.

³³⁸ Assonime, 1 aprile 2016, circolare n. 10, *La nuova disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, pag. 11.

non è discrezionale, ma che spetta ogni qual volta si verificano due scenari previsti in maniera tassativa. Il primo si ha quando si presentano esigenze di continuità rispetto a circostanze analoghe, nel fatto e nel diritto, già oggetto di accordi che configurano il risultato di procedure amichevoli³³⁹. L'accordo preventivo per l'impresa con attività internazionale non può prescindere dal contenuto dell'accordo con l'autorità estera visto che, secondo quanto indicato anche nella relazione illustrativa del decreto, *“gli accordi bilaterali o multilaterali tra Agenzia delle entrate e autorità estere, a seguito di procedure amichevoli volte a prevenire fenomeni di doppia imposizione, costituiscono la base dei conseguenti accordi preventivi unilaterali conclusi su istanza presentata dal contribuente alla propria amministrazione”*. Essi perciò vincolano le parti a partire dai periodi d'imposta precedenti alla stipula, purché non anteriori al periodo d'imposta in corso alla data di presentazione della relativa istanza da parte del contribuente.

La seconda ipotesi viene a determinarsi quando, in assenza di altri accordi con amministrazioni estere, nei periodi d'imposta precedenti alla sottoscrizione dell'accordo ricorrono le medesime condizioni, di fatto e di diritto, a base dell'accordo. In tale situazione il contribuente ha la facoltà di estenderne gli effetti agli anni precedenti, con il limite massimo, anche in questo caso, rappresentato dal periodo d'imposta nel corso del quale l'istanza è stata presentata. Il contribuente dispone quindi della facoltà di sanare situazioni pregresse mediante la fruizione dell'istituto del ravvedimento operoso³⁴⁰ o della dichiarazione integrativa³⁴¹, senza che vi sia l'irrogazione di sanzioni. Si è inteso in tal modo incentivare la regolarizzazione spontanea da parte del contribuente in maniera tale da recuperare imposte su materia imponibile non dichiarata correttamente, attraverso il minimo sforzo da parte del Fisco in termini di accertamenti e contenziosi. Appare necessario notare come una tale possibilità non sia stata sfruttata appieno in quanto sarebbe stato auspicabile non considerare come limite massimo alla retroattività la data di presentazione dell'istanza, beneficiando pienamente del comportamento proattivo del contribuente.

Tutti gli interventi hanno favorito la promozione di un istituto dotato della capacità di risolvere in via preventiva possibili conflitti che, se si fossero verificati in un secondo tempo, sarebbero stati soggetti alle lungaggini previste in occasione dell'instaurazione di cause. Lungaggini che spesso sono determinate da una asimmetria che potrebbe non portare alcun

³³⁹ ROMANO, C., CONTI, D., *Accordi preventivi ed interpello per gli investimenti: novità, evoluzione e comparazione*, in Corr. Trib., 2015, n. 44, pag. 4397.

³⁴⁰ D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 13.

³⁴¹ D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, art. 2, ottavo comma.

beneficio economico all'Amministrazione. Accade non di rado che si verifichi l'instaurazione di una causa sulla base di alcuni elementi senza avere il quadro completo della situazione che ribalta completamente l'esito. Razionalizzare le risorse e garantire certezza nel trattamento fiscale ha significato rendere il sistema nazionale più attrattivo per gli investimenti esteri e favorire, di conseguenza, lo sviluppo dell'economia interna.

La casistica relativa al trasferimento di residenza all'epoca non veniva citata nel dato normativo e per tale ragione non era chiaro se gli operatori economici, che si rendevano protagonisti di operazioni transfrontaliere di questo tipo, potessero usufruirne. La soluzione si è prospettata solamente grazie all'intervento del legislatore che, con l'introduzione dell'art. 1 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 («Decreto internazionalizzazione»), ha abrogato l'art. 8 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, e spostato la disciplina relativa al ruling internazionale all'interno dell'art. 31-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, secondo il quale *“le imprese con attività internazionale hanno accesso alla procedura finalizzata alla stipula di accordi preventivi, con principale riferimento ai seguenti ambiti: a) preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7 dell'articolo 110 del testo unico delle imposte sui redditi e dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente, ai sensi degli articoli 166 e 166-bis del medesimo testo unico [...]; b) applicazione ad un caso concreto di norme [...] concernenti l'attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa o un ente residente ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente; c) valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato [...]; d) applicazione ad un caso concreto di norme [...] concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi e royalties e altri componenti reddituali a o da soggetti non residenti”*.

Si tratta di una previsione normativa che ha completamente revisionato la materia, sia con riferimento agli aspetti sostanziali che procedurali, il cui accento si nota già dalla nuova rubrica dell'articolo che recita *“Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale”*. In ogni caso dev'essere rilevata l'incompletezza della regolamentazione, evidenziata dallo stesso terzo comma dell'art. 1, il quale, oltre che sottoporre a condizione sospensiva l'applicabilità delle nuove disposizioni, rimanda alle regole contenute in un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate³⁴².

³⁴² Nonostante l'emanazione del Provvedimento dovesse avvenire entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, nei fatti la tardiva emanazione ha determinato l'effettiva operatività della nuova normativa solamente a partire dal 21 marzo 2016, con valenza nei confronti di tutti i procedimenti non ancora conclusi.

Dal punto di vista soggettivo, l'articolo ha mantenuto il riferimento alle imprese con attività internazionale includendo, in maniera generica, le realtà che presentano una inclinazione internazionale, ovvero che attualmente operano o intendano operare nel futuro all'interno del territorio nazionale o che, al contrario, intendano estendere i propri sistemi produttivi all'estero. Su questo aspetto il Provvedimento risulta molto più chiaro e preciso, in quanto definisce i soggetti legittimati ad avvalersi di un tale strumento distinguendoli sulla base del tipo di operazione oggetto di istanza. Oltre a richiamare i medesimi soggetti indicati nel testo del Provvedimento del 2004, sono state introdotte due casistiche nuove che richiamano quelle imprese che, più che operare con l'estero, vi si spostano, così come quelle che al momento dell'attivazione della procedura mostrano solamente un interesse a voler operare nel territorio italiano. Questo evidenzia la finalità della costruzione della norma che intende quanto più possibile attrarre capitali esteri assicurando concrete forme di garanzia³⁴³.

Con riferimento al profilo oggettivo, invece, si possono individuare quattro materie che possono formare oggetto degli accordi preventivi e sono:

- a) la *“preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7 dell'art. 110 del T.U.I.R.”*, ossia le operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, nonché *“i valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente ai sensi degli articoli 166 e 166-bis”*,
- b) *“l'applicazione di norme concernenti l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione situata in un altro Stato di un'impresa o di un ente residente”* o, al contrario, *“alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente”*,
- c) la *“valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, tenuti presenti i criteri previsti dall'art. 162 del T.U.I.R.”*,
- d) *“l'applicazione di norme concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi, royalties e altri componenti reddituali a o da soggetti non residenti”*³⁴⁴.

³⁴³ Si tratta delle le imprese che si trovino nelle condizioni indicate dall'art. 166 e 166-bis ai fini della preventiva definizione dei metodi di calcolo dei valori in entrata e in uscita, a seconda che si tratti di trasferimento della residenza verso l'estero o verso l'interno e delle imprese non residenti che hanno l'intenzione di esercitare un'attività d'impresa mediante la costituzione di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato italiano ai fini della preventiva valutazione dei requisiti che configurano una stabile organizzazione. In tal senso MASTROMATTEO, A., SANTACROCE, B., *Accordi preventivi per l'internazionalizzazione e interpello sui nuovi investimenti*, in Fisco, 2015, n. 38, pag. 3609.

³⁴⁴ Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, 21 marzo 2016, *Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, pag. 1-2.

Come previsto dall'ormai abrogato art. 8, anche nell'art. 31-ter il legislatore ha chiarito la non tassatività delle casistiche appena descritte e, per tale ragione, la procedura può essere esperita dalle imprese con “*principale riferimento*” alle materie ivi indicate, di modo che resta possibile estendere, in via interpretativa, l'ambito applicativo della procedura a fattispecie diverse da quelle espressamente contemplate dall'articolo in esame, purché inerenti a componenti del reddito d'impresa aventi carattere transnazionale³⁴⁵. Ecco allora che la vera novità si sostanzia proprio nell'apertura alla valutazione delle operazioni che determinano il passaggio del confine territoriale di elementi patrimoniali o di complessi aziendali.

5.2 Gli aspetti procedurali visti con riferimento allo specifico caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia

Come brevemente anticipato, il trasferimento della residenza in Italia prevede l'automatica applicazione del criterio del valore normale a quei soggetti che si trovavano localizzati in Stati con i quali vi è un adeguato scambio di informazioni e, come evidenziato dalla relazione illustrativa, l'attribuzione del valore normale avviene in maniera indipendente rispetto all'applicazione di una *exit tax* da parte del Paese di origine. Ma tale criterio generale trova la propria deroga qualora la provenienza sia legata a Paesi o territori considerati *black list*.

Per meglio dire, la valorizzazione degli elementi patrimoniali sarà sempre basata sul valore normale, ma lo stesso emergerà da un ruling preventivo, così come disciplinato dall'art. 31-ter del D.P.R. n. 600/1973. Questo significa che il contribuente dovrà attivarsi mediante la presentazione di una istanza all'Ufficio accordi preventivi e controversie internazionali dell'Agenzia delle Entrate. La presente istanza, secondo quanto previsto dal Provvedimento che rappresenta il regolamento attuativo della norma, deve contenere una serie di elementi atti a garantire l'identificazione del soggetto istante, così come l'oggetto della questione transattiva, tenendo presente che esistono delle differenziazioni in ragione della casistica per cui l'istituto viene attivato³⁴⁶. Una volta ultimata la fase preliminare prende avvio quella

³⁴⁵ Assonime, 1 aprile 2016, circolare n. 10, *La nuova disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, pag. 9.

³⁴⁶ Per completezza gli elementi comuni ad ogni profilo oggettivo che devono essere indicati all'interno dell'istanza sono i seguenti:

- denominazione dell'impresa, sede legale (o domicilio fiscale se diverso), codice fiscale e/o partita iva ed eventualmente il domiciliatario a cui far pervenire ogni comunicazione attinente alla procedura nel caso in cui questo sia diverso dall'impresa,
- indirizzo della stabile organizzazione insediata nel territorio dello Stato qualora l'istanza venga presentata da un'impresa non residente ed eventualmente il domiciliatario nazionale per la procedura,
- indicazione dell'oggetto dell'accordo preventivo,
- presentazione della documentazione correlata atta a comprovare il possesso dei requisiti ai fini della qualificazione di impresa con attività internazionale,

operativa nella quale si svolge il contraddittorio vero e proprio, ossia si apre un lasso temporale nel quale viene dato spazio agli incontri e ai possibili accessi³⁴⁷ dei funzionari presso le sedi di svolgimento dell'attività d'impresa o della stabile organizzazione, allo scopo di prendere concretamente cognizione di tutti gli elementi necessari ai fini valutativi. Il contraddittorio è elemento necessario in assenza del quale viene snaturata la personalità dello strumento negoziale. Nel caso di specie, il contribuente dovrà definire in contraddittorio con l'Amministrazione i criteri per la quantificazione dei valori fiscali.

L'implementazione della procedura appena descritta porta con sé alcune problematiche interpretative derivanti dalla non chiara formulazione della norma.

