

Alessandro SAVORANA - *Consigliere Odcec di Milano e
delegato Commissione Normative Comunitarie*

EXIT TAX: NUOVI SVILUPPI NORMATIVI IN AMBITO COMUNITARIO E DOMESTICO

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla Causa promossa dalla società olandese National Grid Indus BV (C-371/10 del 29 novembre 2011), per lesione alla libertà di stabilimento nell'applicazione della norma domestica sull'*exit tax*, al momento del trasferimento della residenza fiscale in Gran Bretagna.

Il caso rivestiva particolare interesse, sia perché la Commissione Europea ha recentemente avviato contro alcuni Stati membri (Danimarca, Paesi Bassi, Spagna e Portogallo), una procedura di infrazione sulle norme che prevedono l'imposizione nonché l'immediata riscossione, a valori correnti, degli assets oggetto di trasferimento in altro Stato UE, in caso di mancata ricostituzione degli stessi in una stabile organizzazione nello Stato della precedente residenza, sia perché i precedenti giurisprudenziali della Corte sul tema, favorevoli al contribuente, riguardavano il trasferimento della residenza da parte di persone fisiche (sentenze 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant* e 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*).

La sentenza è destinata ad incidere sulle attuali norme di *exit-tax* presenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri, anche se non risolve tutti i problemi connessi. Ad esempio, diversamente dal caso "N" (C-470/04 del 7 settembre 2006):

- introduce la possibile richiesta di una garanzia bancaria;
- non riconosce la possibilità che i beni, all'atto del realizzo e per il trascorrere del tempo, possono aver subito una perdita di valore, quindi le eventuali minusvalenze;
- non risolve il problema del riconoscimento dei valori degli attivi da parte dello Stato membro ospitante all'atto del trasferimento, con indubbio rischio di una doppia imposizione.

La questione poi va analizzata alla luce della Direttiva 2009/133/CE (testo codificato della direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990), perché a seguito di una fusione transfrontaliera potrebbe non essere ricostituita una stabile organizzazione, ovvero la stessa non essere considerata come tale dalla legislazione della società incorporata. Anche ammettendo l'operazione fuori dal campo di applicazione della direttiva, e quindi lo SM non tenuto a garantire la neutralità delle plusvalenze (potenzialmente) "realizzate" in occasione della fusione, l'applicazione della "exit tax" sarebbe ammessa solo a condizione, che lo SM si attenga ai principi della giurisprudenza GRID INDUS.

Questo conclusione, però, pone un'altro problema in relazione al valore degli attivi trasferiti e alla concreta applicabilità della direttiva "fusioni". In ambito tributario comunitario la fusione con trasferimento di sede dell'incorporata senza ricostituzione di S.O. potrebbe, infatti, risultare svantaggiata rispetto ad una fusione che, invece, la preveda.

Ad una prima lettura, infatti, potrebbero non rendersi applicabili alcune fondamentali disposizioni della Direttiva 2009/133/CE quali, ad esempio, il concetto di "valore fiscale" ai fini dei successivi ammortamenti o per il calcolo delle plusvalenze/minusvalenze verificatesi dopo il trasferimento, nonché la neutralità fiscale dell'assegnazione di azioni/o quote ai soci dell'incorporata, problemi che dovrebbero essere risolti o su base convenzionale o in forza della legislazione vigente nei rispettivi SM.

A mio avviso, la sentenza della Corte costituisce una integrazione della direttiva fusioni, poiché altrimenti si verserebbe in un regime discriminatorio solo leggendo il 2° e 14° considerando. A questo si aggiunga la Risoluzione

del Consiglio Europeo del 2 dicembre 2008 sul riconoscimento dei valori in uscita da parte dello Stato membro ospitante.

Per cui fermo restando il “debito” verso lo Stato dell’incorporata per effetto dell’*exit tax*, le disposizioni della direttiva dovrebbero trovare tutte integrale applicazione.

In sostanza, i “nuovi” valori fiscali dell’incorporata, adeguati a seguito del computo delle plusvalenze latenti, dovrebbero trovare automatico riconoscimento nello Stato membro dell’incorporante secondo quanto previsto dall’art. 4, 1° comma 2 lett. a) e 4° comma, fermo restando, come detto, il debito tributario a favore dello Stato dell’incorporata che rimarrebbe sospeso fintantoché i beni non siano realizzati. E’ una questione non affrontata direttamente dalla Corte (punti 61 e 62 della sentenza National Grind Indus BV), ma diversamente argomentando vi sarebbe il rischio di una possibile doppia imposizione laddove lo SM dell’incorporante non riconoscesse i nuovi valori fiscali.

Tornando alla formazione in tema di exit-tax, a livello europeo sembra che solo la Svezia abbia una disciplina rispondente ai criteri di proporzionalità comunitaria, anche se presenta ancora profili di criticità malgrado la Commissione Europea abbia abbandonato la procedura d’infrazione contro questo Stato.

In Italia, a seguito del pronunciamento della Corte e al fine di ovviare allo specifico procedimento d’infrazione aperto dalla Commissione UE sulla norma domestica (n. 2010/4141, promosso a seguito di una denuncia dell’Associazione Italiana Dottori Commercialisti), nel D.L. 24.01.2012 n. 1 (cd. Decreto “Liberalizzazioni”), all’art. 91, comma 1, è intervenuto ad emendare l’art. 166 del TUIR.

Ad oggi non è stato ancora emanato il decreto di attuazione delle condizioni in merito alla “sospensione” del pagamento delle imposte in caso di trasferimento.

Mi chiedo però se è ancora attuale mantenere nell’at. 37-bis (lettera e), tra le operazioni elusive il *trasferimento della residenza fiscale all’estero*, tenuto conto che le imposte, oggi come allora, sono comunque liquidate e il contribuente intenzionato a migrare in altro Stato, anche non EU. E’ difficile comprenderne appieno l’applicazione concreta, vuoi per la norma di chiusura posta dall’art. 166 del TUIR, vuoi per il fatto che un “finto” trasferimento all’estero si risolverebbe in una permanenza nel territorio dello stato dell’impresa, con possibilità di accertamento ex art. 73/TUIR anche sotto gli aspetti di una possibile *esterovestizione*.

Ad ogni modo, l’auspicio è che le disposizioni di attuazione siano chiare e precise.

Sotto questo aspetto nella recentissima sentenza della stessa Corte sul caso **SIAT** del 5 luglio 2012 (causa C-318/10, punti da 55 a 59), per i giudici del Lussemburgo rimarcano quale misura non proporzionata e, dunque, non compatibile con il TFUE, una norma antiabuso ove :

- l’amministrazione non sia tenuta a fornire un benché minimo indizio di prova di frode o di evasione fiscale;
- non consente di determinare previamente e con sufficiente precisione il proprio campo di applicazione e lascia sussistere incertezze quanto alla sua applicabilità.

Una regola siffatta non soddisfa pertanto le esigenze della certezza del diritto, la quale esige che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando esse possano avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese (in tal senso, anche sentenze del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, punto 80, nonché del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, punto 74).

Orbene, una regola che non soddisfa le esigenze del principio di certezza del diritto non può essere considerata proporzionata agli obiettivi perseguiti.

Questa sentenza avrà indubbi riflessi per l’avvenire nella formazione delle norme tributarie.