Non è chiaro se la procedura debba sfociare nella definizione in contraddittorio del valore normale ai sensi dell'art. 9 del t.u.i.r. o se, più in generale, vengano svolte delle analisi circa le metodologie seguite per il calcolo del valore fiscale da attribuire ai beni, anche sulla base del regime fiscale a cui essi erano sottoposti nel Paese di provenienza. Un tale dubbio si rinviene guardando alla formulazione dell'art. 31-ter, all'interno del quale gli accordi preventivi stipulati in vista della determinazione dei valori di ingresso e di uscita in caso di trasferimento della residenza sono inseriti nella lett. a) del primo comma la quale, al suo interno, cita anche i metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di transfer pricing. Mancando l'utilizzo della parola normale affiancato a "valore di ingresso e di uscita" si generano dei dubbi interpretativi in merito.

Inoltre ci si chiede la ragione per cui il legislatore abbia ravvisato la necessità di distinguere la fattispecie di entrata da Paese *white list* o *non-white list* dal momento che comunque viene richiesta la definizione di un valore normale delle poste di bilancio anche in assenza di accordo.

-
- firma del legale rappresentante o di altra persona munita dei poteri di rappresentanza.

Visto che il presente lavoro verte sul tema del trasferimento di residenza si ritiene opportuno precisare che, in tale situazione, il Provvedimento richiede di fornire, in aggiunta ai precedenti dati, i seguenti elementi:

- indicazione dello Stato di trasferimento o di provenienza in accordo con il tipo di operazione che viene posta in essere,
- indicazione dettagliata dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale (attività e passività) in uscita o in ingresso, da e nel territorio dello Stato,
- illustrazione dei criteri e dei metodi di valorizzazione dei componenti dell'azienda o del complesso aziendale e le ragioni a supporto della loro correttezza e validità, in ragione della relativa disciplina di riferimento.

³⁴⁷ Si precisa che la fase operativa risulta particolarmente importante ai fini della valutazione della preventiva esistenza della stabile organizzazione in quanto investe profili sostanziali, così come affermato dalla Corte di Cassazione nelle sentenze 7 ottobre 2011, n. 20597, 6 aprile 2004, n. 6799, 25 luglio 2002, n. 10925, 7 marzo 2002, n. 3367. È necessaria un'attenta analisi fattuale per verificare se, nel concreto, sussistono le condizioni affinché i redditi prodotti costituiscano materia imponibile nazionale. In merito a tale argomento si è espressa anche l'Agenzia delle Entrate nella risoluzione 9 marzo 2007, n. 41/E, stabilendo che la "configurabilità in concreto di una stabile organizzazione [...] investe complessi profili di fatto da appurare in sede di controllo".

In aggiunta, la previsione di dover passare attraverso un contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria introduce un onere che simula un effetto dissuasivo, onere che peraltro ben potrebbe essere aggirato ponendo in essere operazioni volte in primo luogo allo spostamento del complesso aziendale in un Paese *white list* e, in un momento successivo, allo spostamento della residenza fiscale all'interno dei confini territoriali nazionali. La provenienza poi non rileverebbe in alcun modo dato che il valore normale permette di sterilizzare qualsiasi trattamento fiscale a cui l'impresa è stata sottoposta in un tempo antecedente alla sua rilevanza nel nostro ordinamento giuridico.

In linea generale, la procedura dovrebbe concludersi con la sottoscrizione di un accordo tra Amministrazione finanziaria e contribuente sul valore da attribuire ai componenti aziendali, il quale permetterà di non sindacare in tempi successivi in merito ad essi.

In mancanza di tale accordo, il soggetto dovrà procedere con la valorizzazione degli elementi in ragione della tipologia del componente aziendale:

- a) se si tratta di attività dovrà dapprima calcolare il costo d'acquisto, il valore di bilancio e il valore normale e dovrà successivamente confrontarli per prenderne il minore,
- b) se si tratta di passività il confronto viene fatto sempre tra gli stessi valori citati al punto precedente, ma verrà preso il maggiore³⁴⁸.

Una tale logica corrisponde alla necessità di tenere un comportamento prudente circa la valutazione delle poste di bilancio. D'altro canto però non si può non notare l'importante discriminazione che viene introdotta: la previsione di tre differenti criteri di valutazione dei beni in entrata non ha mai luogo per i contribuenti che attuano un trasferimento di residenza all'interno dei confini territoriali.

In ogni caso, si evidenzia come il valore corrente ritorni applicabile nonostante il legislatore, nella stesura della disposizione, abbia ritenuto la provenienza da Paesi non-*white list* una causa di eccezione alla sua portata generale.

In dottrina sono stati avanzati alcuni interrogativi³⁴⁹ non di poca importanza:

- a) non è chiaro se l'espletamento della procedura di ruling sia obbligatoria, cioè se l'assenza dell'accordo prevista dal secondo comma dell'art. 166-bis discenda dall'esito negativo dell'accordo o se, invece, dipende dalla non attivazione dello strumento per scelta del contribuente,

³⁴⁸ Si ricorda che un'altra eccezione all'utilizzo del criterio del valore normale si verifica quando l'impresa estera che trasferisce la propria residenza in Italia è dotata di una stabile organizzazione già presente all'interno dei confini nazionali. In tale situazione, le attività e le passività che la costituiscono non devono essere valorizzate al valore corrente, bensì devono conservare il loro valore fiscale perché sono già oggetto della potestà impositiva nazionale e il reddito d'impresa viene già determinato secondo le regole dell'ordinamento italiano.

³⁴⁹ Si veda GAIANI, L., *Op. cit.*, pag. 4538.

- b) non è chiaro se il risultato dell'accordo possa essere parziale, riguardando solamente alcune delle voci di bilancio e quali siano eventualmente le conseguenze che da esso ne derivano,
- c) ancora, non è chiaro se il valore normale da usare nel confronto con il valore di bilancio ed il costo d'acquisto, a cui fa riferimento la norma nel caso in cui non venga sottoscritto un accordo, sia quello che si è determinato durante la procedura o se sia quello calcolato dal contribuente.

Per quanto riguarda la segnalazione dei valori così calcolati, il terzo comma dell'art. 166-bis del t.u.i.r. rimanda ad un Decreto del Presidente della Repubblica che al momento però non risulta ancora emanato. Si tratta di un importante intervento regolamentare che potrebbe far luce su molte problematiche interpretative.

5.3 Gli accordi preventivi in ottica di aiuti di Stato: il problema della caratteristica di unilateralità

Una delle principali problematiche attinenti la procedura di ruling internazionale riguarda il rapporto che intercorre tra tale istituto e gli aiuti di Stato. Nel corso degli ultimi anni sono state avviate numerose procedure nei confronti di alcuni Stati membri dell'Unione europea, con lo scopo di appurare se, dietro a tali accordi, potessero celarsi degli aiuti di Stato illegittimi. Gli accordi preventivi, così come gli APA in senso stretto, rappresentano il prodotto di una contrattazione tra Amministrazione e contribuente dove spesso, quest'ultima, si trova nella posizione di poter concordare alcuni vantaggi fiscali allo scopo di attrarre investimenti esteri e di conseguenza base imponibile, per quanto su di essa effettivamente si finiscano per applicare, in un secondo tempo, aliquote ridotte o quasi nulle. È proprio il carattere negoziale a rappresentare il fattore determinante della nascita di distorsioni alla libera concorrenza. La Commissione europea, organo competente in ambito comunitario, ha investito su di un tale lavoro, dichiarando dapprima, nel giugno del 2013, l'avvio di un processo di controllo su alcune pratiche di ruling poste di essere da alcuni Stati membri, e poi, nel dicembre del 2014, ha comunicato l'intenzione di voler tracciare un quadro normativo completo di tali pratiche, al fine di identificare eventuali fattispecie in cui siano in corso distorsioni del mercato che trovano la propria fonte in vantaggi fiscali accordati in modo

selettivo³⁵⁰. Successivamente, nel corso del 2015, la stessa ha dato avvio ad alcune verifiche allo scopo di accertare la presenza di eventuali aiuti di Stato³⁵¹.

Nella sostanza si tratta di intervenire sulla dimensione del fenomeno mondiale della pianificazione fiscale aggressiva delle multinazionali le quali, spesso, si rendono protagoniste della costruzione di operazioni artificiose allo scopo di trasferire utili realizzati in Paesi a fiscalità medio-alta verso giurisdizioni caratterizzate da una tassazione agevolata, o riconosciute addirittura come aree tax-free. È il tema principale oggetto del progetto Base Erosion and Profit Shifting (Beps) verso cui, da molti anni, la Comunità europea sta facendo confluire il proprio operato. Con tale acronimo si intendono l'insieme delle strategie di natura fiscale che alcune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile, sottraendola dall'autorità potestativa di un Paese, con il fine di trasferirla all'estero. Ci sono una serie di variabili che consentono l'attuazione di tali piani e che si concretizzano nella globalizzazione, nella digitalizzazione, nella struttura e operatività delle imprese, nella contabilità infra-gruppo ed infine nelle rigidità, nell'eterogeneità, nei disallineamenti e nella mancanza di coordinamento tra i sistemi fiscali. In particolare gli ultimi quattro aspetti sono da considerarsi determinanti a causa della mancanza di armonizzazione.

Riuscendo a combinare oculatamente tali variabili sembra possibile attuare una politica di pianificazione fiscale lecita per raggiungere l'ottimizzazione del carico tributario.

Tra le cause che giocano un ruolo importante nell'espansione del fenomeno non vi sono solo le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dai contribuenti, bensì anche i

³⁵⁰ ROMANO, C., CONTI, D., *Op. cit.*, pag. 4401.

³⁵¹ Si tratta di richieste di informazioni dettagliate in merito a *tax ruling* già conclusi inviate a quattordici Stati membri dell'Unione. Tra i più importanti, in termini di risonanza mondiale, citiamo il caso dell'azienda Apple in Irlanda, seguito poi da Starbucks nei Paesi Bassi e Fiat Finance and Trade nel Lussemburgo. Per Apple la Commissione ha contestato la fruizione di un indebito vantaggio sul piano fiscale di cui la società avrebbe goduto in termini di minori imposte pagate nel periodo intercorrente tra il 2003 e il 2014 attraverso lo spostamento di utili da Apple Sales International e da Apple Operations Europe (società di diritto olandese detenute per la totalità dal gruppo statunitense Apple Inc. che si occupano rispettivamente dell'acquisto dei prodotti Apple dai costruttori di tutto il mondo e della vendita in Europa e della fabbricazione di alcune linee di computer per il gruppo Apple) a favore di una "sede centrale" (che non si trovava ubicata in nessun Paese, senza alcun dipendente e ufficio e le cui attività consistevano in alcune riunioni del consiglio di amministrazione) sulla base di un accordo di *ruling* fiscale concesso dall'Irlanda nel 1991, sostituito nel 2007 e cessato nel 2015. Fiat Finance and Trade è una società con sede in Lussemburgo che fornisce servizi finanziari alle altre società del gruppo Fiat. Sulla base di un accordo con le autorità fiscali, dal 2012 ad oggi essa ha goduto di un vantaggio fiscale indebito selettivo e indebito basato su un accordo che prevedeva il calcolo delle imposte non sulla base degli imponibili determinati calcolando il rendimento del capitale impiegato per le attività di finanziamento (ovvero come avviene per le banche essendo le due tipologie di attività assimilabili per il genere di servizi offerti) bensì fruiva di una metodologia avallata dall'Amministrazione che non rifletteva le condizioni di mercato. La base di capitale stimato risultava inferiore rispetto al capitale effettivo e tale differenza si è rispecchiata anche sulla remunerazione stimata del capitale, inferiore rispetto a quella dei tassi di mercato. Starbucks invece per fruire del know-how relativo alla tostatura del caffè detenuto da Alki, società residente nel Regno Unito, versava delle royalties elevate e inoltre pagava un prezzo che non rispecchiava il valore di mercato per l'acquisto dei chicchi di caffè da Starbucks Coffee Trading SARL, con sede in Svizzera, erodendo perciò la base imponibile.

problemi di scarsa interconnessione tra gli ordinamenti tributari e la mancanza di armonizzazione e coordinamento degli stessi.

Gli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale si posizionano lungo una linea di confine molto sottile tra comportamento legittimo e illegittimo. Come ampiamente descritto, l'accordo scaturisce da una stretta collaborazione Fisco-contribuente, che sfocia nella definizione in via anticipata del trattamento fiscale applicabile alla realizzazione di una certa operazione di carattere transnazionale. Proprio la veste delle autorità fiscali gioca un ruolo fondamentale. Esse infatti, a conoscenza delle pratiche di ottimizzazione fiscale per la ricerca delle migliori opportunità dal punto di vista delle imprese e spinte dalla necessità di creare un clima favorevole per attrarre investimenti esteri, nel tempo hanno condotto una vera e propria corsa al ribasso nelle scelte in materia di fiscalità d'impresa, generando una concorrenza fiscale tra Stati membri. Il tutto reso possibile dal fatto che, in primo luogo, il Paese di destinazione dei capitali non si occupa di verificare se il valore economico sia stato sottoposto a tassazione dal Paese di provenienza e, in secondo luogo, dalla discrezionalità in ambito tributario, in particolar modo nel comparto delle imposte dirette, di cui i governi nazionali godono. Nel concedere un ruling le autorità fiscali di un Paese intravedono inoltre un solo frammento del *tax-planning* globale di una corporation³⁵².

Ecco allora che l'istituto degli accordi preventivi ben si presta ad avvallare schemi fiscali concordati *ad hoc* con una multinazionale in un regime di semi-opacità.

Un tax ruling si classifica come illegale quando concede un aiuto di Stato, ossia prefigura una forma di vantaggio fiscale che viene concesso ad un soggetto economico a discapito degli altri operatori, determinando un effetto distorsivo della concorrenza. Vengono regolati dagli articoli 107 e 108 del T.F.U.E., il quale li definisce come “*aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*”. Non si tratta di una chiara definizione e, per tale ragione, da un lato troviamo un'espressa elencazione, in negativo, contenuta nel medesimo articolo al par. 2 e, dall'altro, si riscontrano numerose pronunce della Corte di Giustizia che si occupano di calarli su di un caso concreto.

Ai fini della loro individuazione rilevano quattro caratteristiche:

- a) comportano un trasferimento di risorse statali,
- b) conferiscono un vantaggio economico di cui l'impresa non avrebbe fruito mediante il normale svolgimento dell'attività,

³⁵² Oxfam Italia, 4 novembre 2015, *Giustizia fiscale: tallone d'Achille dell'Europa. Lo scandalo LuxLeaks: un anno dopo*. Disponibile su: <http://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2015/11/Oxfam-Italia-media-brief-LuxLeaks-anniversary.pdf>

- c) sono selettivi e per tale ragione le autorità conferenti godono di un certo grado di discrezionalità nella scelta sia del livello territoriale (nazionale, regionale, provinciale e così via) e sia della realtà economica in favore della quale è rivolto,
- d) incidono sugli scambi tra Stati membri, così come sulla distribuzione delle risorse anche solo in maniera potenziale.

Sono misure incompatibili con l'idea di realizzazione di un mercato unitario.

Nella verifica dell'esistenza degli aiuti di Stato l'approccio generale consiste nel tracciare un confronto tra il regime concordato in sede di *ruling* ed il normale regime tributario applicabile alle imprese che operano in situazioni simili, tanto sotto il profilo legale che fattuale³⁵³, basato sulla differenza tra ricavi e costi di un'impresa operante in libera concorrenza³⁵⁴.

Quello degli accordi preventivi illegali è un fenomeno ormai capillare in territorio europeo per cui risulta difficile stimarne i dati effettivi, in ragione anche della confidenzialità di tali pratiche, ma Oxfam rende noto che il Paese “*cartiera*” per quanto riguarda i soli APA è il Lussemburgo. Tale Stato, fino a pochi anni fa, presentava una situazione simile a quella dell'Italia, ovvero ricorreva esclusivamente ai *tax ruling* unilaterali, senza perciò essere sottoposto ad alcun obbligo informativo nei confronti di altri Paesi di residenza del soggetto interessato all'accordo.

Con riferimento all'Italia, occorre evidenziare che la fattispecie non è passata inosservata, in particolar modo per la risonanza che importanti imprese multinazionali hanno avuto per il tramite dei *mass media*, a tal punto da essere stata oggetto di una recente interrogazione parlamentare. Sono stati richiesti alcuni chiarimenti sui *tax ruling* già in essere tra Amministrazione e contribuenti. La risposta pervenuta dall'Agenzia delle Entrate ha precisato l'ambito di operatività entro il quale l'Amministrazione stessa ha facoltà di operare, chiarendo

³⁵³ ASCOLI, G., PELLECCIA, M., *Ruling internazionale e interpello sui nuovi investimenti per una proficua collaborazione fisco-contribuente*, in Fisco, 2016, n. 15, pag. 1459.

³⁵⁴ ROMANO, C., CONTI, D., *Op. cit.*, pag. 4398. Un tale criterio è emerso anche nella sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03 dove, al punto 95, si è affermato che “*per verificare se la determinazione del reddito imponibile [...] procuri un vantaggio, è necessario confrontare tale regime, come suggerisce la Commissione [...] con quello di applicazione generale, basato sulla differenza tra ricavi e costi, per un'impresa che svolge le proprie attività in condizioni di libera concorrenza*”.

In dottrina è stato sottolineato che “*l'aspetto maggiormente controverso degli aiuti di Stato [...] è costituito dalla verifica del carattere selettivo della misura. [...] Secondo una giurisprudenza costante della Corte, la qualificazione di una misura fiscale nazionale come «selettiva» presuppone, in un primo momento, l'identificazione e l'esame preliminari del regime fiscale ordinario applicabile allo Stato membro interessato. Successivamente [...] si deve valutare e accertare l'eventuale selettività del vantaggio concesso dalla misura fiscale considerata, dimostrando che quest'ultima deroga a tale regime ordinario, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano [...] in una situazione fattuale e giuridica analoga*”, così TENORE, M., *I ruling previsti dall'ordinamento tributario italiano in ottica di aiuti di Stato*, in Riv. Dir. Trib., 2016. Supplemento online. Disponibile al sito: <http://www.rivistadirittotributario.it/2016/05/09/la-possibile-qualificazione-aiuti-dei-ruling-previsti-dallordinamento-tributario-italiano/>

che “*l’ordinamento tributario italiano non prevede accordi volti ad accordare vantaggi fiscali alle imprese multinazionali concedendo una riduzione della base imponibile o dell’aliquota fiscale*”³⁵⁵. Secondo il parere del Fisco, nessun accordo ha avuto ad oggetto queste due variabili proprio in mancanza di una legittimazione della normativa verso un tale agire e, una tale conclusione, dovrebbe essere sostenuta anche dalla partecipazione attiva a cui si è prestata l’Amministrazione a tavoli tecnici, così come ad incontri, con la Commissione europea e presso l’OCSE. Però, vero è anche che l’oggetto degli accordi soggiacciono ad un obbligo di confidenzialità che deve essere rispettato da parte di entrambe le parti che lo sottoscrivono.

Una soluzione alle problematiche fino a qui esposte è stata individuata in sede di Consiglio Ecofin dell’ottobre 2015, nel corso del quale è stato raggiunto un accordo politico sull’introduzione di una Direttiva di modifica alla n. 2011/16/UE, finalizzata al miglioramento della trasparenza delle garanzie rilasciate dagli Stati alle imprese. Ai fini di prevenire l’elusione delle imposte sulle società, verrà richiesto agli Stati di implementare uno scambio automatico di informazioni sugli accordi preventivi stipulati, in maniera tale che le altre autorità siano poste nella condizione di poter monitorare la situazione e le ripercussioni sul gettito. Come riportato nel documento “*the action plan [...] is aimed at establishing a fully functioning capital markets union in EU by the end of 2019. It sets out a variety of measures to strengthen capital markets so as to attract more investments, including foreign investments*”. Un sistema di reporting annuale sembrerebbe più idoneo ai fini del controllo per due ragioni: primo perché l’attività dell’Amministrazione finanziaria appare limitata vista l’esclusione dell’esercizio dei poteri istruttori per le materie oggetto di accordo. Secondo si garantirebbe un allineamento con le previsioni contenute nell’Action 5 del progetto Beps³⁵⁶.

Prevedere che l’autorità fiscale informi della conclusione dell’accordo le autorità competenti degli Stati di residenza o di stabilimento del contribuente, così come previsto dal quarto comma dell’art. 31-ter del D.P.R. n. n. 600/1973, allinea la disciplina interna a quella sovranazionale in tema di cooperazione amministrativa, ma non risulta sufficiente. Difatti si tratta di una comunicazione che potrebbe avvenire legittimamente anche entro il termine del quarto anno successivo a quello di stipula e che per tale ragione non garantisce tempestività e piena trasparenza.

³⁵⁵ Camera dei Deputati, Commissione VI, 15 settembre 2016, n. 5-09473, *Società che hanno sottoscritto accordi di tax ruling con il fisco italiano e condizioni di tali accordi*, pag. 83.

³⁵⁶ DE CAROLIS, D., *Il bollettino del ruling internazionale e il report concerning advance pricing agreements americano: due esperienze a confronto*, in Fisco, 2013, n. 20, pag. 3062.

Con medesima proposta di modifica, le previsioni di scambio automatico di informazioni sono state estese anche al Country-by-Country reporting, non solo con riferimento ai *transfer pricing*, bensì anche ai *tax ruling* preventivi transnazionali. Si tratta di una forma di rendicontazione Paese per Paese idonea a far luce sulla contribuzione fiscale dei gruppi multinazionali in ragione della loro attività economica che si sviluppa in maniera transnazionale. In questo modo le autorità fiscali avrebbero la possibilità di conoscere la posizione ed il trattamento fiscale dell'impresa in ogni giurisdizione in cui essa ha una propria filiale o stabile organizzazione. Nella realtà, nonostante esista un concreto progetto volto alla realizzazione di un tale obiettivo contenuto nell'Action 13 del Progetto BEPS, esso rimane uno scopo lontano dal momento che viene rivolto alle multinazionali con un fatturato globale annuo superiore ai 750 milioni di euro. In aggiunta si tratta uno strumento utilizzabile non dalla collettività, bensì soltanto dalla Commissione europea e dagli altri Stati membri.

In definitiva, intervenire per garantire la trasparenza su forme sempre più sofisticate di operazioni e strumenti di politica fiscale risulta di primaria importanza al fine di combattere le distorsioni alla concorrenza e le inefficienze del mercato che derivano dal fenomeno dell'evasione fiscale³⁵⁷. Questo permetterà di creare un sistema perfettamente concorrenziale, dove sarà possibile colmare le mancate entrate erariali che impattano sugli investimenti, sulle politiche di *welfare* e sulla crescita dell'economia.

³⁵⁷ In tal senso si esprime la stessa Agenzia delle Entrate nella propria circolare del 28 aprile 2016, n. 16/E, *Prevenzione e contrasto all'evasione – indirizzi operativi*, con la quale qualifica i tax ruling come strumenti da utilizzarsi nelle attività di prevenzione all'evasione.

CONCLUSIONI

A conclusione di quanto esposto all'interno del lavoro si traggono alcune conclusioni utili a riassumere l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, in concomitanza con l'analisi dell'influenza che la stessa ha avuto sulla normativa interna, al fine di presentare una serie di soluzioni funzionali alla risoluzione dei problemi operativi della tassazione transnazionale.

Nonostante il diritto societario mostri ancora una profonda differenziazione circa i criteri di collegamento che legano le società ai sistemi giuridici di uno Stato membro, così come tra le definizioni di sede legale e amministrativa, la completa autonomia di esso e la sua capacità quale norma di conflitto di prevalere sul diritto comunitario è stata notevolmente ridimensionata. Gli Stati, sulla base del proprio diritto nazionale e dell'adozione alla teoria della sede reale o dell'incorporazione, non sono più legittimati ad operare ignorando l'esistenza e la personalità giuridica degli enti costituitisi in altri Stati membri della Comunità europea. Essi devono rispettare in primo luogo le libertà fondamentali contenute nel Trattato, assicurandone il pieno godimento, libero da ogni misura restrittiva idonea a vietare, ostacolare o scoraggiare l'esercizio del diritto alla libertà di stabilimento. Libertà che non risulta più completamente sovrapponibile al solo principio di non discriminazione come avveniva in passato, ma che ha assunto una sistemazione autonoma, con il fine di colpire non solo quelle situazioni in cui si configurano discriminazioni tra cittadini e soggetti stranieri, bensì anche tutte quelle forme e misure dotate della capacità di ostacolare l'esercizio del diritto di stabilimento in altro Stato membro, sia per mezzo della costituzione di nuove società conformemente alla legislazione di uno Stato membro o del trasferimento della sede legale, la sede dell'amministrazione centrale o il centro d'attività principale, sia attraverso la creazione di affiliate, succursali o agenzie per il tramite delle quali si intende svolgere un'attività economica.

La discriminazione viene relegata quale "*species rispetto al genus libertà di stabilimento*"³⁵⁸, rappresentando solo una delle possibili restrizioni all'art. 49 T.F.U.E.. In altre parole è stato abbandonato l'approccio di non discriminazione in favore di uno di non restrizione, che permette la comparazione di situazioni non paragonabili.

Rimane la facoltà di apporre in maniera completamente legittima delle limitazioni alla libera circolazione societaria nel solo caso in cui esse siano finalizzate alla tutela di ragioni imperative di interesse generale, purché sia rispettato un regime di proporzionalità e di adeguatezza.

³⁵⁸ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 45.

Per meglio intenderci, la libera modifica della residenza fiscale può essere limitata qualora venga verificata e avvalorata una *rule of reason* che si snoda lungo i seguenti punti:

- la misura non deve essere discriminatoria. L'*exit tax*, per quanto non introduca una discriminazione diretta lo fa, al contrario, in maniera indiretta. L'elemento principale, che è quello della residenza, fa sì che si configurino delle situazioni che conducono ad un trattamento sfavorevole dei soggetti che si apprestano a diventare non residenti, dissuadendo la loro circolazione e il loro legittimo esercizio del diritto di stabilimento;
- devono essere presenti ragioni imperative di interesse generale idonee a giustificare la restrizione. Sul punto i governi hanno da sempre speso gran parte delle proprie forze non tanto nella costruzione di disposizioni in grado di resistere a contestazioni, quanto piuttosto nella ricerca di giustificazioni, le quali possono sostanzialmente essere riassunte in due macro categorie: quelle che rispondono a misure strutturali rispetto a quelle che presentano finalità antielusive. Le prime fondano le proprie radici sul concetto di coerenza del regime fiscale, ossia il legislatore ammette l'introduzione di ostacoli per garantire il funzionamento del meccanismo di simmetria fiscale, trattandosi di redditi maturati e sui quali sta per essere perduta la potestà impositiva. Inoltre, in tempo antecedente al trasferimento, sugli stessi importi potrebbero essere state concesse delle deduzioni per le quali si rivendicano future pretese erariali da attualizzare. Si enfatizza l'esistenza di un rapporto di compensazione tra misure agevolative e ambito di imposizione³⁵⁹. Vero è che una tale impostazione nel corso del tempo è stata rivista nel senso di dare soluzione ad una tale problematica per il tramite di accordi internazionali bilaterali, che permettono di aprire la sola prospettiva interna verso la combinata visione ed interazione di due Stati³⁶⁰. L'*exit tax* non può considerarsi uno strumento di compensazione rispetto ad un temporaneo esonero da tassazione di un accrescimento patrimoniale, in quanto dovrebbe essere presente una normativa che colpisce in maniera eguale tutte le operazioni di trasferimento, in maniera indiscriminata rispetto allo spostamento geografico sul territorio nazionale piuttosto che verso l'estero. Se poi, come avviene in molti sistemi, viene anche previsto un arco temporale decorso il quale si verifica una decadenza della tassazione, si sgretolata la ragione giustificatrice fondata sulla coerenza. Ecco allora che quest'ultima, per permette

³⁵⁹ FICARI, V., *Op. cit.*, pag. 2154.

³⁶⁰ Ci si riferisce precisamente a due pronunce della Corte di Giustizia, la prima del 28 gennaio 1992, C-204/90, *Bachmann*, dove veniva sancita l'esistenza di un legame tra deducibilità dei contributi ed imponibilità delle somme percepite ai fini pensionistici (per vecchiaia e morte) e la seconda dell' 11 agosto 1995, C-80/94, *Wielockx*, nella quale è stata affermata la mancanza di correlazione tra le somme dedotte ai fini della determinazione della base imponibile rispetto a quelle soggette ad imposta, alla luce dell'esistenza di una convenzione bilaterale.

l'avvallo di forme di restrizione, deve intendersi come strumento che consente la ripartizione del potere impositivo degli Stati membri, sulla base di un criterio territoriale affiancato ad un elemento temporale di permanenza nel territorio.

Differente risulta invece l'argomento antielusivo. Con esso si vuole evitare che si concretizzino situazioni in base alle quali lo spostamento della residenza viene guidato da ragioni di risparmio fiscale. È importante precisare la sottile differenza che esiste però tra la scelta di un regime fiscale più conveniente rispetto a quella che soggiace ad un'uscita temporanea, che consenta la fruizione di un regime a fiscalità privilegiata. In quest'ultimo caso non vi è la volontà, protetta dalle norme del Trattato, di insediare la propria attività economica in altro Stato membro sulla base di considerazioni riguardanti la leva fiscale, ossia in base alla volontà di risparmiare, di *“contenere il flusso finanziario a favore dello sviluppo dell'impresa ovvero di migliorare la remunerazione dei soci”*³⁶¹, bensì si ravvisa il mero sfruttamento delle asimmetrie degli ordinamenti tributari per sottrarsi ad una imminente tassazione nel Paese di maturazione dei valori che presenta aliquote superiori. Va ricordato che nonostante la ragione meriti una certa attenzione, essa deve sottostare ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia secondo i quali non si deve procedere con una previsione generalizzata di evasione o elusione, ma il legislatore dovrebbe costruire delle norme volte a centrare specifiche operazioni. In definitiva, l'esigenza di tutelare l'interesse erariale, consistente nella chiusura del ciclo fiscale, deve trovare esplicitazione mediante l'utilizzo di norme idonee a colpire specifiche situazioni considerate abusive;

- devono essere implementate misure adeguate e proporzionate. La restrizione, e in questo caso l'*exit tax*, per quanto discriminatoria o supportata dalla presenza di ragioni giustificatrici, deve rispettare criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Le misure non possono eccedere quanto necessario per il raggiungimento dello scopo, dovendo intendere non solo che garanzie, presunzioni assolute e generalizzate rivolte all'intera platea di contribuenti superino quanto necessario al raggiungimento dello scopo, ma anche che il medesimo risultato si potrebbe ottenere tramite l'utilizzo di strumenti meno vincolanti, i quali potrebbero essere implementati nelle stesse situazioni. Al riguardo la Corte ha da sempre fatto esplicito riferimento alle Direttive del Consiglio del 19 dicembre 1977, n. 77/799/CEE e del 15 marzo 1976, n. 76/308/CEE³⁶² in tema di reciproca assistenza tra

³⁶¹ Così Associazione Dottori Commercialisti di Milano, *Op. cit.*, pag. 17.

³⁶² Entrambe le Direttive sono state modificate rispettivamente dalla Direttive del 16 novembre 2004, n. 2004/106/CE e del 15 giugno 2001, n. 2001/44/CE. La prima è stata oggetto di un recente intervento da parte della Commissione europea che ha proceduto con la sua abrogazione e l'introduzione della Direttiva n. 2011/16/UE sempre in tema di cooperazione amministrativa per lo scambio e la riscossione dei tributi. Nell'ultimo documento, oltre alla previsione di uno scambio di informazioni tra autorità competenti che avviene

autorità competenti degli Stati membri in ambito di imposte dirette, nonostante siano state mosse varie critiche circa l'effettivo funzionamento.

In definitiva, la Corte ha proceduto anche con la definizione dei principi utili alla costruzione di sistemi fiscali compatibili con la normativa comunitaria. L'*exit tax* continua a configurare una misura che si pone in contrasto prevedendo la tassazione di valori non realizzati – si parla in tal senso di una realizzazione fittizia – dal momento che introduce forme di discriminazione rispetto ai soggetti che fanno circolare la propria realtà economica all'interno dei confini territoriali, ma nonostante ciò essa rimane una misura legittima, che trova la propria giustificazione nella necessità di garantire la corretta ripartizione del potere impositiva o nella finalità antielusiva.

Data l'esistenza di una certa ragione imperativa di interesse generale, deve rispettarsi il requisito della proporzionalità della restrizione introdotta, da valutarsi con riferimento a due momenti distinti: quello della determinazione e quello della riscossione. Con riferimento al primo aspetto, la misurazione della plusvalenza, a cui fa seguito il calcolo dell'imposta, deve avvenire in via definitiva al momento del trasferimento della residenza, per tutelare i diritti impositivi di entrambi gli ordinamenti. La riscossione invece, al fine di non eccedere quanto necessario al raggiungimento della ripartizione dei poteri degli Stati, deve sottostare alla scelta del contribuente, il quale deve disporre della facoltà di preferire un prelievo immediato o, in alternativa, un prelievo posticipato al momento del compimento dell'effettiva operazione di realizzo degli *assets*. La Corte qualifica addirittura come elemento necessario una tale costruzione.

La criticità del coordinamento tra le normative degli Stati membri ha da sempre costituito il tassello principale intorno al quale la Commissione si propone di operare, in particolare al fine di eliminare le distorsioni del mercato che comportano fenomeni di doppia imposizione o di

sulla base di una richiesta, sono stati aggiunti gli scambi di informazioni che avvengono in maniera automatica o in maniera spontanea. Rispettivamente gli articoli 8 e 9 della Direttiva prevedono che le autorità competenti degli Stati membri comunichino le informazioni di cui sono in possesso in maniera automatica o spontanea, ovvero senza che sia stata presentata alcuna richiesta da parte di autorità estere, in particolar modo in alcune specifiche casistiche che vengono dettagliatamente indicate. Lo scambio automatico di informazioni equivale a tutti gli effetti alla rendicontazione Paese per Paese che al momento risulta attiva nei confronti delle multinazionali per la materia dei *transfer pricing* (si veda l'Action 13 del Progetto Beps). Ma con la modifica avvenuta in data 8 dicembre 2015, che ha introdotto la Direttiva n. 2015/2376/UE l'azione di trasparenza è stata estesa anche ai ruling fiscali correlati al compimento di operazioni transfrontaliere, permettendo in tal modo ad ogni Stato membro di verificare le variabili che incidono sul gettito. Per un approfondimento della questione si veda VALENTE, P., *Scambio automatico di informazioni: i nuovi obblighi di rendicontazione Paese per Paese proposti dall'Ue*, in *Fisco*, 2016, n. 14, pag. 1352 e ss.; VALENTE, P., *Le novità in tema di trasferimento di sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia*. Convegno Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Brescia, Il nuovo rapporto tra Fisco e contribuenti nella fiscalità internazionale, ottobre 2016. Disponibile al sito:

http://www.dottcomm.bs.it/images/atti%20convegno%20internazionale%20volume2016_OK.pdf.

doppia assenza di imposizione. Due caratteristiche ricorrenti nel trasferimento transfrontaliero. Vi sono una serie di possibili misure o di possibili strumenti che potrebbero essere adottati per ricercare una soluzione ai problemi introdotti dai regimi di *exit taxation*, ognuno caratterizzato da profili positivi e negativi.

La via più sicura andrebbe ricercata in una decisa attività di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, nonostante essa rappresenti a livello operativo una strada poco praticabile, da un lato perché non esiste a livello comunitario la capacità e la legittimazione di imporsi nell'ambito delle imposte dirette, e dall'altro a causa del comportamento restio già dimostrato negli anni da molti Stati membri.

Altra soluzione potrebbe essere ricercata nell'utilizzo delle direttive, strumento flessibile che ben si presta ad impiantare negli ordinamenti nazionali regole comuni a tutti i Paesi della Comunità. La materia societaria, così come i flussi di reddito transnazionali, raffigurano due delle materie privilegiate nell'uso di tale strumento, senza considerare che ad oggi risulta già esistente e funzionante la Direttiva n. 2009/133/CE sulle fusioni transnazionali, operazioni che nella sostanza equivalgono ad un trasferimento di residenza sociale³⁶³. Come suggerito dalla stessa Commissione con la propria Comunicazione COM(2003)613 l'approccio verso cui si propende consiste nell'allargare il riconoscimento del mantenimento della personalità giuridica e nell'accettare la continuità dei valori fiscali, con conseguente congelamento dei plusvalori latenti in occasione della simultanea costituzione di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato di origine.

La Corte suggerisce di fare ricorso anche alle Convenzioni contro le doppie imposizioni, le quali permetterebbero di evitare che due fattispecie differenti, da un lato l'uscita e dall'altro la cessione, vengano colpite da un'imposta che presenta la medesima natura. In primo luogo si ritrovano i trattati bilaterali contro le doppie imposizioni, i quali però non rappresentano un'efficiente soluzione considerata la consistente proliferazione che il loro utilizzo determina. Inoltre, essi hanno valenza nei confronti del solo Stato contraente³⁶⁴. In aggiunta la loro

³⁶³ Inoltre, all'interno della disciplina, al capo V, hanno trovato trattazione i trasferimenti di residenza della Società Europea e della Società Cooperativa Europea. La tendenza da seguire dovrebbe concedere a tutte le società che si sono legittimamente costituite ai sensi della normativa di uno Stato membro la possibilità di trasferire la propria residenza fiscale seguendo la linea introdotta con la Direttiva fusioni, ossia assicurando un regime di neutralità fiscale.

³⁶⁴ Le convenzioni bilaterali presentano la stessa caratteristica di valenza limitata da un punto di vista territoriale dei decreti ministeriali, i quali rappresentano di certo uno strumento di aiuto all'implementazione delle misure, ma non risultano sufficienti nella loro forma di atto unilaterale. In maniera ancor più critica, è stato osservato che *“interventi unilaterali degli Stati membri non consentirebbero di risolvere adeguatamente il problema della pianificazione fiscale aggressiva e creerebbero problemi. [...] L'adozione di misure non coordinate [...] rischia di risultare controproducente. [...] Le norme in vigore in uno Stato membro possono compromettere l'efficacia delle norme in vigore in altri Stati membri”*, così Commissione europea, 28 gennaio 2016, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. *Pacchetto anti-elusione: prossime tappe per assicurare*

costruzione trae ispirazione dal Modello OCSE che non costituisce fonte di diritto internazionale tributario, ma “*mera raccomandazione agli Stati*”³⁶⁵. Si potrebbero allora considerare le Convenzioni multilaterali, strumenti che, non vincolando una pluralità di Stati che le adottano, permettono di sperimentare il funzionamento, così come le conseguenze, di una certa disciplina durante un preciso arco temporale di vigenza della convenzione. Si rileva che esse costituiscono una misura troppo provvisoria e precaria per una materia come quella oggetto di studio e si correrebbe il rischio di assistere ad una proliferazione di convenzioni che verrebbero a decadere al termine del periodo di vigenza senza alcun beneficio registrabile in capo agli enti giuridici, che assisterebbero solamente ad un procrastinamento del momento di tassazione³⁶⁶.

Ancora, la dottrina³⁶⁷ si era espressa nel senso di un riconoscimento di un credito d'imposta ossia di una misura che interviene a livello d'imposta e non di base imponibile. Lo stesso potrebbe essere riconosciuto alternativamente sia da parte dello Stato di destinazione – in misura pari al debito tributario sopportato nel Paese di provenienza –, sia da parte di quello di origine – in relazione all'imposta che sarà oggetto di prelievo da parte del Paese di arrivo e limitatamente alla quota maturata nel periodo ante trasferimento –, al fine di neutralizzare l'effetto di doppia imposizione, o meglio l'imposizione su ricchezza prodottasi in territorio estero.

La Commissione dal canto suo afferma che non esiste uno strumento che possa essere considerato in assoluto come il migliore. Qualsiasi soluzione deve necessariamente considerare le interazioni tra gli Stati membri, interazioni che al momento sono quasi nulle nel settore della fiscalità nazionale. Lo *step up*, ossia il riconoscimento dei valori fiscali calcolati dallo Stato di partenza, ben potrebbe aiutare ad eliminare fenomeni distorsivi al funzionamento del mercato, assicurando al contempo una corretta ripartizione del potere impositivo degli Stati membri. Quando la Corte di Giustizia ammette la tassazione dei plusvalori latenti sugli elementi trasferiti presuppone, in maniera indiretta, che sia compito dello Stato di destinazione eliminare il problema della doppia imposizione accettando la valorizzazione dei beni così come determinata dallo Stato di partenza. Ma la sua implementazione appare semplice solamente sulla carta. In ragione dell'autonomia di cui

un'imposizione effettiva e una maggiore trasparenza fiscale nell'UE. Disponibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=EN>; in tal senso anche RIZZARDI, R., *Op. cit.*, pag. 1667.

³⁶⁵ VOLPICELLA, E., *Op. cit.*, pag. 850.

³⁶⁶ MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 60.

³⁶⁷ ROMANO, C., *Op. cit.*, pag. 1298; MELIS, G., *Op. cit.*, pag. 37.

godono gli Stati nelle materie delle imposte dirette, accettare una base imponibile sulla base di valutazioni proprie del solo Stato estero significherebbe obbligare lo Stato di destinazione a dipendere da sistemi non nazionali, che probabilmente potrebbero portare a risultati differenti rispetto a quelli che si sarebbero verificati in ragione dei principi e delle regole interne³⁶⁸. Si richiede pertanto che prima venga introdotto un coordinamento su base comunitaria e che poi si proceda verso il rispetto delle previsioni comunitarie.

Gli strumenti che eventualmente potrebbe intervenire in mancanza di qualsivoglia disposizione che si occupi della materia potrebbero essere le raccomandazioni o le comunicazioni, due forme appartenenti alla *soft law*, le quali nonostante fungano da stimolo morale o politico, nel corso del tempo potrebbero apportare importanti risultati sul fronte del coordinamento³⁶⁹. È il caso visto nel secondo capitolo del lavoro, ossia delle Comunicazioni della Commissione europea e del Consiglio europeo che, a fronte dell'inerzia degli Stati membri nel conformarsi a quanto pubblicato, hanno rappresentato l'incipit dell'apertura di procedure di infrazione.

In ogni caso un approccio coordinato basato su di una stretta collaborazione tra Stati membri e sull'assistenza da parte della Commissione europea nell'identificazione delle linee direttrici da seguire appare l'unica possibile strada da intraprendere verso la costruzione di normative compatibili con le prescrizioni del diritto comunitario. Per quanto, in linea generale, il comportamento di non collaborazione fiscale che spesso viene mantenuto dagli Stati membri non risulti censurabile, nel caso specifico non può essere affermato lo stesso in quanto finisce per interferire con le libertà del Trattato ed è proprio su tale aspetto che si incardina la discussione in ambito comunitario. Il tempo per la tolleranza delle disposizioni non compatibili è terminato, soprattutto pensando ai particolari problemi che determina il fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva tra cui si inseriscono anche alcune operazioni di trasferimento transnazionale della residenza delle imprese, fenomeno che non assicura un efficiente funzionamento del mercato unico, conquista imprescindibile per l'Unione Europea, a discapito di chi, per dimensioni o per incapacità, non pone in essere le medesime strategie. Proprio con tale ottica si vuole concludere il lavoro, evidenziando quelli

³⁶⁸ È stato fatto notare che “*la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro, al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie nazionali*”, così Corte giust. com. eur., 28 febbraio 2008, causa C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*, punto 43.

³⁶⁹ Come evidenziato in dottrina, si tratta di una soluzione precaria nel senso che tenta di porre rimedio ad una situazione di *impasse* che scaturisce dall'inesistenza di un potere normativo affidato agli organi comunitari. In tal senso SALLUSTIO, C., *Op. cit.*, pag. 836.

che saranno i futuri sviluppi della normativa interna in tema di *exit taxation*. Tra tutti gli strumenti in precedenza rilevati si rende noto che il Consiglio Ecofin in data 17 giugno 2016 ha proceduto con l'approvazione della proposta di Direttiva [COM(2016)26] recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno. La Direttiva n. 2016/1164 si inserisce nel cosiddetto pacchetto anti-elusione adottato il 28 gennaio 2016 contenente una serie di misure volte al contrasto dei fenomeni elusivi e trova la propria collocazione nel contesto di operatività del Progetto Beps avviato nel corso del 2013. Anche quest'ultimo opera a livello di fiscalità internazionale ed è diretto alla realizzazione di un "*allineamento tra la localizzazione dei redditi soggetti a imposizione e il luogo in cui l'attività economica viene esercitata*"³⁷⁰. Tre sono i principali obiettivi che si intendono raggiungere: garantire un'effettiva tassazione all'interno dell'Unione, in particolare nel luogo in cui i redditi vengono prodotti; implementare la trasparenza fiscale ed, infine, tutelare il corretto funzionamento della concorrenza.

L'intervento in oggetto si compone di cinque misure, una delle quali si concentra proprio sul regime di *exit tax*. Nello specifico, l'art. 5 prevede che un soggetto venga sottoposto a tassazione qualora intervengano trasferimenti di residenza o di attivi dalla sede principale o dalla stabile organizzazione nazionale verso altri Paesi membri. Sono tutte situazioni in cui vi è il concreto rischio di assistere al compimento di operazioni che spostano materia imponibile verso giurisdizioni fiscali più miti al fine di contenere l'onere fiscale. L'unica condizione alternativa che viene offerta al contribuente per bilanciare gli effetti di un'immediata imposizione è rappresentata dalla possibilità di optare per la sola dilazione degli importi mediante rateizzazione degli stessi lungo un arco temporale di cinque anni³⁷¹. Inoltre, al quinto comma viene anche richiesto un adeguamento della valorizzazione degli *assets* scambiati, dovendo il Paese di destinazione accettare ed assumere il valore calcolato da parte dello Stato di origine.

Ci si attende di conseguenza una revisione, intesa come adeguamento, della normativa interna verso il regime comunitario sopra delineato entro, e non oltre, il 31 dicembre 2019.

³⁷⁰ Così VALENTE, P., *Misure Ue di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in *Fisco*, 2016, n. 12, pag. 1151.

³⁷¹ Al secondo comma dell'art. 5 vengono disciplinate le casistiche al verificarsi delle quali è possibile fruire della rateizzazione. Si tratta essenzialmente di quei trasferimenti che avvengono nei limiti territoriali di quei Paesi appartenenti all'Ue, all'accordo sullo SEE o, se terzi, firmatari di un accordo sulla reciproca assistenza in materia di recupero dei crediti fiscali ai sensi della Direttiva n. 2010/24/UE.

Libri e Riviste

- ALAGNA, C., VALENTE, P., *La sentenza National Grid Indus BV: l'exit tax nel caso di trasferimento all'estero*, in *Fisco*, n. 20, 2012, I, pag. 3111.
- ALBANO, G., *"Exit tax": la disciplina del "tax deferral" in Unico SC 2015*, in *Corr. Trib.*, n. 20, 2015, pag. 1513.
- ALBANO, G., *Attività fiscalmente riconosciute al valore normale nel trasferimento della residenza in Italia*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 38, pag. 3881.
- ARMELLA, S., UGOLINI, L., *"Exit tax": sospesa la tassazione delle plusvalenze latenti fino all'effettivo realizzo*, in *Corr. Trib.*, n. 17, 2012, pag. 1283.
- ARMELLA, S., UGOLINI, L., *Ampliati i casi di differimento della "exit tax"*, in *Corr. Trib.*, n. 42, 2015, pag. 4187.
- ASCOLI, G., *Exit taxation: quadro sistematico della disciplina*, in *Fisco*, n. 21, 2014, pag. 2033.
- ASCOLI, G., PELLECCIA, M., *Gli sviluppi della legislazione in tema di black list e white list*, in *Fisco*, 2015, n. 24, pag. 2327.
- ASCOLI, G., PELLECCIA, M., *Ruling internazionale e interpello sui nuovi investimenti per una proficua collaborazione fisco-contribuente*, in *Fisco*, 2016, n. 15, pag. 1452.
- AVOLIO, D., FORT, G., *"Exit tax" e trasferimento all'estero della stabile organizzazione*, in *Fiscalità internazionale*, n. 18, 2014, pag. 1412.
- AVOLIO, D., PEZZELLA, D., *Quali trasferimenti di sede all'estero possono beneficiare della "exit tax"*, in *Corr. Trib.*, n. 8, 2014, pag. 616.
- BACCAGLINI, F., *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.*, 2012, pag. 509.
- BACCAGLINI, F., *National Grid Indus: aspetti sistematici delle exit taxes*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2012, pag. 275.

- BAGAROTTO, E., M., *La residenza delle società nelle imposte dirette alla luce della presunzione di “esterovestizione”*, in Riv. Dir. Trib., 2008, fasc. 12, pag. 1156.
- BALLARINO, T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, in Riv. Soc. 2003, II, pag. 48.
- BENEDETTELLI, M., V., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in Riv. Soc., 2010, VI, pag. 1251.
- BERNONI, G., COLACICCO, M., *Il trasferimento all'estero della sede di una società di capitali*, in Fisco, n. 42, 1996, pag. 10066.
- BESIO, P., TENCALLA, M., *Nuova white list: effetti a cascata sulla tassazione di redditi di natura finanziaria*, in Fisco, 2016, n. 38, pag. 3664 e ss.
- BIZIOLI, G., *Aporie e contraddizioni della giurisprudenza europea in materia di exit taxation*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 2014, pag. 381.
- BUONAMASSA, G., GERARDI, G., *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in Bilancio e reddito d'impresa 2016, n. 8-9, pag. 1.
- CALO', E., *Trasferimento all'estero della sede sociale*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 3310.
- CEPPELLINI LUGANO., 2015. *T.U.I.R. 2015 - Nuova disciplina fiscale del reddito delle persone fisiche e delle società*, XX Edizione. Milano: Gruppo 24 Ore.
- CARRIROLO, F., *Il trasferimento all'estero della sede di società italiana e in Italia della sede di società estera*, in Fisco, n. 48, 2009, I, pag. 7912.
- CAVALLINO, F., ZUIN, P., *Il ruling internazionale: problematiche applicative*, in Fisco, 2005, n. 7, I, pag. 989.
- COMMITTERI, G., *Il secondo bollettino dell'agenzia delle entrate sul ruling internazionale*, in Corr. Trib., 2013, n. 22, pag. 1765.
- COMMITTERI, G., M., *Entry tax: nel trasferimento degli asset l'Agenzia dà rilevanza agli aspetti sostanziali*, in Corr. Trib., 2016, n. 44, pag. 3414.
- CRAZZOLARA, A., *National Grid Indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, in Riv. Dir. Trib., 2011, fasc. 12, pag. 349.
- D'ALFONSO, G., *Il trasferimento all'estero di un'impresa: conseguenze fiscali e civilistiche*, in Fisco, n. 14, 2005, I, pag. 2064.

- DE CAROLIS, D., *Il bollettino del ruling internazionale e il report concerning advance pricing agreements americano: due esperienze a confronto*, in Fisco, 2013, n. 20, pag. 3059.
- DE PIETRO, C., *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in Rass. Trib., n. 4, 2006, pag. 1377.
- DE PIETRO, C., *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione rimessa agli Stati membri*, in Rass. Trib., n. 5, 2012, 1356.
- DE SANTIS, D., *Exit tax: tra l'analisi di Assonime e il decreto estivo*, in Boll. Trib., 2014, n. 19, pag. 1388.
- DE SANTIS, D., *L'exit tax: aspetti di doppia imposizione internazionale tuttora irrisolti*, in Fisco, n. 40, 2013, I, pag. 6202.
- DE' CAPITANI DI VIMERCANTE, P., *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, in Dir. Prat. Trib., 2008, II, pag. 33.
- DI CESARE, F., *Il trasferimento della sede della società all'estero*, in Riv. Dott. Comm., 2009, II, pag. 291.
- DRAGONETTI, A, PIACENTINI V., SFONDRINI, A., a cura di, 2014. Manuale di fiscalità internazionale. VI Edizione. (s.l.): Ipsoa.
- FALSITTA, G., FANTOZZI, A., MARONGIU, G., MOSCHETTI, F., *Commentario breve alle leggi tributarie*, Tomo III, Padova, 2010, pag. 812.
- FERRANTI, G., *I profili fiscali del trasferimento in Italia delle società estere*, in Fiscalità internazionale, 2010, n. 2, pag. 109.
- FERRANTI, G., *Il primo bollettino dell'agenzia delle entrate sul ruling internazionale*, in Corr. Trib., 2010, n. 32, pag. 2580.
- FERRONI, B., *Il quadro TR recepisce le novità sul trasferimento di sede all'estero*, in Fisco, n. 20, 2015, pag. 1935.
- FICARI, V., *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al Trattato CE dell'"exit tax" sulle plusvalenze latenti*, in Rass. Trib., 2004, n. 6, pag. 2129.
- FRANCESCHIN, A., *Place of effective management e residenza fiscale: prospettive evolutive*, in Fisco, 2016, n. 17, pag. 1569.

- FRANCO, A., *Profili tributari del trasferimento della residenza fiscale dall'estero verso l'Italia*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2006, pag. 367.
- FRANCO, A., *Trasferimento di società dall'estero verso l'Italia, regime delle perdite ed ingresso di Controlled Foreign Company nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, II, pag. 264.
- FURIAN, S., GALLIO, F., *Verso un primo riconoscimento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, sul recepimento di valori correnti in caso di trasferimento di sede dall'estero in Italia (ma solo se c'è exit tax)*, in *Fisco*, 2007, n. 36, pag. 12280.
- FURIAN, S., *Il trasferimento della sede (e della residenza fiscale) in Italia di società di diritto comunitario. Profili civilistici, contabili e fiscali*, in *Fisco*, 2006, n. 21, pag. 7996.
- GABELLI, M., *La corte di giustizia bocchia (con riserva) l'exit tax francese ed innesca l'azione della commissione europea*, in *Fiscalità internazionale*, n. 3, 2004, pag. 248.
- GAIANI, L., *Trasferimento in Italia di imprese estere e valore fiscale degli assets*, in *Fisco*, 2015, n. 47-48, pag. 4536.
- GALASSI, C., MIELE, L., *Disciplinate le modalità di differimento della riscossione della "exit tax"*, in *Fiscalità internazionale*, n. 33, 2013, pag. 2598.
- GALLIO, F., FURIAN, S., STEVANATO, D., LUPI, R., *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dialoghi di Dir. Trib.*, 2007, II, pag. 575.
- GALLIO, F., *L'acquisizione della residenza fiscale italiana a seguito del trasferimento della sede – Il commento*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 34, pag. 2621.
- GRAMMATICO, F., STESURI, A., *Riforma fiscale: la nuova disciplina del trasferimento di sede e compatibilità con i principi comunitari*, in *Fisco*, n. 6, 2005, I, pag. 841.
- IANNACCONE, A., *La relazione tra valore normale ed exit tax nel caso di trasferimento dell'impresa in Italia: profili di criticità e questioni irrisolte*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, V, pag. 29.
- LAROMA JEZZI, P., *I crescenti vincoli, interni e sovranazionali, alla potestà legislativa in materia tributaria*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 7, pag. 529.

- LIBURDI, D., *Exit tax. La denuncia dell'ADC di illegittimità della normativa interna*, in Fisco, 2009, II, 2, pag. 2443.
- LOLLIO, C., *Riflessioni sul trasferimento della sede legale di società in Italia e sull'acquisto di residenza fiscale*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2006, pag. 113.
- LORENZETTI, M., *Prime valutazioni sul ruling internazionale*, in Corr. Trib., 2004, n. 1, pag. 35.
- MANZINI, P., MUCCIARELLI, F., M., *Rivoluzione Cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale*, in Giur. comm., 2009, IV, parte II, pag. 614.
- MARGIOTTA, G., *Il trasferimento della sede all'estero*, in Riv. Notariato, 2004, pag. 649.
- MARINO, G., *Brevi note sul trasferimento di sede all'estero*, in Dir. Prat. Trib., 1993, I, pag. 1034.
- MARINO, G., *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano e convenzionale*, in Dir. Prat. Trib., 1995, I, pag. 1462.
- MASTROMATTEO, A., SANTACROCE, B., *Accordi preventivi per l'internazionalizzazione e interpello sui nuovi investimenti*, in Fisco, 2015, n. 38, pag. 3609.
- MAYR, S., *Effetti del trasferimento della sede all'estero*, in Corr. Trib., n. 39, 1995, pag. 2707.
- MAYR, S., *Trasferimento della residenza delle società: i problemi che dovrà affrontare il decreto attuativo*, in Boll. Trib., 2012, I, pag. 331.
- MAZZETTI DI PIETRALATA, M., ZALLO, L., *Ruling in materia di transfer pricing: introduzione degli advanced pricing arrangements in Italia*, in Fisco, 2004, n. 7, I, pag. 948.
- MELIS, G., 2008. *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*. I Edizione, Roma: Aracne Editrice s.r.l.
- MELIS, G., *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2004, pag. 13.
- MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Oggetto, presupposto e momento impositivo della "exit tax"*, in Corr. Trib., n. 45, 2013, pag. 3559.

- MICHELUTTI, R., PRAMPOLINI, A., *Riporto delle perdite nella «exit tax»*, in Corr. Trib., 2013, n. 46, pag. 3655.
- MICHELUTTI, R., *Rischio Pex sulla “exit tax”*, in Sole 24 Ore del 25 febbraio 2014
- MIELE, L., *“Exit tax” sul trasferimento della residenza fiscale all’estero*, in Corr. Trib., 2010, n. 6, pag. 434.
- MIELE, L., *Holding, rientri dal valore incerto*, in Sole 24 Ore, 22 settembre 2005, pag. 23
- MIELE, L., *Il trasferimento di imprese in Italia e la valorizzazione dei beni al valore normale*, in Corr. Trib., 2015, n. 21, pag. 1605.
- MIELE, L., MIELE, M., *Legittima la “exit tax” solo se a riscossione differita*, in Corr. Trib., 2012, I, pag. 113.
- MIELE, L., *Necessità di coordinamento degli Stati membri sulla tassazione in uscita*, in Corr. Trib., 2010, n. 7, pag. 543.
- MIELE, L., RUSSO, V., *Con le correzioni alla “exit tax” cambiano modalità e condizioni di esercizio all’opzione*, in Corr. Trib., n. 32, 2014, pag. 2447.
- MIELE, L., RUSSO, V., *Il rimpatrio e la valorizzazione dei beni fra costo storico e valore normale*, in Corr. Trib., 2008, n. 38, pag. 3087.
- MIELE, L., SURA, A., BONTEMPO, F., FABI, T., 2016. *Bilancio e reddito d’impresa*. (s.l.): Wolters Kluwer, pag. 1477 e ss..
- MIELE, L., *Trasferimento di residenza all’estero di un’impresa*, in Corr. Trib., n. 28, 2005, pag. 2209.
- MONDINI, A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell’armonizzazione?*, in Riv. Sc. Fin., 2007, pag. 52.
- MONTECAMOZZO, L., *Trasferimento della residenza all’estero: la manovra Dini risolve i dubbi in merito alla sua rilevanza fiscale*, in Boll. Trib., n. 5, 1995, 335.
- MONTUORI, N., PALMA, P., *Il trasferimento di residenza all’estero tra presunte restrizioni alla libertà di stabilimento ed effettive esigenze di chiusura del sistema*, in Fisco, n. 30, 2005, I, pag. 4700.
- MUCCIARELLI, F., M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in Giur. Comm., 2000, II, pag. 559.

- MUCCIARELLI, M., F., 2010. *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*. Milano: Giuffrè Editore.
- NUSSI, M., *Trasferimento della sede e mutamento della residenza "fiscale": spunti in tema di stabile organizzazione e regime dei beni d'impresa*, in *Rass. Trib.*, 1996, pag. 1341.
- OXFAM Italia, 4 novembre 2015, *Giustizia fiscale: tallone d'Achille dell'Europa*. Disponibile su: <http://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2015/11/Oxfam-Italia-media-brief-LuxLeaks-anniversary.pdf>
- PARACCHI, M., LONGO, A., *Questioni in tema di trasferimento della residenza fiscale di una società da uno Stato membro dell'Unione europea all'Italia*, in *Rass. Trib.*, 2013, n. 2, pag. 420.
- PATELLI, L., PORPORA, F., *Il ruling internazionale e gli advanced pricing agreements (APA)*, in *Fisco*, 2004, n. 23, I, pag. 3505.
- PELLECCHIA, M., *Il trasferimento di residenza in Italia*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 6, pag. 1410.
- PELLECCHIA, M., *Trasferimento di residenza in Italia: lettura estensiva della disciplina da parte dell'Agenzia delle Entrate*, in *Fisco*, 2016, n. 37, pag. 3560.
- PEROTTA, R., GAREGNANI, G., M., 1999. *Le operazioni di gestione straordinaria*, (s.l.): Giuffrè Editore, pag. 495 e ss..
- PETRELLI, G., *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 2004, pag. 352.
- PEZZUTO, G., *I riflessi del ruling internazionale sull'attività di verifica fiscale dell'amministrazione finanziaria*, in *Fisco*, 2004, n. 8, pag. 1088.
- PIAZZA, M., D'ANGELO, G., *Revisione della exit tax: estensione a fusioni, scissioni e rami di stabili organizzazioni*, in *Fisco*, n. 22, 2015, pag. 2134.
- PIAZZA, M., VALSECCHI, M., D'ANGELO, G., *Assonime analizza la normativa attuativa definitiva della "exit tax"*, in *Corr. Trib.*, n. 14, 2015, pag. 1081.
- PIAZZA, M., VALSECCHI, M., *Exit tax: questioni ancora aperte dopo l'emanazione delle norme attuative*, in *Fisco*, 2014, n. 40, pag. 3943.

- PRAMPOLINI, A., *Trasferimento di residenza di società e valori in ingresso*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 25, pag. 1919.
- RHODE ALAN, M., *Cartesio: diritto comunitario e "tassazione in uscita"*, in *Fiscalità internazionale*, n. 3, 2009, pag. 221.
- RIGHINI, A., *Alcune problematiche fiscali del trasferimento della sede all'estero. La tassazione dei valori immateriali*, in *Fisco*, 20015, n. 43, pag. 6735.
- RIGHINI, A., *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale in corso d'anno. L'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate*, in *Fisco*, 2006, II, pag. 4922.
- RIZZARDI, R., *I controlli dell'Agenzia delle Entrate sugli aspetti internazionali della fiscalità*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 30, pag. 2348.
- RIZZARDI, R., *L'"exit tax" nel vicolo cieco della mancanza di regole comuni*, in *Corr. Trib.*, n. 21, 2013, pag. 1664.
- ROLLE, G., *"Exit taxation", riorganizzazioni transfrontaliere e doppia imposizione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2015, n. 11, pag. 32.
- ROMANO, C., CONTI, D., *Accordi preventivi ed interpello per gli investitori: novità, evoluzione e comparazione*, in *Corr. Trib.*, 2015, n. 44, pag. 4396.
- ROMANO, C., SQUITIERI, M., *Rilancio del «ruling» internazionale per risolvere i conflitti in via preventiva ed eliminare le doppie imposizioni*, in *Corr. Trib.*, 2014, n. 10, pag. 792.
- ROMANO, C., *Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione europea*, in *Rass. Trib.* 2004, n. 4, pag. 1291.
- ROSSI, L., FICAI, G., *Acquisizione della residenza fiscale in Italia e valorizzazione ai fini tributari di beni provenienti dall'estero*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 13, pag. 991.
- SALLUSTIO, C., *Il regime fiscale dei beni in entrata in occasione del trasferimento di residenza fiscale transfrontaliero. Profili nazionali e comunitari*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, fasc. 9, pag. 829.
- SALLUSTIO, C., *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale all'etero e dall'estero in Italia. Profili sistematici*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, III, pag. 353.

- SORRENTINO, P., *La risoluzione dell'Ecofin sull'exit taxation. Alcune note sui contenuti e le prospettive delle prime linee guida in materia di coordinamento fiscale tra Stati membri della Ue*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2009, pag. 247.
- SOZZA, G., 1997. *L'impresa e la pianificazione internazionale. Il reddito d'impresa nei rapporti con l'estero*, Milano: Il Sole 24 Ore Libri.
- SOZZA, G., 2010. *La fiscalità internazionale*. 2° Edizione. Milano: Edizioni Fag.
- SOZZA, G., *L'amministrazione conferma la natura non dissolutoria della società trasferita all'estero*, in *Fisco*, n. 13, 2006, I, pag. 1901.
- SPINIELLO, S., BISOGNO, M., *Exit tax estesa a operazioni straordinarie e trasferimento di rami di stabili organizzazioni*, in *Fisco*, n. 39, 2015, pag. 3740.
- STABILINI, A., *Cancellazione di società di capitali per trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Società*, 2013, n. 3, pag. 347.
- TENORE, M., *I ruling previsti dall'ordinamento tributario italiano in ottica di aiuti di Stato*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016. Supplemento online. Disponibile al sito: <http://www.rivistadirittotributario.it/2016/05/09/la-possibile-qualificazione-aiuti-dei-ruling-previsti-dallordinamento-tributario-italiano/>
- TOMBESI, G., DRAGONETTI, A., *Tassazione all'uscita (exit tax): i dubbi interpretativi ancora irrisolti*, in *Fisco*, n. 15, 2015, 1463.
- VALENTE, P., *Fiscalità internazionale. La residenza fiscale nel diritto tributario internazionale e comunitario*, in *NEQTEPA – periodico ufficiale dell'A.N.T.I. Associazione Nazionale Tributaristi Italiani*, 2009, II, pag. 11.
- VALENTE, P., *Le novità in tema di trasferimento di sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia*. Convegno Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Brescia, Il nuovo rapporto tra Fisco e contribuenti nella fiscalità internazionale, ottobre 2016. Disponibile al sito: http://www.dottcomm.bs.it/images/atti%20convegno%20internazionale%20volume2016_OK.pdf
- VALENTE, P., *Misure di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in *Fisco*, 2016, n. 12, pag. 1151.
- VALENTE, P., *Scambio automatico di informazioni: i nuovi obblighi di rendicontazione Paese per Paese proposti dall'Ue*, in *Fisco*, 2016, n. 14, pag. 1352.

- VARAZI, F., *Reddito d'impresa e trasferimento all'estero*, in *Rass. Trib.*, 1995, pag. 687.
- VASAPOLLI, G., VASAPOLLI, A., 2015. *Dal bilancio d'esercizio al reddito d'impresa*. XXII edizione, (s.l.): Wolters Kluwer, pag. 1454 e ss..
- VIAL, E., *Trasferimento all'estero della residenza di una società: conseguenze fiscali in capo ai soci*, in *Azienda & Fisco*, n. 18, 2006, pag. 55.
- VOLPICELLA, E., *Il trasferimento della sede della società tra diritto nazionale e giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, in *Fisco*, n. 6, 2012, I, pag. 849.
- WYMEERSCH, E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, II, pag. 723.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

- Corte di Giustizia, 13 dicembre 1984, causa C-106/83, sentenza *Sermide SPA*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, causa C-79/85, sentenza *Segers*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 27 settembre 1988, causa C-81/87, sentenza *Daily Mail and General Trust*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, sentenza *Schumacker*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 28 aprile 1998, causa C-118/96, sentenza *Safir*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 9 marzo 1999, causa C-212/97, sentenza *Centros Ltd*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 5 novembre 2002, causa C-208/00, sentenza *Überseering*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-385/00, sentenza *De Groot*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 11 marzo 2004, causa C-9/02, sentenza *De Lasteyrie du Saillant*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-411/03, sentenza *Sevic System AG*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, sentenza *Marks & Spencer*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa C-470/04, sentenza *N*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 28 giugno 2007, causa C-73/06, sentenza *Planzer Luxembourg Sàrl*, in CURIA.
- Corte di Giustizia, 16 dicembre 2008, causa C-210/06, sentenza *Cartesio*, in CURIA.

Corte di Giustizia, 29 novembre 2011, causa C-371/10, sentenza *National Grid Indus BV*, in CURIA.

Corte di Giustizia, 12 luglio 2012, causa C-378/10, sentenza *Vale Építési kft*, in CURIA.

Corte di Giustizia, 6 settembre 2012, causa C-38/10, sentenza *Repubblica Portoghese*, in CURIA.

Giurisprudenza nazionale

Corte di Cassazione, 13 ottobre 1972, n. 3028, disponibile presso la banca dati Fisconline.

Corte di Cassazione, 16 giugno 1984, n. 3604, disponibile presso la banca dati Big Suite.

Corte di Cassazione, 9 giugno 1988, n. 3910, disponibile presso la banca dati Big Suite.

Corte di Cassazione, 4 ottobre 1988, n. 5359, disponibile presso la banca dati Big Suite.

Corte di Cassazione, 19 gennaio 1991, n. 505, disponibile presso la banca dati Big Suite.

Corte di Cassazione, 7 febbraio 2013, n. 2869, disponibile presso la sezione Sentenze Web del sito Italggiure.

Corte di Cassazione, 19 marzo 2014, n. 6388, disponibile presso la sezione Sentenze Web del sito Italggiure.

Prassi amministrativa

Agenzia delle Entrate, circolare del 4 dicembre 1995, n. 310/E, *Art. 22 del decreto-legge 23 febbraio 1995, n. 41 convertito dalla legge 22 marzo 1995, n. 85. Imposte sostitutive su riserve o fondi in sospensione d'imposta.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 2 novembre 2001, n. 175/E, *Conferimento azionario intracomunitario – Interpello ai sensi dell'articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 13 maggio 2002, n. 40, *Legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Finanziaria 2002). Primi chiarimenti. Disposizioni riguardanti le imprese.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 15 luglio 2005, n. 33, *Legge 30 dicembre 2004, n. 311 - Articolo 1, commi da 473 a 478. Imposte sostitutive su riserve e fondi in sospensione d'imposta.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 17 gennaio 2006, n. 9/E, *Istanza di interpello – art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212. XX Spa. Testo unico delle imposte sui redditi (T.U.I.R.), art. 73, comma 3.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 4 agosto 2006, n. 28/E, *Decreto – legge n. 223 del 4 luglio 2006 – Primi chiarimenti.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 30 marzo 2007, n. 67, *Istanza di interpello – art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212 – Sig. Alfa.*

Agenzia delle Entrate, risoluzione del 5 agosto 2008, n. 345/E, *Istanza di interpello – Trasferimento in Italia della sede legale di una società holding lussemburghese costituita ai sensi del Decreto granducale del 17 dicembre 1938.*

Agenzia delle Entrate, *Bollettino del Ruling di standard internazionale*, I edizione, 21 aprile 2010.

Agenzia delle Entrate, *Bollettino del Ruling di standard internazionale*, II edizione, 19 marzo 2013.

Agenzia delle Entrate, circolare del 28 aprile 2016, n. 16, *Anno 2016 - Prevenzione e contrasto all'evasione - Indirizzi operativi.*

Agenzia delle Entrate, circolare del 5 agosto 2016, n. 69/E, *Interpello articolo 11, legge 27 luglio 2000, n. 212 – articolo 166-bis DPR 22 dicembre 1986, n. 917 – trasferimento della residenza nel territorio dello Stato – operazione di fusione per incorporazione.*

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, 23 luglio 2004, *Attuazione della disciplina di cui all'art. 8 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.*

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, 10 luglio 2014, *Trasferimento all'estero della residenza fiscale dei soggetti che esercitano imprese commerciali ai sensi dell'articolo 166 del TUIR. Definizione delle modalità e delle condizioni di esercizio dell'opzione di cui al comma 2-quarter dell'articolo 166 del TUIR, ai sensi del Decreto ministeriale previsto dal successivo comma 2-quinques, da ultimo pubblicato in Gazzetta Ufficiale.*

Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, 21 marzo 2016, *Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale.*

Altra documentazione di prassi

Associazione Italiana Dottori Commercialisti, *Denuncia del 1° marzo 2009, Illegittimità comunitaria della tassazione sul trasferimento della residenza in altro Paese comunitario da parte di soggetti che esercitano imprese commerciali (cd. Exit Tax) (come prevista dall'art. 166 del D.P.R. n. 317/1986)*. Disponibile al sito: <http://www.aidc.pro/milano/norme-e-denunce/denunce/104>

Assonime, circolare del 31 ottobre 2007, n. 67, *IRES – Soggetti residenti – La presunzione di residenza in Italia per le società o enti esteri cc.dd. “esterovestiti”*.

Assonime, circolare 20 febbraio 2014, n. 5, *Il trasferimento all'estero della residenza delle società: l'analisi del decreto attuativo del comma 2-quater dell'art. 166 del T.U.I.R. alla luce dei principi comunitari*.

Assonime, circolare del 17 dicembre 2014, n. 33, *Le modifiche alla disciplina dell'exit tax: il Decreto ministeriale del 2 luglio 2014 e il Provvedimento del Diretto dell'Agenzia delle entrate del 10 luglio 2014*.

Assonime, circolare del 3 agosto 2015, n. 25, *Analisi degli schemi di decreti legislativi del 26 giugno 2015 attuativi della delega fiscale (legge n. 23 del 2014)*.

Assonime, consultazione n. 9/2015, *Nota tecnica sugli schemi di d.l.vo di attuazione della legge delega fiscale approvati in via preliminare dal consiglio dei ministri in data 21.4.2015*.

Assonime, circolare del 1 aprile 2016, n. 10, *La nuova disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*.

Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 152-2008/T, *Profili fiscali ai fini dell'imposizione diretta del trasferimento in Italia della sede di una società estera*.

Normativa di riferimento

D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, articolo 30.

D.L. 30 settembre 2003, n. 269, articolo 8.

D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, articolo 91, primo comma.

D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, articolo 7.

D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, articolo 1, primo comma.

D.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247, articolo 11, secondo comma.

D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 199, articolo 1, primo comma, lettera b).

D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, articolo 1.

D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, articolo 11, primo comma, lettera a).

D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, articolo 12.

D.M. 4 settembre 1996, *Elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana.*

D.M. 2 agosto 2013, *Regime fiscale del trasferimento della residenza di soggetti esercenti impresa in altro Stato dell'UE o SEE ("Exit tax") in Italia.*

D.M. 2 luglio 2014, *Regime del trasferimento della residenza fiscale dei soggetti esercenti impresa in altro Stato dell'Unione Europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo in Italia, di cui all'art. 166 del Testo Unico delle imposte sui redditi ("exit tax").*

D.M. 9 agosto 2016, *Modifiche del decreto 4 settembre 1996, recante: «Elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana».*

D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, articolo 31-ter.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917/A, articolo 20-bis.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, articolo 17.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, articolo 23.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, articolo 73.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, articolo 166.

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, articolo 166-bis.

Legge 31 maggio 1995, n. 218, articolo 25.

Fonti normative e documenti ufficiali comunitari

Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, 19 dicembre 2006, COM

(2006) 825, *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*. Disponibile al sito: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2006/IT/1-2006-825-IT-F1-1.Pdf>

Consiglio dell'Unione Europea, Risoluzione del 2 dicembre 2008, *sul coordinamento in materia di tassazione in uscita*. Disponibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:323:0001:0002:IT:PDF>

Consiglio europeo, Regolamento 8 ottobre 2001, n. 2157/2001, relativo allo statuto della Società europea (SE).

Consiglio europeo, Regolamento 22 luglio 2003, n. 1435/2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE).

Direttiva n. 90/434/CEE, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi.

Direttiva n. 2009/133/CEE, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale da applicare alle fusioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri.

Direttiva n. 2008/55/CE, del 26 maggio 2008, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure.

Direttiva n. 2010/24/UE, del 16 marzo 2010, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure.

Direttiva n. 2011/16/UE, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE.

Direttiva n. 2015/2376/UE, dell'8 dicembre 2015, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale.

Direttiva n. 2016/1164/UE, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

Altra documentazione ufficiale consultata

Camera dei Deputati, Commissione VI, 15 settembre 2016, n. 5-09473, *Società che hanno sottoscritto accordi di tax ruling con il fisco italiano e condizioni di tali accordi*, pag. 83.

Camera dei Deputati, risposta del 10 marzo 2016, n. 5-08068, *Deducibilità fiscale delle quote di ammortamento del costo fiscalmente riconosciuto per i beni posseduti da società che hanno trasferito la residenza fiscale in Italia*.

Commissione Europea, 19 aprile 2004, *Taxation: Commission requests Germany to end exit tax rules*. Disponibile al sito: [Europa.eu/rapid/press-release IP-04-493 en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-493_en.pdf).

Commissione europea, 21 ottobre 2015, *La Commissione decide: i vantaggi fiscali selettivi concessi a Fiat in Lussemburgo e a Starbucks nei Paesi Bassi sono illegali ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato*.

Commissione europea, 28 gennaio 2016, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Pacchetto anti-elusione: prossime tappe per assicurare un'imposizione effettiva e una maggiore trasparenza fiscale nell'UE*. Disponibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=EN>

Commissione europea, 30 agosto 2016. *Aiuti di Stato: l'Irlanda ha concesso ad Apple vantaggi fiscali illegali per un totale di 13 miliardi di euro*.

Schema di decreto legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'articolo 12 della Legge 11 marzo 2014, n. 23. Relazione illustrativa al D.Lgs. 2015, n. 147.

Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Procedura di infrazione n. 2010/4141, *Exit tax in Italia*.

Servizio del bilancio del Senato, XVII legislatura, ottobre 2015. Nota breve n. 13: *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. Disponibile su: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio il mio relatore, Prof. Marcello Poggioli, per avermi accompagnata in questo ultimo step del mio percorso, per aver suscitato l'interesse verso la materia studiata e per aver sempre dimostrato piena disponibilità nei miei confronti.

Desidero ringraziare mio padre e mia madre, per il sostegno che mi hanno sempre dato, per la comprensione che mi hanno sempre mostrato e per aver condiviso ogni mia scelta lungo questo percorso.

Ringrazio Chiara, una sorella ma ancora di più un'amica, l'altra mia metà, la persona su cui so di poter contare ad occhi chiusi.

Ringrazio Alberto, per essere stato il mio compagno di viaggio per tutto questo tempo, per essermi stato vicino, per avermi accompagnata in ogni passo, per essere sempre stato un prezioso consigliere e un importante punto di riferimento.

Ringrazio gli amici, la mia seconda famiglia che mi permette di uscire dall'ordinario.

Ringrazio anche le mie compagne di corso, Marta, Giada, Angela e Giorgia. Ci siamo incontrate da poco ma siete state un punto d'appoggio e anche delle preziose amiche.

Infine ringrazio tutti quelli che mi vogliono bene, che hanno creduto in me e che mi sono sempre rimasti accanto, anche con poche parole o piccoli gesti.

